

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA IMPUGNACION DE LA SENTENCIA
CONDENATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA



FRANCISCO AURELIO FORERO FLOREZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
VILLAVICENCIO
2018

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA IMPUGNACION DE LA SENTENCIA
CONDENATORIA

FRANCISCO AURELIO FORERO FLOREZ

Trabajo de grado para optar al título de abogado.

Directora

Mg. LINA MARIA MEJIA TORRES

Magister Derechos humanos y derecho humanitario

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

VILLAVICENCIO

2018

Autoridades Académicas

P. Juan Ubaldo LÓPEZ SALAMANCA, O.P.

Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O. P.

Vicerrector Académico General

P. José Arturo RESTREPO RESTREPO, O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. Fernando CAJICÁ GAMBOA, O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBÓN

Secretaria de División Sede Villavicencio

PhD. SONIA PATRICIA CORTÉS ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

Nota De Aceptación

SONIA PATRICIA CORTÉS ZAMBRANO

Decano de la Facultad de Derecho

LINA MARIA MEJIA TORRES

Director trabajo de grado

IRMA BEJARANO GARCÍA

Jurado

JULIÁN LEONARDO RIVEROS CRUZ

Jurado

JUNIOR ALFREDO RODRÍGUEZ OJEDA

Jurado

Villavicencio 17 de Julio del 2018

Contenido

Pág.

Resumen.....	6
Introducción	7
La sentencia condenatoria en el marco de un proceso penal y su impugnación.....	11
Límites al derecho de la libertad en un estado social de derecho.	11
El desarrollo jurídico del derecho a recurrir las decisiones judiciales en materia penal	12
Diferencias sustanciales del derecho a impugnación y la garantía de la doble instancia	15
La aplicación del control de convencionalidad y sus efectos vinculantes en el régimen jurídico colombiano.....	18
Bloque de Constitucionalidad	18
Control de Convencionalidad	21
Obligación de modificar la legislación interna como consecuencia del reconocimiento del control de convencionalidad.....	23
La omisión legislativa del derecho a impugnar la sentencia condenatoria en el proceso penal colombiano.....	27
Conclusiones	31
Referencias bibliográficas.....	34

Resumen

El derecho a impugnar una sentencia condenatoria, constituye una garantía normativa de alto valor jurídico, considerado además un valor constitucional por tener implícitos factores relacionados a la libertad, debido proceso y doble instancia. De igual forma se considera una garantía judicial a la luz de un análisis convencional. La presente investigación tiene como objetivo demostrar que la normatividad procesal penal, actualmente carece de garantías y mecanismos idóneos para recurrir un fallo condenatorio en segunda instancia, incurriendo en una omisión legislativa y vulnerando así derechos humanos y fundamentales.

Palabras Clave: Sentencia Condenatoria, Derecho de Impugnación, Control de Convencionalidad, Bloque de Constitucionalidad

Abstract

The right to challenge a conviction is a normative guarantee of high legal value, considered as a constitutional value because it has implicit factors related to freedom, due process and dual instance. In the same way, it is considered a judicial guarantee in the light of a conventional analysis. The present investigation has as objective to demonstrate that the criminal procedural norm, at the moment lacks guarantees and suitable mechanisms to appeal a condemnatory judgment in the second instance, incurring in a legislative omission and thus violating human and fundamental rights.

Keywords: Guilty Verdict, Right to Impugnation, Control of Conventionality, Constitutional Corpus.

Introducción

Este trabajo académico ha sido motivado en actividades de investigación socio-jurídica y pretende ingresar en el estudio de temas de interés y alcance superior al adquirido, para la búsqueda, alcance, comprensión y sistematización de la información que sirvió de insumo para la elaboración del proyecto de investigación. Bajo esta aspiración se asumió abordar el tema del “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA”.

En un país multicultural como Colombia, donde existe un alto índice de ausencia de la institucionalidad del Estado, lamentablemente el grado de delincuencia va aumentando junto con el crecimiento poblacional de manera directamente proporcional, los cuales se pueden ver reflejados a través de las estadísticas que reportan las noticias criminales en el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) por presuntos hechos delictivos que la Fiscalía General de la Nación conoció a partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 y la Ley 1098 de 2006 (Fiscalia General de la Nacion, 2018).

Estas poblaciones de presuntos delincuentes se enfrentan de cara a un proceso penal, el cual puede finalizar anticipadamente por preacuerdos y aceptación de cargos, o por el contrario después de acudir a un proceso ordinario y evacuar una etapa de juzgamiento, determinar mediante una sentencia si esta persona es absuelta en la medida que la fiscalía no lograra desvirtuar la presunción de inocencia.

En caso contrario si la fiscalía desvirtúa dicha presunción con suficiencia de elementos materiales probatorios, donde para el juez exista un convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, tal como lo establece el artículo 7 de nuestro estatuto procesal penal, este tendría el estatus de condenado. (Ley 906, 2004, art.7)

En el segundo evento, esto es en el que una persona luego de tener un juicio oral, público y concentrado, se demostrase que cometió una conducta típica, antijurídica y culpable, y por lo

tanto debe acarrear una condena, y el estrado a través de la rama legislativa, impone una sanción penal, que consiste en una privación legítima a la libertad.

Lo anterior tiene fundamento constitucional en el artículo 28 de la carta política, (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art.28) el cual establece que la única forma de restringir el derecho a la libertad, es conforme a un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Ante esta consecuencia jurídica, de una pena privativa de la libertad, el condenado cuenta con otros derechos fundamentales que pueden ser exigidos en este evento tales como los reconocidos por los artículos 29 y 31 de la Constitución, (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art.29 y 31) que garantizan el derecho de toda persona condenada a impugnar la sentencia condenatoria. No obstante, el congreso en el (Código de Procedimiento Penal, 2004) no consagró el derecho de impugnar los fallos que condenan por primera vez en segunda instancia en el marco de un proceso penal y de esta forma desconoce el principio a la igualdad y el derecho al debido proceso. Este fenómeno configura automáticamente una omisión legislativa, puesto que no fue prevista dicha situación y debería estarlo.

Al respecto la Corte Constitucional mediante revisión de tutela, en sentencia C-792 indicó que las disposiciones del proceso penal colombiano:

Vulneran el principio de igualdad previsto en el artículo 13 superior, porque, aunque en ellas se consagra el derecho a apelar las sentencias condenatorias dictadas en primera instancia, no se hace lo propio con respecto a las providencias de segunda instancia, pese a que en uno y otro caso se impone una condena, y en consecuencia, ambas deben ser susceptibles de revisión por un juez superior (Corte Constitucional, Sentencia C-792, 2014, pág. 13)

En ese sentido en un Estado Democrático Social de Derecho, fundado en derechos y garantías, le es imperativo contar con los medios idóneos que garanticen su efectividad dentro del ordenamiento jurídico. Y en consecuencia evitar que esta situación se prolongue, al parecer de manera indefinida, en el tiempo. (Moreno, 2016)

Cuando no se brindan las herramientas jurídicas pertinentes, estamos frente a un vacío normativo, y al respecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014, indica que:

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. (Corte Constitucional, Sentencia C-792, 2014, pág. 73)

El derecho a la segunda instancia, es un derecho que se ha consagrado no solo en Colombia sino en los ordenamientos jurídicos internacionales, y no puede pasarse por alto una omisión de tal magnitud, toda vez que su efecto jurídico le impide a quien por primera vez sufre el peso de una sentencia condenatoria en segunda instancia, interponer recurso de apelación contra esta sentencia. Por esta razón, se hace indispensable el estudio y análisis del derecho a recurrir los fallos de carácter condenatorio por primera vez, con base en el marco jurídico colombiano.

El sistema interamericano de derechos humanos pese a que tiene un carácter subsidiario y complementario, tiene como objetivo el respeto, garantía, promoción y protección de los derechos humanos, lo que actualmente es indispensable para los estados, en observancia a los compromisos internacionales.

Es por eso que hoy en día, uno de los fenómenos más trascendentales que está teniendo el corpus iuris del sistema interamericano de derechos humanos, es su interpretación a través de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana, y en atención a ello es relevante analizar algunos pronunciamientos de la Corte, como órgano de cierre de la jurisdicción interamericana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su

objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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. (CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, 2010)

En ese sentido se hace indispensable hacer un análisis conforme al control de convencionalidad, puesto que el derecho fundamental del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, debe interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Colombia tal como lo indica el bloque de constitucionalidad (Moreno, 2016)

La sentencia condenatoria en el marco de un proceso penal y su impugnación

Límites al derecho de la libertad en un estado social de derecho.

Al tenor del Preámbulo de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto por la Dignidad Humana, y tiene como fines esenciales servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991, preámbulo) , dentro de estos principios se establece el derecho la libertad, como derecho humano, no obstante este no es absoluto, en la medida en que el estado tiene la facultad a restringirlo excepcionalmente en virtud de lo que tradicionalmente conocemos como sanción en el marco del proceso penal, aunque los derechos fundamentales, en principio no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, sin embargo sí están sujetos a unos límites.

El derecho a la libertad en materia penal, encontramos dentro del estatuto procesal penal colombiano, Ley 906 de 2004, que la libertad no es solo una garantía intrínseca e inalienable al ser humano, sino un principio rector al cual toda persona tiene derecho le sea respetado. En consecuencia, la privación o restricción de la libertad deben tener un carácter excepcional, a su vez las disposiciones legales que lo limitan solo se pueden interpretar restrictivamente, aplicando criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, con fines específicos frente a los contenidos constitucionales.

Cuando el hombre teniendo conciencia de la prohibición de una conducta, opta por comportarse contrario a la normatividad vigente, o en otros términos decide serle infiel al derecho, se enfrenta inevitablemente al ente persecutor titular de la acción penal, quien se encarga de investigar los hechos que revisten características de una conducta punible, para luego acusar formalmente y demostrar con un grado de certeza y más allá de toda duda en un juicio oral, público y concentrado que es culpable, debe enfrentarse a una decisión motivada por un juez, lo que conocemos como una sentencia de carácter condenatorio.

La sentencia condenatoria tiene efectos jurídicos, en principio una pena principal se da una restricción a la libertad bajo unos límites temporales, que bien pueden ser en un establecimiento penitenciario y carcelario, o en lugar de residencia señalado por el procesado. En segundo lugar, como pena accesoria eventualmente si el tipo penal lo establece a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la condena principal.

Posterior a la sentencia condenatoria como consecuencia de un juzgamiento por un juez o Tribunal competente, el condenado tiene la facultad de interponer una serie de recursos en la medida que no se encuentre conforme con la decisión adoptada en primera instancia, lo anterior en aras de garantizar la segunda instancia, así lo establece la Carta Política en su artículo 31 “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada*” (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991, art. 31)

No obstante, en ese escenario se pueden dar diferentes fenómenos, tales como que en primera instancia la persona sujeta a juicio sea condenada, en este caso si considera que la decisión no es conforme a derecho o hubo una incorrecta apreciación de la prueba tiene derecho a recurrir a sentencia y que sea el juez de segunda instancia quien decide finalmente si se confirma la primera decisión o si en su defecto a recova y esta persona seria absuelta y puesta en libertad.

Pero surge una pregunta, qué puede pasar si en la primera instancia se absuelve de cargos a un individuo y la fiscalía como ente acusador decide interponer un recurso, al remitirse a segunda instancia este es condenado por primera vez, bajo ese presupuesto al encontrarse en la etapa procesal de segunda instancia ¿tendría derecho a recurrir la sentencia?

Para dar respuesta al interrogante planteado anteriormente, es necesario analizar en concreto el derecho de recurrir las decisiones judiciales.

El desarrollo jurídico del derecho a recurrir las decisiones judiciales en materia penal

En Colombia cuando se adquiere el estatus de condenado existe el derecho a controvertir el fallo que dicta una condena dentro del proceso penal, este derecho se puede analizar desde dos

ópticas la primera es la facultad de recurrir el único fallo incriminatorio que se emite en un juicio penal de única instancia y, en segundo lugar, cuando se impugna una sentencia que ha revocado un fallo absolutorio y en consecuencia se impone por primera vez una condena en segunda instancia.

El análisis que se debe hacer en esta investigación es el derecho a impugnar una decisión judicial, toda vez que es el medio idóneo por el cual puede modificarse una decisión que resulta perjudicial a alguna de las partes, como garantía procesal de la administración de justicia. También tiene su fundamento en la jerarquía jurisdiccional, por la cual un órgano jerárquicamente superior, está facultado a petición de parte interesada, a reexaminar el caso planteado. Finalmente, el objetivo de la impugnación es la revocación del fallo impugnado.

En principio la Constitución Política como norma de normas, en su artículo 29, referente al derecho fundamental al debido proceso, indica que este deber ser aplicado a toda clase de actuaciones judiciales, y consagra expresamente el derecho a impugnar la sentencia condenatoria. También en el artículo 31 “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.” (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991, art. 31)

Ahora bien, para continuar con el análisis de deben tener en cuenta los instrumentos internacionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que cada Estado parte de un órgano internacional debe conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. (CIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 2006)

Los estándares internacionales establecen: en primer lugar el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece en su artículo 14 numeral 5 que, “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.” (Organización de las Naciones Unidas, 1966)

El prenombrado instrumento internacional fue ratificado y adherido por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vinculante para Colombia por ser ratificado mediante la (Ley 74, 1968)

En segundo lugar, La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 2, respecto de las garantías judiciales indica que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas” y puntualmente en el literal h “el derecho a recurrir del fallo ante juez o Tribunal superior” (Organización de Estados Americanos (OEA), 1969)

Este segundo como instrumento regional, fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante el congreso de la república en la (Ley 16, 1972)

En ambas disposiciones internacionales se puede evidenciar en su contenido, que dentro del proceso penal existe la garantía judicial del Derecho a Recurrir las decisiones judiciales, la cual esta exclusivamente reservada para el imputado en contra de quien se ha dictado una condena. La garantía de recurrir ante un Tribunal superior la sentencia que perjudica al procesado tal como lo contempla la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obedece al principio de la doble instancia.

Este principio requiere que para que el Estado afirme que la sentencia se encuentra ejecutoriada contra una persona significa que esta no interpuso ningún recurso o en caso contrario que al momento de recurrirla la segunda instancia ya lo ha resuelto, coincidiendo o discrepando con la condena impuesta, lo anterior, con el fin de otorgar mayor legitimidad a la misma como acto jurisdiccional del Estado y al mismo tiempo una mayor seguridad y mediante la doble verificación para la persona enjuiciada.

Diferencias sustanciales del derecho a impugnación y la garantía de la doble instancia

Es importante dejar claridad en la diferencia que existe entre la doble instancia y la impugnación, porque la primera tiene la condición de un principio general, y puede ser exceptuado por vía legislativa, en cambio la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas. Otra diferencia entre el derecho a la impugnación es que este se concibe únicamente para los juicios en materia penal, mientras que la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial.

En cuanto a su estatus jurídico la impugnación es un derecho individual intrínseco a cada persona, que como se vio anteriormente tiene un rango no solo constitucional sino internacional, el cual está en cabeza de las personas condenadas en un juicio de índole penal, este se encuentra relacionado con el principio de la doble instancia el cual hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales.

El contenido del derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir una sentencia de carácter condenatorio, para que un mismo proceso sea resuelto en el mismo sentido por dos jueces distintos, a diferencia de la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia 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.

El objeto del 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, diferente a la doble instancia que 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.

La finalidad del 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. (Corte Constitucional, Sentencia C-248, 2013)

En el marco de un proceso penal el juez de primera instancia dicta un fallo condenatorio, y el ejercicio del derecho a la impugnación activa automáticamente la doble instancia, no obstante, en el caso hipotético en que el fallo judicial se produzca en una etapa procesal distinta a la primera instancia (por ejemplo, en la segunda instancia o en sede de casación), no tiene aplicación la garantía de la doble instancia, porque esta garantía se predica del proceso y no de la sentencia, y en este caso el imperativo ya ha sido satisfecho previamente. Sin embargo, si el fallo en un proceso penal es condenatorio, sería exigible el derecho a la impugnación, aunque la sentencia inculpativa se dicte en una etapa distinta a la primera instancia.

Finalmente, si la providencia no tiene un contenido inculpativo tampoco rige el derecho a la impugnación, mientras que, si el fallo se produce en la primera instancia, la garantía de la doble instancia sí sería exigible, independientemente del contenido inculpativo de la decisión judicial.

En cuanto a la materialización del derecho a la impugnación, la Corte Constitucional en un examen de constitucionalidad se pronunció en, Sentencia C-792, manifestando que el sentido del sistema diseñado por el legislador para materializar el derecho a la impugnación debe garantizar:

(i) el examen efectuado por el juez de revisión debe tener una amplitud tal, que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena; **(ii)** 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; **(iii)** 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.

Bajo el entendido que estableció la Corte descrito previamente, cuando se impone una sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia, esta no puede ser susceptible de los recursos ordinarios como la apelación, si no que en su defecto la única alternativa sería interponer un recurso extraordinario de casación, recurso que es conocido por su complejidad, técnica y el alto costo que no permite un fácil acceso, además este recurso solo aplica en determinados casos establecidos por la ley y el juez de casación no efectúa una valoración total sobre la decisión sino un examen sobre un conjunto cerrado de causales taxativas. (Corte Constitucional, Sentencia C-792, 2014, pág. 1)

Otra herramienta que algunos contemplan para impugnar un fallo de segunda instancia es la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual debe cumplir con unos requisitos generales de procedibilidad y la Corte Constitucional en reiterada Jurisprudencia, tal como la sentencia de Tutela 137 del 2 de marzo de 2017, ha resumido de la siguiente manera:

(i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela. (Corte Constitucional, Sentencia T-137, 2017)

Revisados estos requisitos es evidente que tampoco satisface los requisitos de una impugnación, porque se trata de una acción excepcional y no se puede interponer contra cualquier fallo condenatorio, porque tiene unas limitaciones materiales como la grave vulneración a un derecho fundamental, donde no exista otro mecanismo judicial para su protección.

La aplicación del control de convencionalidad y sus efectos vinculantes en el régimen jurídico colombiano

Bloque de Constitucionalidad

En nuestra constitución política reconocemos la supremacía que esta tiene en su artículo 4 donde establece que “La constitución es norma de normas”, lo cual dio paso e importancia al Bloque de Constitucionalidad, el término se empezó a usar en Colombia desde 1955, en sentencia de constitucionalidad 225 del 18 de mayo, con ponencia del Honorable Magistrado Alejandro Martínez Caballero, exactamente en los siguientes términos:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. (Corte Constitucional, Sentencia C-225, 1995)

Para entender y comprender la noción del bloque de constitucionalidad empezaremos por describirlo como una disposición consagrada en nuestra carta política de 1991, dispone la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales, cuando estos reconocen derechos humanos (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art. 93). A grosso modo indica que es un conjunto de normas que no aparecen en el texto constitucional, pero que tienen su origen en el ámbito internacional en materia de derechos humanos y que pueden ser incorporadas y acogidas por nuestro ordenamiento interno mediante el proceso de ratificación, en el cual el Congreso de la República aprueba la celebración de un tratado, incorporándolo mediante una ley denominada ley aprobatoria del tratado. Posterior a ello se debe hacer un control de constitucionalidad por la Corte Constitucional como órgano de cierre, previo a su respectiva sanción presidencial.

Lo anterior significa que tienen consecuencias jurídicas y políticas, esto implica que un ordenamiento supra legal tenga validez en el régimen jurídico colombiano. A su vez, en el inciso 2º, de la misma disposición constitucional, se establece que los derechos y deberes consagrados en nuestra carta fundamental deben ser interpretados conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Esto reafirma la superioridad de dichas normas internacionales en lo que respecta a los derechos humanos, porque no solamente se declara la ventaja de aquellos instrumentos sobre el derecho interno, sino que se regula la forma de explicar o declarar el sentido (por los órganos competentes) de las normas internas relacionadas con los derechos humanos. (García Herreros Abogados, 2015)

Teniendo este acercamiento a lo que es el bloque de constitucionalidad, podemos entender en primera medida que la constitución política no es únicamente el texto que crea la Asamblea Nacional Constituyente, si no que va más allá, y esto exige a los operadores judiciales analizar las normas internacionales porque también hacen parte integral de nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de ese corto, pero profundo artículo 93 superior. “Estas normas son esencialmente estándares internacionales de derechos humanos, debido al tratamiento especial y privilegiado que el constitucionalismo contemporáneo confiere a los tratados de derechos humanos.” (Consejo Superior de la Judicatura, 2008)

El bloque constitucional, como marco normativo no se queda únicamente en el artículo 93, conceptualmente se entendería pues, que nuestra Constitución Política no se acabaría con los 380 artículos que comprenden su texto, sino que comprende otros componentes de derecho internacional, que, en ese sentido, contarían también con rango constitucional (Rincon, 2013)

Al respecto, existen otras disposiciones que legitiman su aplicación, el primero de ellos es el artículo 9º de la Constitución Política, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia; el segundo es el artículo 94 de la Constitución Política, que establece que “La enunciación de los

derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”.

El tercero es el artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.” (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991, art.214); el cuarto es el artículo 102 que dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república” (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991, art.102). Estos conjuntos de artículos ratifican una vez más la prevalencia del bloque.

En cuanto a la función integradora del bloque de constitucionalidad, la Corte ha expresado que la provisión de parámetros específicos de constitucionalidad, en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores. En otros casos la Corte cumple un rol diferente y tiene función interpretativa, la cual sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia C-488, 2009)

Para tal efecto, la Corte Constitucional en su jurisprudencia se ha manifestado en el sentido que el bloque de constitucionalidad como categoría, atendiendo su naturaleza hace que sea necesario remitirse a unas pautas generales para lograr establecer sus elementos constitutivos. Además, se han adoptado una especie de reglas de reenvío normativas que básicamente consiste en que para que opere la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia es necesario que se dé el reconocimiento de un derecho humano, esta posición, establecida desde la Sentencia C-295 de 1993 constituido como precedente fuertemente reiterado. Se ha reconocido que determinar los enunciados jurídicos que hacen parte del bloque, es fundamental conocer a cuáles normas en materia de derechos humanos son de obligatorio cumplimiento, en aras de garantizar la efectividad de los derechos.

Control de Convencionalidad

En aras de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos, resulta indispensable el proceso de *internacionalización del derecho constitucional*, como labor de “aplicar los grandes lineamientos doctrinarios donde los consensos se han consagrado y reconocer que aquellas posiciones imbricadas, ausentes de unanimidades, no sólo entre miembros de las Cortes internacionales, sino entre éstos y los jueces de los máximos Tribunales nacionales, merecen la aplicación de la regla de la normal prudencia” (Albanese, 2008)

Actualmente vivimos un fenómeno jurídico que algunos denominan el proceso de internacionalización del derecho, este surge de la necesidad de aplicar las disposiciones jurídicas que emanan de unos tratados y convenios internacionales ratificados por el estado. Los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales resultaron insuficientes.

La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde se reconocieran los derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad. (Mac-Gregor, 2010)

El control de Convencionalidad, ha cobrado legitimidad desde el uso de la figura del bloque de constitucionalidad, que ha sido construido y usado exclusivamente para hacer control de constitucionalidad, desde normas internacionales de aplicación directa (Bloque en sentido estricto) o desde normas internacionales que sirven como criterio de interpretación en el ejercicio del control constitucional (Bloque en sentido amplio). (Ramirez, 2009)

El control de convencionalidad como herramienta jurídica es una actividad judicial operativa, respecto de los hechos y de las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos. El concepto de control de convencionalidad se encuentra ligado necesariamente a la forma de interpretación de la Convención; esto de forma similar a como en el derecho interno el control de constitucionalidad es inherente a la interpretación de la carta magna. (Rincon, 2013)

El concepto de control de Convencionalidad surge por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, fallado el 26 de septiembre de 2006, que resolvía la invalidez del decreto ley que perdonaba todos los crímenes de lesa humanidad, cometidos bajo la dictadura del militar que se vivía en su momento, dado que tal decreto resultaba contrario con la Convención Americana, en ese caso se estableció que:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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. (CIDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 2006)

El Control de Convencionalidad en es el resultado de la ratificación por parte del Estado colombiano de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada al ordenamiento jurídico a través de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972., la cual surge cobra validez en nuestro Estado como consecuencia de la celebración en 1969 de la Conferencia sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano. (Álvarez, 2006)

Aunque algunos pretender ver las convenciones internacionales como instrumentos que están sobre la constitución, entrando en conflicto con la supremacía constitucional, existe una postura unificadora que considera que es responsabilidad de los estados asumir las convenciones internacionales sobre derechos humanos como verdaderas Constituciones del orden internacional, y esta postura actualmente se reconoce mayoritariamente en escenarios judiciales, de ciencia política y de Derecho Internacional. Así lo hizo la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Ireland vs. United Kingdom* (1979), donde se proclamó que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales era la carta constitucional de

Europa; postura luego acogida por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso Parti ecologiste “Les Verts” vs. European Parliament (1986). (Klabbers, 2008, págs. 419-445)

Obligación de modificar la legislación interna como consecuencia del reconocimiento del control de convencionalidad

Es evidente que en el principio de convencionalidad reposa la obligación de cada Estado, de revisar la congruencia entre sus normas nacionales y la Convención Americana de derechos humanos. (Vanegas) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el control de convencionalidad puede implicar inclusive la eliminación de normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, o bien, su interpretación conforme a la misma, al respecto la jurisprudencia de la Corte se pronunció en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999:

El Tribunal ha establecido que el artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (CIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, 1999)

El control de convencionalidad en el ámbito interno cobra una gran importancia en la medida en que se debe evitar que los estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. Colombia no es ajena a este pronunciamiento, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, en sentencia del 30 de noviembre del 2012 determino:

La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención

Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad. (CIDH, Caso masacre de santo domingo vs. Colombia, 2012)

Evidentemente atendiendo el principio de convencionalidad y la obligación que tiene el Estado de modificar, el ordenamiento y excluir algunas normas que se encuentren contrarias a la Convención, se debe hacer un control en la procura y garantía de los derechos humanos, es por ello que se debe analizar seguidamente la fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, es procedente examinar la forma en que se desarrolla el carácter vinculante del control de convencionalidad en nuestro sistema jurídico y la primera norma que vincula al estado es el artículo 93 de la constitución, denominado bloque de constitucionalidad, del cual ya se hizo su respectivo análisis y deja claro que los tratados y convenios de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno, y sobre eso no hay discusión.

La segunda norma es inevitablemente la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada en Colombia por la ley 16 de 1972, en el artículo 2, contiene el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, (Ley 16, 1972), insta a los Estados que ratifican este instrumento a que si los derechos consagrados en la convención no están garantizados por la normatividad internas, estos se comprometen a adoptar con arreglo de sus procedimientos constitucionales las disposiciones de la Convención, con el fin de hacer efectivos los derechos y libertad del hombre.

Otro instrumento internacional ratificado por Colombia es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incorporada legalmente a nuestro ordenamiento a través de la (Ley 32, 1985), esta convención reconoce el derecho de los tratados como fuente de derecho internacional,

y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones. Es así como en su artículo 26 desarrolla el principio “*Pacta Sunt Servanda*, Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 1969).

Esta normatividad, permite entender que el estado tiene la obligación de cumplir y acatar las disposiciones internacionales ratificadas en Colombia, ya que están incorporadas en nuestro ordenamiento interno, y el Estado no puede desconocer su propia normatividad. Es por ello, que los Estados miembros tampoco pueden expedir normas que contraríen el contenido de las disposiciones ratificadas en los tratados, pactos y convenciones internacionales que afecten las garantías y los derechos que de ellos emanan, por tal razón se deben modificar el ordenamiento jurídico interno, con base en la garantía de los artículos 1. (Obligación de Respetar los Derechos) y 2. (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno). (Yajaira & Romero, 2015)

En aras de dar cumplimiento a la Convención de Viena y la Convención Americana de Derechos Humanos, se deben anular las disposiciones, que sean contrarias al Ordenamiento Jurídico Colombiano en acatamiento a las formalidades legales, al momento de suscribir, ratificar y aprobar los tratados, convenios y pactos, acorde a lo estipulado en la (Ley 5, 1992), "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".

Ahora bien, teniendo en cuenta que para interpretar nuestro ordenamiento jurídico, se debe analizar teniendo en cuenta los límites constitucionales que emanan propiamente de los derechos fundamentales, que tienen su origen en los derechos humanos, para ello se aplica el control de convencionalidad ya que su aplicación tiene por objeto proteger y garantizar la efectividad de los derechos humanos; de tal manera, que se proceda a una correcta aplicación de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, así como la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido respecto de estos.

El control de convencionalidad como mecanismo de control, tiene influencia directa en el proceso penal, ya que en un sistema penal de tendencia acusatoria como que el que tenemos vigente, le otorga la facultad al juez para que este sea el director del proceso, y eso en si es una

responsabilidad que implica que el juez tenga la capacidad de proteger los derechos fundamentales, siendo esta su principal función.

El proceso penal se encuentra enmarcado en un conjunto de garantías y límites constitucionales, límites que no solo se encuentran en la constitución si no que en virtud del amplificador hacia los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, llamado bloque de constitucionalidad, el cual es de obligatorio cumplimiento, se convierte en la piedra angular en el proceso penal, de él emanan las garantías judiciales, que reflejan la protección del individuo, y estas no pueden ser vulnerados bajo ningún precepto, puesto que de lo contrario dejaríamos de ser un Estado Social de Derecho, para ser un simple Estado de Derecho, dando un retroceso en la evolución.

La omisión legislativa del derecho a impugnar la sentencia condenatoria en el proceso penal colombiano

El proceso penal de tendencia acusatoria en Colombia, se ha construido bajo unos principios y garantías como pilares fundamentales en su estructura, los cuales tienen su origen desde la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), la cual marca un hito en la historia de los derechos humanos, convirtiéndose en un ideal común para todos los pueblos y naciones, con la finalidad de lograr la protección de los derechos humanos en todos los miembros de la familia humana.

En consecuencia de ese reconocimiento, se generó una necesidad por parte de los estados a nivel mundial para garantizar no solo su eficacia si no los mecanismos para su ejercicio y desarrollo, creando acuerdos entre los estados para evitar su vulneración, dando origen al el sentido genuino de la solidaridad americana para consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, y es así como surge la Convención Americana de los Derechos Humanos en la cual se ve el esfuerzo por positivizar un conjunto de garantías judiciales, las cuales en el caso específico del proceso penal, marcan unos límites al momento de administrar justicia y decidir sobre la libertad de un individuo.

Estas garantías judiciales, se convierten en las pautas elementales de la estructura del proceso, tales como el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, el derecho a que se presuma la inocencia hasta no demostrar la culpabilidad, derecho a tener y preparar una adecuada defensa, derecho de contradicción, a guardar silencio o no auto incriminarse, entre otros y puntualmente el derecho de recurrir del fallo ante juez o Tribunal superior.

En este último, se centra el presente trabajo de investigación, porque aplicando un control de convencionalidad, brilla por su ausencia esta garantía judicial a recurrir en fallo ante juez o

Tribunal superior cuando en segunda instancia se condena por primera vez, es por ello la legislación actual colombiana padece una omisión normativa inconstitucional e inconvencional, por no prever una herramienta recursiva que permita ejercer este derecho.

Para afirmar esta hipótesis el primer paso es establecer que es una omisión legislativa, y para ello podemos decir que es “El silencio del legislador” (Villota, 2012). Las omisiones del legislador desconocen el principio de supremacía constitucional, pues con ese silencio evade el cumplimiento de disposiciones superiores y, en consecuencia, se desatienden los postulados del Estado Social de Derecho. En otros términos, este fenómeno se presenta cuando el poder legislativo no regula normativamente determinado tema en un plazo prudencial.

Luego de esta presión es importante tener en cuenta los elementos para demostrar una omisión legislativa según el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-173, 2010, que consisten en demostrar lo siguiente: primero: la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; segundo: que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; tercero: que la exclusión los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; cuarto: que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; quinto: que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislado.

Teniendo en cuenta estos criterios los aplicaremos uno a uno, en el caso *sub examine* del fenómeno de impugnación de la sentencia condenatoria en segunda instancia, para determinar si existe una omisión legislativa, bajo el entendido que siendo esta una garantía judicial contemplada como un derecho humano, y un derecho fundamental, debe estar garantizada y ser efectiva en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el marco de un control de convencionalidad.

El primer criterio es claro, al requerir que debe existir una norma que se predique del cargo y en este caso la norma se trata de la ley 906 de 2004 por la cual se expide el código de procedimiento penal, concretamente los artículos 20 (Doble instancia), 32 (Competencia de la Corte Suprema de Justicia), 161 (Clases de providencias judiciales), 176 (Recursos Ordinarios), 179 (Trámite del recurso de apelación), 179B (Procedencia del recurso de queja), 194 (Instauración de la acción de revisión) y 481 (Anexos a la solicitud de rehabilitación). Este conjunto de normas del procedimiento penal es relevante en su conjunto porque ellas se encargan de regular los recursos, su procedencia, competencia y trámite dentro del proceso penal.

El segundo criterio, indica que debe excluir una consecuencia jurídica que debería estar contenida en la norma, en este caso se excluye la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria en segunda instancia con las garantías propias, porque después de la segunda instancia no existe superior que tenga la facultad de revisarla, aclaro bajo la figura de impugnación, porque pese a que existen un conjunto de recursos extraordinarios estos no garantizan el derecho esencial, vulnerando entre muchos otros el derecho a la igualdad.

El tercer criterio, requiere que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente y el congreso de la república al expedir el código de procedimiento penal se queda corto, porque no considera la posibilidad de que una persona sea condenada en segunda instancia, sin contar con razón o justa causa, por el contrario toda la normatividad constitucional, legal y convencional indican que esta garantía es un derecho del ser humano cuando se encuentra en curso de un proceso penal, y vulnerar esta garantía propia del juicio sería como vulnerar el derecho a la vida o la libertad porque todos hacen parte del compendio de derechos humanos que a través de la evolución histórica y sacrificios del ser humano se han ido reconociendo.

La cuarta disposición que se debe demostrar para configurar una omisión legislativa es que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma, y en ese sentido se reitera que la desigualdad es flagrante en el caso en el que una persona es condenada en primera instancia a una que lo es en segunda instancia, ya que las garantías no son

las mismas y las herramientas jurídicas a aplicar cambian de manera sustancial, por el defecto normativo al no contemplar esta situación y dejando desprotegido al condenado.

La ultima premisa a demostrar es que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, y aquí la omisión es más clara aun porque la Corte Constitucional en su deber de confrontar las normas con la constitución y los tratados y convenciones de derechos humanos en virtud del bloque de constitucionalidad, reconoció en sentencia C-792 del año 2014, que existía un vacío normativo frente a la garantía judicial, toda vez que las normas mencionadas omiten prever mecanismos para que todas las sentencias condenatorias puedan ser impugnadas.

Atendiendo los criterios analizados previamente, es correcto afirmar que existe una omisión legislativa, en virtud a que existe un mandamiento constitucional y en virtud del bloque de constitucionalidad también un mandato convencional que ordena la creación de un mecanismo jurídico recursivo que garantice un derecho fundamental, en razón a que si bien es cierto que el proceso penal desarrolla los recursos ordinarios y extraordinarios para recurrir una sentencia, estos no son aplicables en un caso particular como la condena en segunda instancia.

Además, no es admisible un vacío normativo de esta magnitud, aun cuando la Corte Constitucional como órgano de cierre y garante de los derechos humanos y la constitución política, ha exhortado al congreso y ha reconocido este silencio por parte del legislador hace aproximadamente 4 años, tiempo suficiente para implementar herramientas que garanticen el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en segunda instancia.

Conclusiones

La presente monografía se ha dedicado al estudio de “El Control de Convencionalidad sobre la Impugnación de la Sentencia Condenatoria en Segunda Instancia”. Previo a establecer una base jurídica y conceptual sobre el tema, se determinó en primer lugar, que la libertad es un límite fundamental en nuestra sociedad, pero que en curso de un proceso penal puede ser restringido, cuando se demuestra la responsabilidad frente a una conducta punible.

No obstante, en la hipótesis en la cual una persona es condenada por primera vez en segunda instancia, y en efecto afirmamos que tiene el derecho constitucional constituido básicamente en los artículos 29 en virtud de debido proceso y 31 como derecho a doble instancia, para impugnar la sentencia que impone su condena.

Una vez revisado el ordenamiento jurídico internacional, en el cual efectivamente encontramos instrumentos internacionales como, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un acápite de garantías judiciales que, entre otras, determina que: cuando una persona es culpable tiene derecho a someter la pena y el fallo a un Tribunal superior. Y en ese mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a las garantías judiciales establece que la persona inculpada tiene derecho a recurrir el fallo ante juez o Tribunal superior.

La legislación en Colombia durante un tiempo se paralizó por la postura que creía que se podía garantizar este derecho a través de los recursos extraordinarios de casación y revisión, o en su defecto con una acción constitucional de tutela, pero en este trabajo se evidenció que estos no son el mecanismo idóneo y no cumplen con los requisitos para que se dé una impugnación, y entonces es así como se vulnera el derecho a la igualdad de una persona que es condenada en primera instancia y una que lo es en segunda instancia.

En consecuencia, vemos que este derecho de impugnar la sentencia, tiene un valioso fundamento constitucional e internacional normativo, la razón de remitirnos al ordenamiento jurídico conformado por tratados y convenios, no es otra que el reenvío que nos obliga por mandato

constitucional el bloque de constitucionalidad, y la cláusula innominada de derechos humanos, ya que estas figuras amplían nuestro ordenamiento jurídico en procura de los derechos humanos y reflejo de las garantías del ser humano.

Entonces, teniendo como contexto que el bloque de constitucionalidad que permite remitirnos a los convenios y tratados de derechos humanos, estudiamos el control de convencionalidad, que es el resultado de la ratificación por parte del Estado colombiano de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el reconocimiento de esta, obliga al Estado a modificar su ordenamiento legal, porque a esto se compromete cuando la incorpora mediante la ley al ordenamiento jurídico colombiano, y en ese sentido no podría desconocer su propia normatividad.

Primero, esto significa que el legislador al expedir el código de procedimiento penal, no previó un sistema recursivo que permita ejercer el derecho a la impugnación cuando una persona fuese condenada en segunda instancia, dándose así un silencio por parte del legislador, configurándose en una omisión legislativa, conforme a los criterios jurídicos establecidos por la Corte Constitucional que permitieron confirmar esta afirmación.

Segundo, la Corte Interamericana, como máximo órgano de interpretación de la Convención Americana, indicó que los estados tienen las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (CIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011)

Tercero, aunado a ello existe una exhortación por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-792 del año 2014, reconociendo el vacío normativo frente a una garantía judicial la cual por más de 4 años ha permanecido en la ignominia del congreso colombiano.

Cuarto, esta omisión compromete la responsabilidad del Estado al impedir el ejercicio de un derecho fundamental y en el plano internacional al no respetarse un derecho y no haberse adoptado las medidas necesarias para hacerlos efectivos.

Quinto, la alternativa para subsanar esta omisión legislativa, básicamente radica en reforma constitucional y legal que sólo puede adelantar el Congreso, por cuanto implica suplir un déficit legal normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos judiciales y la redistribución de competencias, entre otros aspectos.

Hasta tanto el Congreso de la República, mediante la creación o modificación del procedimiento penal, no prevean un mecanismo que permita ejercer el derecho de impugnar la sentencia condenatoria en segunda instancia, los derechos fundamentales seguirán en un limbo jurídico.

Referencias bibliográficas

- Albanese, S. (2008). La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. En *El control de convencionalidad* (pág. 45). Buenos Aires: Ediar.
- Álvarez, L. F. (2006). *La historia del derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Código de la Infancia y la Adolescencia. (8 de Noviembre de 2006). *Ley 1098*. Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Código de Procedimiento Penal. (31 de Agosto de 2004). *Ley 906*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No.45658. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2008). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y el Proceso Penal*. Bogotá D.C.: Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Obtenido de <http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/Dia1ImpactodelcontroldeconvencionalidadLibroBloquedeConstitucionalidadyProcesoPenal.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const]. (7 de Julio de 1991). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-295 (MP. Carlos Gaviria Díaz 29 de Julio de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 (MP. Alejandro Martínez Caballero 18 de Mayo de 1995). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio 22 de Julio de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-488-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-173 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 10 de Marzo de 2010). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-173-10.htm>

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-248 (MP. Mauricio González Cuervo 24 de abril de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-248-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-792 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez 29 de Octubre de 2014). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-137 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado 2 de Marzo de 2017). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-137-17.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (Juez: Hernán Salgado Pesantes 30 de Mayo de 1999). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (Juez Sergio García Ramírez; Antonio Augusto Cançado Trindade 24 de noviembre de 2006).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Juez: Sergio García Ramírez 26 de Septiembre de 2006). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Juez ad hoc: Eduardo MacGregor Poisot 26 de noviembre de 2010).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso Gelman vs. Uruguay (Juez: Diego García-Sayán 11 de Febrero de 2011). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso masacre de santo domingo vs. Colombia (Juez: Diego García-Sayán 30 de Noviembre de 2012). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf
- Fiscalía General de la Nación. (20 de enero de 2018). *Estadísticas*. Obtenido de fiscalia.gov.co: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/#_ftn1
- García Herreros Abogados. (26 de enero de 2015). *El bloque de Constitucionalidad Penal*. Obtenido de El Blog: El Bloque de Constitucionalidad, fuente del Derecho Penal: <http://www.garciaherreros-abogados.com/el-bloque-de-constitucionalidad-penal/>

- Klabbers, J. (2008). Constitucionalismo 'lite' . En R. Urueña, *Derecho de las organizaciones internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis.
- Ley 16. (30 de Diciembre de 1972). *por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No.33.780. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204>
- Ley 32. (29 de Enero de 1985). *Por medio de la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No.36856. Obtenido de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1588805>
- Ley 5. (17 de Junio de 1992). *Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No.40.483. Obtenido de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/ley-5-de-1992>
- Ley 74. (26 de Diciembre de 1968). *por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No.32682. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=64061>
- Mac-Gregor, E. F. (2010). *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*. Obtenido de *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>
- Moreno, L. J. (Julio-Diciembre de 2016). El Derecho a Impugnar la Sentencia Condenatoria. Cuadernos de Derecho Penal, 107. *Cuadernos de Derecho Penal*, p.89-115. Obtenido de http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/682/580/
- Organización de Estados Americanos (OEA). (22 de Noviembre de 1969). *Convencion Americana de Derechos Humanos. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32)* . San José, Costa Rica: Organización de Estados Americanos (OEA). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de ohchr.org: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (23 de mayo de 1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, Austria: Organización de las Naciones Unidas (ONU). Obtenido de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos*. Obtenido de Asamblea General en su resolución 2200 a (XXI): <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Ramirez, M. F. (Julio-Diciembre de 2009). El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(12), p.163-190. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>
- Rincon, E. R. (2013). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Revista Iter Ad Veritatem*(11), p.197-214. Obtenido de http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/COMO_FUNCIONA_EL_CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf
- Vanegas, J. S. (s.f.). El Principio de Convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Estudio Sobre el Caracter Vinculante para la Legislación Nacional Colombiana. Universidad Católica de Colombia.
- Villota, M. S. (Julio-Diciembre de 2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del estado social de derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 455-479. Obtenido de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho>
- Yajaira, M. L., & Romero, F. V. (2015). Implicaciones jurídicas del control de convencionalidad en el ámbito jurisdiccional en Colombia. *Hipotesis libre*(11), p.1-12. Obtenido de www.unilibrecucuta.edu.co: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/150/142>