

Las problemáticas actuales del recurso de apelación en materia penal en Colombia.

Trabajo de Grado como requisito para optar el título de:

Abogado.

Presentado por:

Cristian Fabián Martínez Sánchez

Director:

Juan Carlos Arias Duque

Universidad Santo Tomás

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

Centro de Investigación Francisco de Vitoria CIFRAVI

Bogotá D.C.

2016

Agradecimientos

En primera medida quiero darle gracias a Dios por todo lo que me ha brindado, sin su compañía esto no sería posible, así mismo quiero agradecer a mi familia en general, por su apoyo a lo largo de mi vida y en especial a mi madre María Stella Sánchez Garcés, quien a lo largo de mi existencia se ha esforzado por convertirme en un gran ser humano, así como en un gran profesional del derecho. De igual forma quiero agradecer a los docentes del módulo penal y de la profundización en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas por incentivar ese cariño por esa área del derecho, que desde muy niño me apasiona y que hoy me permite culminar mi tesis de grado en dicha materia. Quiero agradecer de manera especial, al Doctor Juan Carlos Arias Duque, no solo por su labor de tutor, orientador y director de este proyecto de tesis, sino también por su aporte a mi desarrollo personal y profesional, con sus excelentes calidades humanas y sus conocimientos en el área del Derecho Penal...

Tabla de contenidos

INTRODUCCIÓN.....	05
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES Y CONCEPTOS.....	06
1.1. Antecedentes históricos.....	06
1.1.1. Roma y la <i>appellatio</i>.....	06
1.2. Concepto de apelación.....	11
1.3. Noción de la apelación en la legislación colombiana.....	12
CAPÍTULO 2. INTERÉS PARA RECURRIR EN LA APELACIÓN E IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS.....	13
2.1. Concepto de interés.....	13
2.2. Interés para recurrir del condenado.....	14
2.3. Interés para recurrir de la fiscalía en su papel de representación.....	16
2.4. Interés para recurrir de la víctima por medio de su representante de víctimas.....	18
2.5. Vulneración de garantías del procesado.....	20
2.5.1. Non Bis In Idem.....	20
2.5.2. Principio de inmediación de la prueba en segunda instancia.....	24
2.6. Casos ejemplarizantes de la problemática.....	28
2.7. Solución de la Corte Constitucional a la problemática.....	29

CAPÍTULO 3. PRIMERA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN SEGUNDA INSTANCIA.....	35
3.1. Primera sentencia condenatoria dictada en segunda instancia.....	35
3.2. Derechos de las víctimas en la impugnación de sentencia de segunda instancia....	39
3.3. Existencia de una omisión y obligación de subsanar por parte del Legislador.....	40
3.3.1. Cámara de Representantes Proyecto de Ley 021 de 2015.....	45
3.3.2. Retroactividad de la garantía.....	47
3.4. Prohibición de <i>Reformatio in peius</i>.....	51
CAPÍTULO 4. IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS DE ÚNICA INSTANCIA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	55
4.1. Sentencias condenatorias en casos de única instancia ante la Corte Suprema de Justicia.....	55
4.2. Posibilidad de impugnar sentencias en única instancia ante la Corte Suprema de Justicia.....	56
4.3. Obligación de subsanar.....	60
4.4. Solución alterna a la problemática.....	61
CONCLUSIÓN.....	63
REFERENCIAS.....	66

Las problemáticas actuales del recurso de apelación en Colombia.

INTRODUCCIÓN

La segunda instancia en materia penal, es una garantía que se desprende del debido proceso, el cual tiene sustento en el ordenamiento jurídico interno con fuente constitucional y en el plano internacional bajo el amparo de tratados internacionales; sin embargo, la aplicación de este derecho está limitado bajo el principio de configuración legislativa y en esa medida existen en la actualidad una serie de problemas que recaen directamente sobre el recurso de apelación en lo concerniente con sentencias.

El presente documento, en lo que respecta a la apelación en materia penal, tienen como puntos de referencia las discusiones, la interposición y la sustentación de ese recurso en lo que atiende a las sentencias que ponen fin a la actuación judicial; las problemáticas que van a ser objeto de cuestionamiento en el presente escrito serán abordadas desde varias ópticas, la primera de ellas está dirigida a determinar, quién tiene realmente el interés jurídico para interponer la apelación en materia penal y si está justificada la impugnación de sentencias absolutorias (Problema 1), aunado a ese punto se debe discutir otra problemática concerniente a la primera sentencia condenatoria dictada en segunda instancia y su correspondiente recurso de apelación (Problema 2), y por último, se planteará el problema de la doble instancia en los procesos de única instancia ante la Corte Suprema de Justicia y su tratamiento jurisprudencial (problema 3).

Estos temas pretenden ser abordados y sustentados desde la óptica legal, mostrando la regulación expresa sobre cada materia, con los matices e interpretaciones que han hecho los jueces de las Altas Magistraturas sobre cada caso en concreto, así mismo se abordaran los temas desde planteamientos doctrinales que ayudan a entender ciertos fenómenos. Sin duda alguna el objetivo principal busca no solo hacer visibles ciertos problemas de la apelación en materia penal en la

actualidad, sino plantear posibles soluciones tanto dogmáticas, como procesales que puedan eventualmente servir para la solución de los conflictos.

El tema puede ser muy controversial, puesto que la mayoría de estos problemas, tienen como eje central la voluntad del legislador expresada desde el año 91, por tanto la óptica con la cual el lector debe abordar el presente documento, corresponde a una de carácter crítico, en la cual se indague si ciertas disposiciones consagradas en la Constitución Política de Colombia, por lo menos en materia de doble instancia, son acertadas o si por el contrario el legislador pudo haber incurrido en errores u omisiones.

Teniendo claro esto y con base en los posibles errores en la labor del constituyente, es necesario plantear el papel de las Altas Cortes, respecto de aquéllas situaciones en las cuales el derecho positivo no se corresponde con las realidades sociales y cuál ha sido su respuesta como legisladores negativos o positivos en ciertas circunstancias; de igual forma, es necesario revisar remedios jurisprudenciales y las argumentaciones con las que estas Altas Cortes respaldan o rechazan ciertas disposiciones legislativas, así como la validez de la mismas.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES Y CONCEPTOS

1.4. Antecedentes históricos

1.4.1. Roma y la *appellatio*

Para entender con claridad la institución de la apelación, su esencia y posteriormente sus problemáticas en materia penal, es necesario remontarnos a los inicios de la institución. Uno de los primeros antecedentes que cobran importancia en la configuración de la apelación, tiene como lugar la República Romana, en la cual era conocido como *appellatio*, una expresión proveniente del latín que significa citación o llamamiento; sin embargo, su aparición como institución no tiene

origen exactamente en un momento en el tiempo, sino que corresponde a una evolución del derecho Romano, que poco a poco fue reconociendo la apelación como un recurso.

Las decisiones que se tomaban en la época de la República Romana por parte del *Rex* con fundamento en la *jurisdictio*, se trasladaban a la *sententia*, la que por ser emitida por el juez (con base a leyes, constituciones¹ y costumbres) (Guerra, 2011), hacían suponer que estaba ajustada a derecho, aunque si bien es cierto tenían la posibilidad los jueces de apartarse de las normas establecidas en ese momento, dicha separación debía contar con una fundamentación, de lo contrario se entendía que la función del juez se había descuidado y que había hecho suya la causa *litem suam facit*², momento en el cual se estaba en facultad para iniciar un proceso en contra del juez *actio in factum*³, lo que para la época era considerado como un cuasi delito.

La *Litis-contestatio* (Petit, 2012 , pág. 644) emitida por el magistrado, era la que ponía un fin al procedimiento y agotaba la obligación que se había impugnado, puesto que la decisión se determinaba a quien le correspondía el derecho, elemento por el cual se presentaba una novación en la obligación, la cual se ajustaba a lo resuelto por el *Rex*, decisión que se debía cumplir a cabalidad y no existía la posibilidad de apartarse de lo resuelto, dado que la sentencia tenía efectos de cosa juzgada *rei judicatae*, lo cual planteaba la imposibilidad de llevar nuevamente el mismo caso ante un magistrado para ser resuelto (Petit, 2012 , pág. 645).

La cosa juzgada en la época, estaba estrechamente ligada al concepto de verdad, por cuanto se entendía que si un conflicto se dirimía, se daba por entendido que la solución del problema era

¹ Este concepto de constitución, no corresponde a la misma acepción que tiene en nuestros días o constitución moderna; cuando se habla de constitución en Roma, se refiere a las denominadas "constituciones imperiales", "*las constituciones más antiguas insertas en las compilaciones de Justiniano datan de Adriano*" así mismo menciona que existían varios tipos de constituciones y todas tienen un carácter diferente, "se distinguen tres clases, a) Los *edicta* verdaderos edictos publicados por el emperador, en calidad de magistrado, teniendo el *ius edicendi*. Contenían, en general las reglas de derecho aplicable a todo el imperio. -b) los *decreta*, decisiones judiciales dadas por el emperador en las causas sometidas a su jurisdicción, en la primera instancia o apelación.-c) los *rescripta*, consultas dadas bajo forma de carta a un magistrado o de nota escrita debajo de la demanda de un particular (Petit, 2012 , pág. 49 y 50)

² Si descuida su función apartándose de lo que se dice en la fórmula, se entiende que "hace suya la causa" (*litem suam facit*) dándose contra él una *actio in factum*; lo que será considerado uno de los casos de cuasidelitos (*cuasi ex delicta*). *Ulpiano* en D. 5, 1, 15 que "Se entiende que el juez hace suyo el pleito, cuando con dolo malo hubiere pronunciado sentencia en fraude de la ley. Pero se considera que hace esto con dolo malo, si se probare o su evidente favor, o enemistad, o también soborno, para que se le obligue a responder de la verdadera estimación del pleito" (Guerra, 2011, pág. 11)

³ *Ibidem*.

la verdadera y por tanto no tenía por qué ser de nuevo atacada y mucho menos puesta en conocimiento de un magistrado reiteradamente, salvo que en razón del orden público la sentencia no correspondiera a la verdad; sin embargo, en la mayoría de casos se aplicaba, según el jurisconsulto Paulo “*idem corpus, eadem causa petendi, eadem condictio*” (Guerra, 2011) lo cual se entendía como que ante los mismos hechos, las mismas peticiones, la misma sentencia, por tanto no tenía sentido revisar la decisión ya tomada.

Las primeras formas de impugnación sobre la sentencia que se conocen, se daban de una forma extraordinaria y era conocida como la *in integrum restitutio*⁴, la cual se podía invocar única y exclusivamente cuando se argumentara que la sentencia ofendía los intereses de una persona y que en la misma no concurría una justa causa para soportar dicha ofensa, sin embargo este recurso (si se puede llamar de esa manera para la época), no tenía la misma esencia de la apelación de hoy en día, debido a que este recurso tenía como finalidad que el magistrado “revisara” nuevamente el caso y dejara nulo los efectos de la sentencia, sin llegar a emitir una nueva sentencia que sustituyera la anterior.

Según Eugene Petit la aparición de la figura de la apelación o la *appellatio*, se dio a principios del imperio⁵ en la cual se le permitió a los magistrados poner su veto sobre las decisiones de otros magistrados bajo el precepto del *intercessio*⁶, la cual debía ser invocada por la parte que se había visto afectada con la sentencia, para que un magistrado superior, no solo vetara la decisión de otro magistrado, sino que la declarara nula y en su lugar profería una nueva sentencia. Sin duda alguna es en este momento es cuando se comienza a establecer un orden jerárquico en el cual se le

⁴ “es una decisión del magistrado que reduce a la nada un acto jurídico cualquiera, material o procesal: tiene lugar *causa cognita*, es decir, sobre la base de una estimación de la importancia de las circunstancias invocadas, y en hipótesis que están genéricamente contempladas en el Edicto” (Guerra, 2011, pág. 15)

⁵ *El Imperio (del 27 a.C al 476 d.C) Este período empieza en el año 27 a.C con Octavio Augusto como emperador y durará hasta la desaparición de Rómulo Augústulo, el último emperador romano de Occidente, en el año 476 d.C. Tomado de: <http://www.historiadelascivilizaciones.com/2013/02/antigua-roma-etapas-historicas.html>*

⁶ La persona que quiera quejarse de la decisión de un magistrado, podía desde luego, reclamar la *intercession* del magistrado superior, *apellare magistratum*.” (Petit, 2012 , pág. 646)

permitía a un superior conocer de las providencias de sus inferiores o de sus pares, con el fin de vetar las sentencias y decidir nuevamente o por el contrario hallar la razón en el fallo anterior, desde esa perspectiva jerárquica, también existía la figura de ese superior supremo, la cual en la época del imperio era ejercida directamente por el emperador, de una manera excepcional como último término o instancia.

De un suceso casi extraordinario, la apelación en Roma fue tomando un carácter más casual, lo cual permitió que incluso el emperador, designara ciertos magistrados para que resolvieran las cuestiones que eran llevadas ante él mismo, generando de esa manera una forma común de impugnación de las decisiones judiciales, que tenían por objeto revisar la lesión que presuntamente se le habían causado a la persona que no resultó favorecida por la sentencia; sin embargo el hecho, de que existiese esa posibilidad de apelar las decisiones, éste no se debía entender como un principio de doble instancia, puesto que como lo sostiene Eugene, “*esta nueva sentencia se puede apelar hasta haber llegado el ultimo grado de jurisdicción*” lo cual muestra que existía la posibilidad de impugnar varias veces la sentencia, hasta llegar al máximo escalón en la jurisdicción, que era el emperador, quien por sus naturaleza dada el resultado final, sin posibilidad de revisión puesto que argumentaba que por encima de él no existía nadie.

En el campo específico de la apelación en materia penal, existió como un antecedente importante lo que era denominado como *provocatio ad populum*⁷, lo cual se representaba en una forma de acudir al pueblo con la intención que él actuara como una doble instancia y fuera quien decidiera la pena a la cual iba a estar expuesto quien había sido condenado por un magistrado, en virtud de crímenes que afectarían gravemente a la sociedad, “*La provocatio ad populum constituyó*

⁷ “En sustancia, *la provocatio* consistió en el derecho del ciudadano a invocar el pronunciamiento de la asamblea popular sobre su conducta, cuando era objeto de persecución por parte de un magistrado que amenazaba su vida o su patrimonio. No cabe duda de que esta institución fue considerada como elemento esencial de la constitución republicana (Touya, pág. 179)

una de las piezas fundamentales de la libertad, al limitar el poder punitivo de los magistrados y dar lugar, como veremos, a la juridificación de la represión de los delitos públicos (crimina)” (Touya) sin duda alguna, este precedente del derecho Romano, nos muestra la necesidad que existía en la antigüedad para impedir condenas injustas en contra de una persona, contemplando la posibilidad de acudir ante otro ente (con igual o mayor categoría) para que sea quien revise la justicia de la condena; esto debido a que la justeza de algunas condenas puede estar estrechamente ligada a los intereses del magistrado y no corresponder a parámetros legales.

Dentro de este marco histórico, en menester mencionar que existen posiciones encontradas, respecto de la creación o existencia de la figura de la apelación en Roma, al revisar la bibliografía que ha trabajado el tema de las fuentes de la apelación, vemos como César Eugenio (Rojas), en un artículo para el diplomado del IV curso internacional de Derecho Romano, sostiene por medio de varios autores denominados romanísticas, entre ellos Antonio Fernández de Bujan, Álvaro D’ors, Ursicino Álvarez, que la figura de la apelación en Roma no podía existir, puesto que en tratándose de magistrados privados, no se tenía la posibilidad de acudir a esa instancia jerárquica, que resolviera de fondo aquellas cuestiones por la cuales se pretendía impugnar una decisión; también planteaba una característica que imposibilitaba la creación de la apelación y era que la apelación de una persona, era insignificante en relación de la decisión de un magistrado, puesto que el mismo tenía una formación para decidir estas cuestiones.

Esta posición contradictoria si bien está presente dentro de la doctrina, no tiene mayor fuerza en la misma y por el contrario autores muy reconocidos en Derecho Romano, como los que ya se han mencionado, muestran claramente como la apelación es una institución que nace en Roma y poco a poco fue tomando más fuerza, hasta el punto de convertirse en un recurso autónomo.

1.5. Concepto de apelación

La apelación en general, puede entenderse como un medio de impugnación de decisiones judiciales de carácter ordinario, en el cual se impugna la decisión de un juez, la misma se puede dar de manera parcial o total, según Manzini⁸ “*por motivos de hecho o de derecho, en el cual se pide un nuevo juicio oral o parcial*” (Manzini, 1954) a un juez superior jerárquicamente, esto desde una corriente clásica orientada en el derecho penal italiano.

Gilberto Martínez Ravé, menciona que el recurso de apelación es considerado como “clásico y como un verdadero recurso” en el cual se somete a consideración de un superior jerárquico un caso en específico, pero no menciona directamente el objeto de ese recurso, sino que someramente dice que se interpone ante una “providencia que originó la inconformidad del apelante” (Rave, 2001 , pág. 380).

Cuando el mismo autor menciona que el objeto de la interposición de este recurso, se da con fundamento en un desacuerdo o inconformidad entre los intereses de la persona que se ha visto perjudicada por el sentido del fallo, decisión que como tal, refleja que el fin o la necesidad de esta institución, no ha variado mucho desde Roma, puesto corresponde a el mismo concepto que ya referimos con anterioridad, en el entendido de una persona que se vea afectada por la decisión tomada por el juez.

Otros autores como Jairo López, también considera que la máxima representación de la doble instancia en materia penal, es la apelación, la cual constituye una garantía para los sujetos procesales, en cuanto ellos pueden someter a consideración de otro juez el caso, para que sea este quien corrija los errores del sentenciador de primera instancia (Morales, 2005).

⁸ Esta concepción de la doctrina, mirada desde la perspectiva de la legislación Colombiana, no resulta ajustada a derecho en principio, puesto la impugnación respecto de errores de hecho y de derechos, constituye causal para interponer el recurso extraordinario de casación, sin embargo la sustentación de un apelación se puede dar en esa línea como menciona Manzini, puesto nada dentro del ordenamiento así lo impide

Desde la perspectiva de Claus Roxin, en una corriente Alemana, considera que la apelación al ser un medio de impugnación, está dada para la verificación de una sentencia que se considera errónea, puesto desde el inicio de su explicación de los medios de impugnación, parte de la premisa que:

...las sentencias erróneas no pueden ser rectificadas, después de finalizar su pronunciamiento por el tribunal que las dictó; tampoco puede ser ordenada posteriormente la decisión sobre las costas, antes omitida. Si la Fiscalía o el acusado pretenden conseguir una modificación de la decisión, antes bien tienen que servirse de los diversos medios de impugnación (Roxin, 2000, pág. 445).

Este autor también menciona que el objeto de interponer este recurso es un *examen factico y jurídico*; es claro que Roxin coincide con otros autores en establecer que el recurso de apelación está dado en razón de la necesidad que corregir los errores que se puedan dar por parte del juzgador a la hora de tomar una decisión; dichos errores deben afectar trascendentalmente la esencia del conflicto y por tanto ser determinantes para el sentido del fallo, dejando por fuera aquellos que son meramente matemáticos o de redacción⁹.

1.6. Noción de la apelación en la legislación colombiana

La jurisprudencia y la ley colombiana, no han definido un concepto claro, de que es el recurso de apelación, su contenido, su finalidad, sino que se han limitado a escribir sobre su procedencia, sin embargo llama la atención para la práctica jurídica, ¿cómo se puede sustentar correctamente un recurso, sino se sabe cuál es su fin con exactitud? y que es lo que debe atacar el recurso; los abogados, jueces y magistrados, han aceptado su definición como algo pasivo, en la

⁹ Es claro que en los eventos de mala caligrafía, redacción o matemáticos siempre y cuando estos últimos no se den en materia de dosificación punitiva, pueden ser eventualmente corregidos por el mismo tribunal que profirió la decisión por auto del mismo, sin la necesidad de adelantar una doble instancia; según el mismo Roxin en este tipo de casos se admite la "rectificación, aun cuando el error manifiesto no resulta de la sentencia misma sino solo de otras circunstancias, sin embargo debe ser excluida la posibilidad de que con la rectificación se encubra una modificación material de la sentencia (Roxin, 2000, pág. 446)"

cual se considera que este recurso esta dado para las personas que sean vencidos en un juicio o para quienes el fallo, no favorezca sus intereses, pero la pregunta es ¿será que una apelación, en la cual se pone en marcha nuevamente la jurisdicción y desgasta la misma, puede corresponder a un criterio tan general y abstracto como el simple interés de una parte en el conflicto?, se puede pensar que no, ya que deben existir ciertos criterios que permitan la interposición de un recurso de apelación, que por ejemplo se enfoque en evidenciar los errores del juzgador, como lo sostuvo Roxin y no un recurso que se de manera caprichosa, como se ha tomado en muchos casos dentro de la práctica judicial, pero este problema va a ser tratado más adelante.

CAPÍTULO 2. INTERÉS PARA RECURRIR EN LA APELACIÓN E IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

2.1. Concepto de interés

Respecto del interés para recurrir en apelación, es necesario decir que el concepto que ha acogido nuestro sistema jurídico Colombiano, específicamente en materia penal; Sin duda alguna es el interés, el cual está estrechamente ligado con la noción y concepto de la apelación; como ya se evidencio, con referencias como la de autores como Martinez Rave, que consideran que la apelación nace como un medio para llevar nuevamente a juicio un caso, en el cual la decisión de un juez no favoreció los intereses de una parte en el proceso. El ordenamiento jurídico Colombiano ha adoptado dicha corriente a pesar de no reiterarla ni en la ley, ni en la jurisprudencia de manera repetitiva, dicha adopción tiene origen en la constituyente de 1991, en el cual se plasmó el principio de la doble instancia, tomando como punto determinante para el principio el “interés”.

En un proyecto de ley de la Comisión Cuarta Redactora de la Constitución de 1991 se plasmó el principio de doble instancia, con la transcripción que hoy en día tiene la Carta Política. Este principio evidenció la teoría del interés; en el proceso penal se presentan dos o eventualmente

tres intereses, el primero respecto del condenado y eventualmente de la víctima o la Fiscalía y cada uno tiene su fundamentación específica.

2.2. Interés para recurrir del condenado

Desde la perspectiva del condenado es claro que la Constitución en el artículo 31, le da la posibilidad de apelar la sentencia que fuera adversa a sus intereses, aspecto que fue ratificado por la ley penal, en su artículo 176 en donde menciona que *“la apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la Sentencia condenatoria o absolutoria”* dicha oportunidad de recurrir en apelación se corresponde a normas internacionales que ratifican este precepto, sin embargo las mismas presentan ciertas variaciones.

Desde el marco normativo internacional, vemos que el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (vigente para Colombia desde el año 1968) consagra en el 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”* (Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas); así mismo, en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8 numeral H, refiriéndose a el acusado menciona como un derecho el *“ recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”* tratado vigente para el país desde el año 1978.

Es claro como estas normas son acogidas por el ordenamiento Colombiano por medio del Bloque de Constitucionalidad, las cuales deben estar en concordancia con el ordenamiento jurídico interno y en especial con lo plasmado en la Constitución Política.

Cuando se hace un análisis en contexto de las normas internacionales que se acaban de mencionar, es fácil determinar que esa garantía de la doble instancia, que se refleja en materia

penal, adoptada desde la carta fundamental del año 91, proviene de normas internacionales que ya antes había acogido el país y que de las mismas se desprende, que dicha garantía de doble instancia está dada para la persona condenada, lo cual es entendible por lo gravoso que supone una pena; sin embargo no se menciona una doble instancia que proceda en sentencias absolutorias, lo cual también tiene sustento internacional puesto en el mismo artículo 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos, se plasma en su numeral 4 que “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”¹⁰ lo cual presupone la imposibilidad de realizar nuevamente un “juicio” por los mismos hechos, claro está, sin desconocer lo relativo a la firmeza de los actos judiciales.

Por tanto queda la duda, de sí en el plano internacional acogido por Colombia, la doble instancia en materia penal está dada para el condenado, ¿Por qué en el país se permite la apelación de sentencias absolutorias?; teniendo presente que permitir la impugnación de absoluciones, puede ir en contra de los principios de inmediación de la prueba e incluso el principio de *non bis in ídem*, esto en el entendido que el caso se somete nuevamente a consideración de otro juez. Partiendo de la base que en ese caso concreto ya se determinó que no existía motivo para imponer una sentencia condenatoria.

Luego, si se mira desde la perspectiva del condenado es totalmente entendible que el mismo pueda volver a ser sometido a un juicio (con las variaciones que claramente presenta la doble instancia) con el objetivo de que su caso sea revisado en aras de evitar una condena la injusta.

2.3. Interés para recurrir de la Fiscalía en su papel de representación

¹⁰ En términos de la Corte Constitucional “*La firmeza de las decisiones es condición necesaria para la seguridad jurídica. Si los litigios concluyen definitivamente un día, y tanto las partes implicadas en él como el resto de la comunidad, tienen certeza de que a partir de ese momento la decisión judicial es inalterable, el proceso cumple un papel eficaz en la solución de los conflictos. Este es el sentido de la cosa juzgada, en relación con la cual la Corte ha reconocido que hace parte de las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 29 de la Constitución, y está implícita en el concepto de administrar justicia*” Sentencia C-548/97 sin embargo bajo este entendido, queda la cuestión de si la doble instancia y la firmeza de los actos se desprenden del debido proceso, el enfrentamiento entre ambos derechos, cuál será el que debe sacrificarse para darle vida al otro; esta cuestión puede llegar a ser resuelta bajo el entendido que la garantía de doble instancia puede ser más beneficiosa para el procesado, que la de firmeza de los actos en tratándose de una sentencias condenatoria, por tanto esta última debería estar llamada a primar.

Para poder determinar de dónde nace el interés de la Fiscalía y la víctima, para impugnar una sentencia de carácter absolutorio, es menester primero plasmar cuál es su papel dentro del sistema jurídico penal Colombiano.

La Fiscalía General de la Nación tiene un papel determinante dentro del proceso penal: primero, porque es quien tiene la titularidad y obligatoriedad de ejercer la acción penal a cargo del Estado, de las conductas que el legislador ha considerado como más gravosas para la sociedad. Dentro de esta función la Corte Constitucional ha mencionado que la Fiscalía o el fiscal, tienen unos fines específicos, los cuales son, “(i) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; (ii) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado” (Corte Constitucional , 2013); segundo, el Fiscal también tiene la función de representar los intereses de la víctima dentro del proceso penal, dicha obligación tiene su fundamentación en el Acto Legislativo 03 de 2002, en donde se re direcciona el papel de la Fiscalía desde una perspectiva constitucional y se le otorga la función de velar por la protección de la víctima.

Es claro que dentro del sistema penal acusatorio, la Fiscalía es reconocida como parte dentro del conflicto, la cual se rige por principios como la paridad de armas¹¹ y en tanto ser una parte en el contradictorio, se le otorgan aparentemente los mismos derechos que tiene el acusado, incluso con algunas exigencias mayores en ciertos estadios procesales, por lo tanto desde esa perspectiva, la Fiscalía tiene derecho a apelar por ser parte, representando los intereses del Estado y de la víctima, así mismo porque el legislador lo dispuso, pero nace una pregunta respecto de esto,

¹¹ En lo concerniente con el principio de igualdad de armas, la Corte Constitucional lo ha definido como, *El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo* Sentencia C-536/08

la cual está ligada a saber ¿por qué tiene ese derecho de apelar?, cuando en un contradictorio de dos partes, ella ha sido la vencida, con las mismas armas aparentemente ¿será que su interés corresponde a una condena y por lo tanto la garantía del Estado está pensada en garantizar una condena? O ¿realmente a lo que tiene derecho esa parte en el conflicto, es a un juicio justo con observancia de las normas procesales y sustanciales?, si bien es cierto eventualmente le podrían permitir una sentencia de carácter condenatorio, pero esto depende única y exclusivamente de su labor como ente investigador y acusador, logrando desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste a todo procesado; la respuesta sin duda está en torno a que el Estado nunca va a poder en aras de hacer justicia, garantizar una condena, lo que si debe garantizar es un juicio justo con respeto por la normas propias de cada proceso y es esta garantía la que la Fiscalía está orientada a hacer cumplir, para que por medio de una trabajo juicioso y dedicado, logre demostrar la responsabilidad penal de una persona y no por medio de recursos ordinarios trate de subsanar sus errores en el juicio de primera instancia.

Si se mira desde óptica del perjuicio que viene desde concepciones romanas, la pregunta sería, ¿será que realmente la Fiscalía se ve perjudicada con una decisión contraria a la solicitud de condena? Se podría afirmar que no, puesto desde que el juicio se hubiese llevado a cabo con el lleno de los requisitos legales, bajo interpretaciones ajustadas a derecho, siguiendo criterios jurisprudenciales y tomando en cuenta circunstancias diferenciadas, la sentencia absolutoria no vulnera el papel de la Fiscalía; desde una perspectiva garantista no existe justificación alguna para que la Fiscalía lleve nuevamente ante un juez el caso para una nueva valoración, salvo que realmente se presenten verdaderos yerros de hecho o de derecho que afecten no solo a la víctima, sino también como tal a la justicia y al proceso.

Hasta este punto no hay nada más allá que fundamente la posibilidad de apelación de una sentencia absolutoria por parte de la Fiscalía, lo cual si bien está permitido, puede vulnerar derechos y garantías del procesado, aspecto que se analizará más adelante.

En conclusión, si la Fiscalía no se ve perjudicada por la decisión absolutoria dentro de un proceso, puesto el juicio se dio ajustado a derecho y ha sido vencida en el contradictorio, no tendría derecho a someter nuevamente a una persona a la posibilidad de condena y el Estado no debería permitir esa nueva carga sobre el procesado.

2.4. Interés para recurrir de la víctima por medio de su representante de víctimas

Las víctimas sin duda alguna tienen un papel fundamental, desde la esencia del proceso penal como tal, esto debido a que el sistema penal acusatorio y las normas de carácter sustancial, toman fundamento desde la constitución de 1991, en el marco de un Estado social y Democrático de Derecho que tiene como núcleo esencial de los derechos fundamentales la dignidad humana, en este caso el de las víctimas, en este sentido la Corte Constitucional ha reiterado que los derechos de las víctimas van encaminados a la verdad, justicia y reparación, y su representación en el texto supremo se da de la siguiente manera:

Los derechos constitucionales de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y las **garantías de no repetición**¹², como lo ha señalado esta Corte, encuentran fundamento en los siguientes preceptos de la Constitución: 1. El principio de dignidad humana (Art. 1° CP), 2. El deber de las autoridades de proteger los derechos de todos los residentes en Colombia (Art. 2° CP), 3. Las garantías del debido proceso judicial y administrativo (art. 29, CP) (Corte Constitucional, 2014).

¹² Las garantías de no repetición, no hacen parte de la jurisdicción ordinaria puesto que, el Estado está en una imposibilidad sustancial y fáctica para impedir que la persona que ha cometido un delito, vuelva a cometerlo, mas allá de las garantías de protección que puede brindar la fiscalía, respecto de la víctima; exigirle a el Estado que una persona del común que ha delinquido, no vuelva a incurrir en una conducta típica con el mismo sujeto pasivo, sería totalmente alejado de la realidad, dichas garantías de no repetición de la que habla la Corte Constitucional corresponden a un marco de justicia transicional que recae directamente sobre sujetos especiales que por regla general están apartados de derecho y de un actuar lícito

Si bien es cierto, la víctima no es reconocida como una parte en el contradictorio, puesto que este papel ya lo ocupa la Fiscalía, y sería desbalanceado que hubiesen dos partes (Fiscalía y víctima) en contra de un solo acusado, sí se la ha reconocido desde la legislación penal la posibilidad de que un abogado titulado o estudiante de consultorio jurídico (Art. 11 y 137 No. 3, Ley 906 de 2004), represente sus intereses dentro del proceso, en cualquier etapa procesal, sin embargo toma mayor importancia este papel, desde el estadio procesal de la acusación, momento en la cual se da el reconocimiento de las víctimas, además de ser la etapa procesal donde se traba oficialmente la Litis dentro del proceso.

Uno de los elementos problemáticos que se debe resaltar para evidenciar, que las sentencias de carácter absolutorio no deberían ser apelables, es que el representante de víctimas al igual que la Fiscalía, tiene la posibilidad de interponer y sustentar el recurso de apelación, lo cual desde el punto de vista del procesado, es desproporcionado para él, porque al fin y al cabo así en el contradictorio solo “existan” dos partes, al momento de interponer los recursos van a haber dos personas facultadas para buscar nuevamente una condena y solo una defendiéndose, y nuevamente nos deja en la perspectiva que el acusado siempre va a estar en una posición de inferioridad numérica en un juicio, puesto que no solo debe defenderse en principio de las acusaciones que haga la Fiscalía, sino que eventualmente si la víctima apela la decisión, de nuevo va a tener que defenderse de los alegatos de la víctima.

Es claro que al haber la posibilidad de apelar estas sentencias de carácter absolutorio, vista desde la perspectiva que se acaba de mencionar, pareciera como si el Estado buscara una condena a como fuese lugar, haciendo más difícil para el procesado ejercer su defensa, puesto está en una posición de 2 a 1, lo cual siempre va a ser desproporcionado y esto resulta más contradictorio cuando se analiza el papel de la víctima en todo el proceso penal, más aun cuando no fue

reconocida como parte precisamente para evitar esa desproporción numérica que podía existir, dando muestra de un sistema garantista, pero que sin embargo al final de cuentas nuevamente cae en esa desproporción que en un inicio quiso evitar.

2.5. Vulneración de garantías del procesado

Desde el argumento plasmado líneas atrás, sobre la imposibilidad que debería existir de no permitir la apelación de sentencias de carácter absolutorio, ya se evidenciaron algunos hechos que muestran la vulneración de derechos del procesado, como la desproporción que se evidencia en el juicio y que ya quedo explicada, sin embargo existen otras vulneraciones que simplemente se enunciaron y merecen que se aborden con mayor profundidad.

2.5.1. *Non bis in ídem*

Este principio, que traduce “no dos veces por el mismo hecho” constituye uno de los preceptos estructurales y esenciales del derecho penal en cuanto a derecho sancionatorio, irradia toda la actividad judicial penal en general y tiene ciertos elementos constitutivos, como por ejemplo que recaiga sobre la misma persona (*Eadem personam*) y sobre un mismo objeto (*eadem re*) así como la misma causa de persecución (*eadem causa petendi*) (Velásquez, 2014, pág. 94).

Este principio corresponde a una de *los límites materiales el ejercicio del IUS PUNIENDI* (Velásquez, 2014, pág. 42) el cual está diseñado con el objetivo de impedir que el Estado bajo la obligación de investigar y sancionar a los responsables de conductas típicas, haga más gravosa para el procesado su condición y sea sometido por segunda vez a un juicio por los mismos hechos, por los cuales ya fue llamado a responder y ya obtuvo una sentencia.

Desde esa óptica, una persona que ya fue objeto de un juicio en su contra, en el cual se enfrentó en ese sistema de partes a un ente acusador, que tuvo la posibilidad de investigar y presentar pruebas, con el fin de desvirtuar la presunción de inocencia, con la intención de vencer

en juicio a esa persona, pero que a pesar de todo eso no lo logró, no pudo convencer a un juez imparcial formado y con experiencia en esa labor; no se explica porque la Fiscalía tenga la posibilidad de llevar nuevamente ante otro juez de mayor jerarquía, el caso, con los mismos hechos, el mismo procesado, exponiendo nuevamente a este a la posibilidad de una condena, tampoco se explica cómo puede hacerlo la víctima.

El deber ser en este tipo de casos es que ante el hecho de que el ente persecutor haya fallado en su labor y en su obligación, el procesado no tiene por qué soportar esta carga, nuevamente exponiéndose a una condena, sino que quien debería soportarlo sería única y exclusivamente la Fiscalía y no de manera casi caprichosa buscar una condena en contra del acusado, que sin duda por tener esa calidad, no deja de ser persona y siempre debe estar amparado bajo el principio de la dignidad humana, que no solo irradia las actuaciones del ordenamiento jurídico penal (Art. 01 Código Penal Colombiano) sino que también está en el plano constitucional plasmado en el artículo 01 de la Constitución Política de Colombia “*Colombia es un Estado social de derecho ... Fundada en el respeto de la dignidad humana...* ”.

No obstante, esto plantea un problema adicional, que corresponde a determinar cuál es el lugar en el cual queda la víctima después de que el ente acusador, quien representaba sus intereses, haya desfallecido en su intento por desvirtuar la presunción de inocencia; al fin y al cabo se podría pensar que la víctimas no son las que escogen de manera libre y voluntaria a la Fiscalía para que esta las represente, sino que ha sido el Estado y el legislador, quienes lo han dispuesto de esa manera. Desde esa óptica el primer pensamiento correspondería sostener que las víctimas no estarían llamadas a soportar esa carga, es decir las víctimas no tendrían por qué someterse a que los errores del ente acusador, lo cual sería injusto desde la perspectiva de los derechos que en ellos recaen (verdad, justicia y reparación); sin embargo, así como el Estado es quien hace dicha

designación de representación, es el Estado quien está llamado a salvaguardar los derechos de las víctimas y al ser la Fiscalía también representante del Estado, la obligación debe recaer en ellos, de hacer investigaciones completas, con los medios de investigación correctos, de manera oportuna, de tal suerte que logren ante un juez probar la responsabilidad de una persona en ciertos hechos y no trasladar esa carga al procesado al someterlo dos veces a la posibilidad de una sentencia condenatoria.

Sería correcto pensar que en este punto existe una controversia entre los derechos de las víctimas y los derechos del procesado, lo cual en principio debe ser objeto de una ponderación, no se puede dejar de lado que en la mayoría de tipos penales, la sanción establecida por el legislador corresponde a la pena de prisión, sin duda alguna esta sanción restringe el derecho a la libertad, un derecho que es fundamental para cualquier persona dentro del territorio Colombiano y que a su vez es un derecho humano en el plano internacional, este planteamiento no está dirigido a desconocer los derechos de las víctimas, sino a que la garantía de esos derechos esta en cabeza de la Fiscalía y es ella quien desde la etapa de indagación, pasando por la investigación y terminando en etapa de juicio, hacer valer estos derechos y en tanto esa labor se desarrolle de manera seria y responsable, sus derechos se van a ver salvaguardados y la Fiscalía cumpliría a cabalidad con su doble papel de representación, sin pasar por encima de los derechos del procesado.

Cuando se analiza el principio de *non bis in ídem*, desde una perspectiva procesalista vemos que autores como Fernando Velásquez Velásquez, menciona que este principio está estrechamente ligado a el de *cosa juzgada, de la irreformabilidad de la cosa juzgada penal* (Velásquez, 2014, pág. 93), lo cual se debe analizar en base a lo preceptuado en el artículo 8 de la ley penal sustancial vigente; esta norma consagra la prohibición de doble incriminación, en el cual textualmente dice que “A Nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la

denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”, desde este punto se podría llegar a sostener que al estar relacionado este principio, con el de cosa juzgada, solo se violaría la doble incriminación cuando en un caso ya decidido por la jurisdicción penal, con sentencia debidamente ejecutoriada y en firme, se volviera a someter a consideración de un juez lo ya decidido; este argumento es netamente procesal, que concierne a la teoría de la firmeza de los actos judiciales y no puede ser un argumento que sirva para limitar derechos de una persona, no hay que olvidar que existe un principio general del derecho que dice que *“prima el derecho sustancial sobre el procedimental”*.

Afirmar que no se viola el principio de doble incriminación, bajo el sustento que al momento que se interpone el recurso, la sentencia absolutoria no está en firme, es algo que desconoce de plano el derecho a la dignidad humana, estrechamente ligada con el de la doble incriminación, al no permitir que la persona soporte por una segunda vez la dureza de un nuevo juicio penal y la incertidumbre de eventualmente enfrentarse a un condena. Este principio de doble incriminación no se debe entender, como un doble juicio completo con todas sus características, sino que la simple exposición dos veces a una posibilidad de condena, ya viola este precepto del ordenamiento jurídico penal.

2.5.2. Principio de inmediación de la prueba en segunda instancia

Además de las problemáticas que ya se han plasmado, es menester analizar el principio de inmediación de la prueba, que está presente en el Sistema penal Acusatorio, como uno de los elementos constitutivos de este sistema, pero que en contraste con la doble instancia de sentencias absolutorias, tiene algunos matices que vale la pena resaltar.

El principio de inmediación de la prueba de acuerdo a la sentencia C-591 de 2005, con magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, que citando a su vez a *Pfeiffer* sostiene que:

... el principio de inmediación de la prueba, es definido por *Pfeiffer* como aquella posibilidad ‘que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal’^[2]. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia (Corte Constitucional, 2005).

Y su importancia es resaltada por el mismo Roxin citado en la misma decisión,

... allí que, a luz de dicho principio, según Roxin, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales (Corte Constitucional, 2005).

Con estas citas la Corte Constitucional, explicó de una manera excepcional el principio de inmediación de la prueba, resaltando una vez más la importancia del mismo en la esencia del sistema penal acusatorio, es claro que este principio toma como parte fundamental la posibilidad que el juez que preside el juicio, perciba a través de sus sentidos la práctica de pruebas, en especial de los testigos ya sean de cargo o de descargo que son muy importantes para la decisión de cada caso.

El diccionario de la real academia, en lo concerniente a la definición de percepción establece que “*Sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos*” (Real Academia Academia de la Lengua Española) y es esa impresión que menciona el diccionario de la Real Academia, la que es determinante a la hora de valorar un testigo y el

testimonio, esa percepción no se da solamente escuchando lo que una persona puede decir en un juicio, sino que una parte fundamental del testimonio es observar como son los comportamientos de esa persona, si está nerviosa, si tiene sudoración excesiva, si busca respuestas con la mirada, muchos comportamientos que influyen en la impresión del juez en tanto la confiabilidad de su relato.

Desde la óptica de este escrito es menester aclarar que ese principio de inmediación que es parte determinante del sistema penal acusatorio, no se encuentra presente en la segunda instancia, puesto que las pruebas que se debatieron en juicio y que reposan en los audios y expedientes, son las mismas que pasan a manos del superior jerárquico que va a valorar nuevamente lo que se evidenció por el juez de primera instancia.

Si bien el hecho que no haya una inmediación directa en la segunda instancia, afecta tanto sentencias absolutorias, como condenatorias apeladas, es más gravoso para quien ha sido absuelto en primera instancia, que esta garantía no esté presente en segunda instancia, puesto que se está exponiendo al procesado a la posibilidad de una sentencia condenatoria, por tanto las garantías que tiene un procesado se deben elevar a su máxima expresión y no minimizar como está sucediendo en estos casos.

Sin embargo, las Cortes del país han tratado de solucionar el problema y encontraron en los medios tecnológicos una forma de asegurar que el juez que va a revisar un caso, tengan a su mano elementos que le permitan materializar esa inmediación que pide el sistema, sin embargo a pesar de dar una posible solución, en ese mismo argumento la Corte Constitucional por ejemplo, reconoce la importancia que este principio, esté presente en todos los eventos en los cuales un juez, revisa un caso del cual no ha hecho parte directamente, así como lo hizo en la sentencia C-059 de febrero 3 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, en la cual dijo:

Sobre el particular, la Corte Constitucional considera pertinente hacer un llamado de atención a las autoridades competentes a efectos de que **aseguren la disponibilidad de equipos de audio y video en todos los despachos judiciales encargados de manejar el sistema penal acusatorio**, en especial, en regiones apartadas del país. En efecto, la garantía procesal de contar con un juicio oral, precisa que el mismo sea técnicamente filmado, con el propósito de que los jueces superiores, si bien no lo presencian directamente, se puedan hacer una idea lo más fidedigna posible de lo sucedido (Corte Constitucional, 2010).

La pregunta sería, además de los otros argumentos que ya se han esbozado en pro de sustentar porque no se debería permitir la apelación de sentencias absolutorias, es ¿será que en la realidad se están utilizando estos medios tecnológicos? ¿Será que en una eventual segunda instancia se va a hacer uso de ellos? La respuesta correcta sería PARCIALMENTE, a pesar de que con la implementación del sistema penal acusatorio, se logró que los despachos en los cuales se iba a juzgar por dicho sistema, se implementara tecnología de audio que permitieran al juez de segunda instancia, escuchar nuevamente todo el debate que se suscitó en etapa de juicio, así como la práctica de pruebas, es menester aclarar que en muy pocos despachos del país, se cuenta con un sistema de video, que permita evidenciar con claridad, comportamientos de los testigos e incluso del acusado, como ya se mencionó con anterioridad, que son fundamentales para el principio de inmediación, por tanto desde la perspectiva de la percepción, esta no solo se da escuchando lo que pasó, sino que se requiere verlo, para así generar concepciones propias que si permitan en realidad valorar íntegramente tanto un testigo como su testimonio y en ellos fundamentar una sentencia.

Es necesario mostrar como la misma jurisprudencia ha reconocido la importancia de este tipo de hechos,

“Sin embargo, en nada se opone a ello, el deber de repetir una audiencia de juzgamiento cuando quiera que el paso del tiempo pueda alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas; más grave aún, cuando el funcionario encargado de emitir un fallo ni siquiera ha presenciado la práctica y controversia de las pruebas” (Subrayado fuera del texto original)

Si bien el contexto es diferente puesto se está hablando de la repetición de una audiencia de juicio, vemos como la Corte señala una vez más la importancia de la percepción que nace del fallador al presenciar la práctica de pruebas y más aún la importancia de dicha percepción en conexidad con la obligación legal que tiene de emitir un fallo.

Hasta tanto el Estado no disponga mínimamente de este tipo de ayudas tecnológicas en la totalidad del territorio Colombiano, donde se llevan a cabo juicios penales, que por lo menos aminoren un poco la vulneración del principio de inmediación de la prueba, en esa segunda instancia (nunca a va ser igual presenciar un hecho, que verlo en video) no se podrá pensar en someter a dicha persona nuevamente a una valoración, la cual tiene probabilidad de condena, puesto que el procesado no tiene por qué soportar un escenario desfavorable a su condición.

2.6. Casos ejemplarizantes de la problemática

Cuando se analiza este tipo de hechos en el cual los civiles, el Estado y el legislador, han dispuesto un sistema que permite someter dos veces a juicio a una persona, nos queda en el aire que el Estado tiene ansias de condenar a como dé lugar, como si entre mayor cantidad de condenas se elevara el estándar de efectividad de la administración, existen casos en los cuales, son totalmente palpables estas situaciones, como el del caso Space (12 octubre de 2013) en la ciudad de Medellín, un caso muy sonado por el impacto que generó en la sociedad, ver que una torre de un conjunto de apartamentos se apresuró a tierra por errores en su construcción y violación de

normas de sismo resistencia; en este caso han sido sometidos a un juicio dos de los curadores de esta obra, por presuntamente incurrir en un prevaricato agravado en concurso homogéneo y sucesivo en más de 9 oportunidades.

El señor Alberto Ruiz Arango, curador de esa obra, fue acusado por la Fiscalía por 9 hechos de prevaricato, de igual forma la señora Eliney Francis Llanos fue acusada por 12 cargos de prevaricato; la Fiscalía llevó a juicio a estas dos personas por esos 21 presuntos delitos, con infinidad de testimonios, aportando en el juicio un documento en el cual el ente acusador sostenía que estos dos curadores habían violado más de 40 ítems de las normas de sismo resistencia, contó con informes para sustentar su teoría, desarrollados por la Universidad de los Andes, sin embargo a pesar de, según versiones de la Fiscalía, tener elementos materiales probatorios que confirmaban el sin número de irregularidades que presentaba la labor realizada por estas dos personas, el juez 13 penal del circuito con funciones de conocimiento absolvió a los procesados de todos los cargos.

Es decir que el ente acusador no logró desvirtuar la presunción de inocencia de Alberto y Francis, no fue capaz de probar ninguno de los de los más de 20 cargos por los cuales los acusó, partiendo del hecho de que con solo probar un hecho hubiese habido sentencia de carácter condenatorio, por tanto queda en el aire la pregunta ¿si la Fiscalía no fue capaz de probar más de 20 cargos en contra de dos personas, por qué el Estado debería permitirle a la Fiscalía exponer nuevamente a una persona a la posibilidad de una condena? Cuando quien debía probar la responsabilidad penal de estos sujetos era la Fiscalía y esta falló en su misión, entonces queda en el aire una pregunta para el legislador, ¿si la Fiscalía falló en su labor por qué el procesado debe soportar una carga adicional?, existe un principio básico de la responsabilidad y es que cada quien es responsable por sus propias acciones u omisiones y en este caso el único que debería sufrir este error sería la Fiscalía y eventualmente el Estado, pero nunca el procesado.

2.7. Solución de la Corte Constitucional a la problemática

La problemática que fue tratada en las líneas anteriores, sobre la impugnación de sentencias absolutorias, fue presentada por un ciudadano, quien también tenía la misma preocupación que ya se expuso y por medio de la acción pública de inconstitucionalidad –API- solicitó que la Corte Constitucional en su función de control de la Carta Suprema, declarara inexecutable la palabra “absolutoria” que se encuentra presente en el artículo 176 y 177 inciso primero de la Ley 906 de 2004, por considerar que la misma era violatoria de los derechos que le asisten al procesado.

Dentro de la argumentación que presentó el ciudadano, se evidenció que él consideraba inconstitucional la norma ya señalada, porque: en primer lugar, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 29, la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito, en una expresión del *non bis in idem* y al someter a procesado a una nueva valoración de un juez, se estaría vulnerando dicho principio; segundo, en el mismo sentido la constitución también establece que el juicio debe ser público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, sostuvo que esto establecido en el texto supremo, no se daba en la segunda instancia, por tanto las garantías del procesado se veían vulneradas, de igual forma como tercer argumento planteó, que la esencia del proceso en segunda instancia es que consta de una deliberación de carácter cerrado, donde se desconocen todas las garantías dadas por el sistema penal acusatorio, en cuarto lugar aseveró, que los tratados internacionales acogidos por el país, consagraban que la facultad para apelar un sentencia, la tenía la persona que estaba siendo procesada, por tanto era contradictorio que la legislación Colombiana concediera dicha facultad también a la Fiscalía o a la víctima.

La Corte analizó los cargos presentados por el ciudadano, encontrando que en la demanda se presentaban, esencialmente dos problemas jurídicos de los cuales se debía hacer cargo:

1. ¿Si la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal viola el principio del *non bis in ídem*?
2. ¿Si por virtud de lo dispuesto en los artículos 14, numeral 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 2°, literal h) del Pacto de San José, el Estado colombiano enfrenta una prohibición que excluye la posibilidad de que en su legislación interna se establezca el recurso de apelación contra las sentencias absolutorias en materia penal?

En cuanto al primer problema jurídico, la Corte sostuvo que:

... el principio de non bis in ídem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ha dicho la Corte que

...la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de ‘someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta

(Corte Constitucional, 2006).

La Corte entiende que el principio de cosa juzgada, tiene inmerso como garantía el de no ser juzgado dos veces por el mismo delito y la esencia de esta garantía radica en que “*se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado*”

(Corte Constitucional, 2006).

Por lo tanto, que la garantía de la cosa juzgada, era el eje principal del principio de no doble incriminación y que el legislador así lo había dispuesto, pero que la cosa juzgada se daba una vez

agotado el procedimiento de juicio, es decir en los casos en los cuales no hubiesen recursos, es ahí donde en una sentencia en firme, recaería la prohibición de no dos veces por el mismo hecho, mostrado que la interposición del recurso imposibilitaba la firmeza del acto y por tanto la terminación de la actuación de juicio y que por ello en tanto no se hubiese terminado el juzgamiento, era totalmente válido que se impugnara la sentencia; además de esto menciona que en razón del orden justo y los derechos de las víctimas, se debía propender por lograr la verdad y al justicia por tanto era válido que un juez de superior jerarquía, revisara el juicio de primera con base en las alegaciones de la parte recurrente, a fin de determinar si la sentencia está ajustada a derecho.

Si bien es cierto el principio de cosa juzgada, esta instituido como una garantía de orden constitucional, la misma se desarrolla respecto de términos y circunstancias netamente procesales, es decir su materialización e invocación se da, solo cuando se den o no se den ciertos pasos procesales, al contrario del principio de *non bis in idem*, garantía de orden sustancial que pretende no ser sometido dos veces a juicio por el mismo hecho, por tanto en esta colisión de principios y de derechos, se deben preferir aquellos que por principio de favorabilidad sean más beneficiosos al procesado, sin que esto sea una muestra de impunidad, puesto que estamos partiendo del hecho de que la persona ya venció a la Fiscalía en ese enfrentamiento de partes, por tanto el principio de cosa juzgada en estos casos en concreto, no es más que una limitante, a un derecho que es más beneficioso para el acusado.

La Corte utiliza este argumento para justificar el hecho de que una persona sea expuesta dos veces a la posibilidad de ser condenada, con el agravante de que en la primera posibilidad tuvo un juicio público, contradictorio, con inmediación de la prueba, concentrado y en la segunda

instancia no va a gozar de el mismo estándar de garantías, sin embargo está expuesto a la misma posibilidad de condena.

En lo concerniente con el segundo problema jurídico, la Corte siguiendo la misma línea de defensa, afirmó refiriéndose a los tratados internacionales que:

Desde esa perspectiva puede señalarse que, ni la Convención, ni el Pacto, contienen la prohibición de que los ordenamientos jurídicos de los estados parte establezcan la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal, ni de esos instrumentos se desprende una interpretación de la garantía del *non bis in idem* que sea contraria a la que se ha plasmado en el apartado precedente de esta providencia. Por el contrario, ambos instrumentos son explícitos al señalar que la garantía del *non bis in idem* procede frente a sentencias ejecutoriadas¹³ y si bien el derecho a impugnar la sentencia condenatoria se ha establecido a favor del sindicado¹⁴, nada de lo dispuesto en esos tratados se opone a que los Estados establezcan, además, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, eventualidad que, por otra parte, encuadra dentro de la concepción de lo dispuesto en esas convenciones internacionales como garantías mínimas, que no pueden desconocerse, pero si ampliarse y extenderse a otros supuestos, para el desarrollo de valores y principios que, contenidos en los ordenamientos internos, son expresión, también, del ordenamiento internacional (Corte Constitucional, 2006)”

¹³ “El numeral 7º del artículo 14 del PIDCP dispone que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.” A su vez, de acuerdo con el numeral 4º del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “[e]l inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.” (Subraya la Corte). (Corte Constitucional, 2006)

¹⁴ “De manera expresa en el Pacto, que sobre el particular dispone que “[t]oda 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.” En la Convención la garantía esta prevista de manera más amplia, porque se dispone que durante el proceso, “... toda persona tiene derecho, en plena igualdad, ...” entre otras garantías mínimas, “... a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Sin embargo esa disposición se ha interpretado como concebida principalmente a favor del sindicado, para permitirle proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. Sobre ese particular la CIDH, en el caso La Tablada (1997), señaló que “[l]a Comisión considera que este recurso (el de apelación), establecido en favor del inculcado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal.” (Corte Constitucional, 2006)

Es correcto afirmar que los tratados internacionales no han prohibido de manera expresa, la impugnación de sentencias absolutorias, pero si han establecido que la garantía está en favor del procesado, por tanto el Estado, así como afirma que la ese principio de *non bis in idem*, no es absoluto, ha debido reglamentarlo de manera tal que no lo limitara, sino que por el contrario, actuara desde ese misma línea y tomara acciones tendientes a garantizar que el principio de doble incriminación fuese más favorable para el procesado, que desde muchas ópticas, algunas cuestionables, puede considerarse la parte débil dentro del contradictorio.

Bajo este mismo entendido la Corte manifestó que el accionante, no mencionó la forma como se tramitaba (Art. 179, Ley 906 de 2004) el recurso de apelación, desconociendo que el mismo si se realizaba de forma oral y permitía una vez presentado el recurso y recogidos los registros necesarios, daba la posibilidad de un debate oral en el cual se escuchara a las partes, ejerciendo el derecho de contradicción, por lo tanto no había violación a las garantías del procesado; sin embargo hay que resaltar que la sentencia que resolvió este asunto, es del año 2006, y en la actualidad, es decir año 2016, dicho procedimiento ha cambiado y se convirtió en algo aún menos garantista, puesto por medio de la Ley 1395 de 2010, se estableció la posibilidad de que el recurso se sustentara de manera escrita, 5 días después de su interposición, con lo cual inmediatamente desconoce la oralidad de estos procedimientos que en principio son base del sistema penal acusatorio, no siendo suficiente el juez de segunda instancia solamente se limita a escuchar las grabaciones correspondientes, a las audiencias de la primera instancia y sin intermediación, ni oralidad, ni debate, ni contradicción, el juez de segunda instancia tiene toda la facultad para condenar a quien ya había vencido en juicio a la Fiscalía y había obtenido una sentencia absolutoria.

Bajo los motivos ya esbozados, la Corte Constitucional de Colombia, quien se ha caracterizado a lo largo de la historia, como un ente de corte garantista, en una clara limitación al principio de *non bis in idem*, por medio de la sentencia de constitucionalidad numero C 047 de 2006, declaró, la exequibilidad de la norma en cuestión.

En concreto, sí, se violan garantías del procesado, al someterlo a un juicio nuevo, sin los requisitos propios de un juicio ordenados por la constitución y la ley, que termina con una condena, pero a pesar de no compartir los argumentos del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, es ella quien impone el criterio jurisprudencial y como si estuviésemos en tiempos de la antigua Roma, *Roma locuta, causa finita...*

CAPÍTULO 3. PRIMERA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Primera sentencia condenatoria dictada en segunda instancia

Bajo los principios de doble instancia y un sistema de recursos como se expuso en la sentencia C-047 del 2006, no se logra entender cómo, una persona que es absuelta en primera instancia dentro de un proceso penal y que posteriormente es condenada en segunda instancia, no goce de dicha garantía recursiva, más aun cuando se trata de una persona que se enfrenta a una pena al ser condenada, la cual es sumamente gravosa por lo supone esta, sin duda este tipo de situaciones dejan al procesado en una posición de indefensión ante el *ius puniendi* del Estado.

En concreto para delimitar el problema, se trata de aquellos casos en los cuales una persona es sujeto o parte dentro de un proceso penal, pero por medio del ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, logra que un juez de la Republica lo declare inocente de los cargos que se le acusan, sin embargo bajo esa garantía que dispuso el legislador de impugnar sentencias absolutorias, la Fiscalía o el representante de las víctimas, apelan la decisión y esta pasa a manos

de un juez de mayor jerarquía, quien una vez hechas sus propias consideraciones y revisando el proceso, decide que el *ad quo* no acertó en su razonamiento y que por el contrario el sentido del fallo ha de ser condenatorio, por tanto procede a imponer una pena al procesado, sin embargo esta persona que ha sido condenada en ese fallo de segunda instancia, no tiene posibilidad de apelar dicha sentencia conforme a los medios ordinarios de impugnación, puesto que por encima del juez de segunda instancia no existe otro superior jerárquico, que tenga la facultad para actuar como juez de instancia.

Bajo ese entendido, a pesar de que el proceso en general, si pasó por una segunda instancia y se pudo ser objeto de revisión, este subió al superior bajo las argumentaciones de los impugnantes, por tanto cuando se condena en segunda instancia, el condenado nunca ha ejercido su derecho a impugnar sentencias que vayan en contra de sus intereses y como contra esta sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno, la persona es objeto de una condena, sin haber ejercido su derecho constitucional a la doble instancia, derecho que tanto ha resaltado la misma Corte Constitucional y que está ampliamente amparado por tratados internacionales.

Esta problemática está presente en la jurisdicción penal desde la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio, es decir el 01 de enero del año 2005, lo cual muestra que desde ese momento se han venido violando las garantías mínimas de cualquier condenado, por una omisión del legislador, esto por el simple hecho de que este último no creó una reglamentación para ello, lo cual impide que se pueda surtir el trámite ante la jurisdicción. Fue solo hasta el año 2014 cuando una ciudadana en ejercicio de la Acción Pública de inconstitucionalidad, demandó las normas artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 (parciales) de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento *Penal* demanda en la cual sustentó que:

A juicio de la peticionaria, la inconstitucionalidad anterior se produce porque la

normativa demandada no consagra el derecho a apelar los fallos que fijan una condena por primera vez en la segunda instancia en el marco de un proceso penal, y de esta forma, desconoce el principio de igualdad y el derecho al debido proceso. El déficit anterior configuraría una comisión legislativa relativa, puesto que el vicio de inconstitucionalidad se predica, no del contenido positivo de los preceptos atacados, sino de aquel que no fue previsto y debería estarlo (Corte Constitucional, 2014).

Vemos cómo la peticionaria en una línea de pensamiento muy similar a la que se ha plasmado anteriormente, en su momento consideró que el hecho que no estuviese regulada esa posibilidad de apelación, era violatorio de los intereses de una de las partes en el contradictorio penal y violaba los derechos a igualdad, sin olvidar que de la misma manera viola directamente el principio de doble instancia, que a pesar de consagrar la posibilidad de limitaciones, es imposible pensar que una de dichas limitaciones correspondiera a impedir que el procesado (parte débil en el proceso) tuviese la posibilidad de impugnar dicha decisión adversa a sus intereses; sería imposible pensar que la jurisdicción interna limita un derecho, consagrado en normas internacionales, cuando se parte del hecho, que desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad las normas internacionales priman sobre las internas de cada país.

La Corte Constitucional pareció entender esto y como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y garante de la Carta Suprema, realizó varias consideraciones, entre ellas las relacionadas con la situación jurídica de la posibilidad de apelar una sentencia condenatoria dijo, bajo lo cual sostuvo que, *“Tanto la Carta Política como los instrumentos internacionales de derechos humanos han calificado la impugnación de los fallos condenatorios como un derecho subjetivo que integra el núcleo básico del derecho de defensa”* (Corte Constitucional, 2014).

La Corte reconoce que este es un derecho en el ordenamiento jurídico colombiano y que es

una expresión, del derecho a la defensa, esta a su vez hace parte del debido proceso; también consideró que la garantía de impugnación, no puede ser subsanada bajo las figuras jurídicas de la revisión y la casación, pues la mismas no permiten una revisión integral de la actuación de instancia, sino una constatación de carácter limitado, por los requisitos que exige cada uno de estos medios para su admisibilidad, que por consiguiente limita también los derechos del condenado a esa doble instancia y el acceso a la justicia.

Respecto de lo último también reconoce que desde el plano internacional los órganos de los sistemas mundiales y regionales han acogido ciertos conceptos de manera estándar, mencionando que entes como la Observación General Nampo 32 del Comité de Derechos humanos, han considerado que:

... la revisión de la decisión condenatoria, enfatizando que ésta debe tener dimensión sustancial y no meramente formal, y que el análisis se debe extender no solo a los fundamentos normativos del fallo inculpativo, sino también a los elementos de prueba y a los hechos que sirvieron de base a la condena.

Esta corporación internacional ha llegado al consenso (también lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos)¹⁵, de que al condenado, se le debe garantizar la posibilidad de cuestionar integralmente la decisión que lo encuentra responsable, de tal manera que la revisión de su caso se haga desde los elementos fácticos, jurídicos, y probatorios materializando así que la garantía de apelación se dé correctamente, asumiendo que cualquier limitación a la misma es violatoria del debido proceso; esa transgresión a las garantías del procesado es imputable directamente al Estado,

¹⁵ "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" ¹⁵ Corte IDH, caso *Mohamed vs Argentina*, sentencia del 23 de noviembre de 2012, Serie C No. 225

puesto que la posibilidad de llevar a cabo la apelación de la condena, depende de los medios idóneos adoptados por cada país en materia de procedimientos.

Si bien es cierto muchas personas podrían negarse a la posibilidad de que se pudiese apelar la sentencia condenatoria de segunda instancia, considerando que permitir eso, sería como agregar una tercer instancia al proceso, atentando contra la esencia del mismo, es menester aclarar que la misma Corte Constitucional también sostuvo que en base a la figura de la doble instancia de una sentencia condenatoria, no se permite esa conclusión, puesto en el caso concreto corresponde a la efectividad de una garantía y que en tratándose de eso debe haber un medio idóneo que permita la misma.

En resumen, la Corte reconoce la importancia de permitir que en estos casos, las personas gocen de una doble instancia, que lleve a una efectividad del derecho a la defensa y a un mayor acercamiento a la justicia.

3.2. Derechos de las víctimas en la impugnación de sentencias de segunda instancia

La Corte en la misma sentencia de constitucionalidad que se ha venido mencionado, (C-792 del 2014) afirmó que las víctimas ven materializados sus derechos al debido proceso y a apelar, ya sea por ellos mismos o por la Fiscalía, en el entendido que como lo ha afirmado la jurisprudencia, ellos pudieron en su momento presenciar un juicio público y contradictorio, participar en él y una vez emitida la sentencia absolutoria de primera instancia, presentar una apelación, respecto de los hechos que consideraron no estaban ajustados a derecho y por tanto solicitaron en su momento que se revisara la sentencia en pro de obtener una condena.

Es necesario hacer la precisión, como ya se ha repetido, que se contempla la posibilidad de apelar la primera sentencia condenatoria en el proceso, emitida en segunda instancia, no solo porque es un derecho plenamente reconocido y discutido, sino que se está hablando que la condena,

obligatoriamente contiene una pena, la cual para un sujeto es supremamente gravosa. Esto podría presentar cierto reparo en cuanto, se podría afirmar entonces que las víctimas también deberían tener la facultad de apelar la primera sentencia absolutoria que se emitiera en segunda instancia, sin embargo la Corte ha sostenido que:

... aunque ni las víctimas ni la Fiscalía tienen la oportunidad de controvertir el fallo que ordena la absolución por primera vez en la segunda instancia del juicio penal, mientras que por otro lado, el condenado sí puede atacar la sentencia que impone la sanción por primera vez en esta fase del proceso, las diferencias en el tratamientos jurídico responden a la diferente posición jurídica que ocupan estos sujetos en el proceso penal. La persona en cuya contra se adelanta el juicio, por la potencial afectación de una amplia gama de derechos fundamentales, entre ellos la libertad personal, cuenta con la presunción de inocencia, y con el principio de in dubio pro reo, con una garantía específica y reforzada de defensa frente al acto inculpativo, y con la exigencia de la doble conformidad judicial (Corte Constitucional, 2014).

Por tanto a pesar de que los derechos de las víctimas, estén presentes dentro de la actuación, los mismos ya no pueden ser garantizados, cuando el condenado haya logrado vencer en la segunda instancia, puesto se derrotaron las bases tanto fácticas, jurídicas y probatorias que fundamentaron una condena.

3.3. Existencia de una omisión y obligación de subsanar por parte del Legislador

Una vez reconocido este derecho la Corte le dio la razón a la accionante y a la Universidad Santo Tomás, quien estuvo de acuerdo en los motivos de la demanda de inconstitucionalidad, esta entidad reparó que no existía un procedimiento expedito para que dicho trámite se diera de manera oportuna, dentro de la legislación Colombiana por tanto, procedió a hacer una revisión de las

causales, de la acción de tutela, acción de revisión y el recurso extraordinario de casación, con el fin de verificar si dentro del ordenamiento jurídico penal, se encontraba una forma jurídica para impugnar la sentencia condenatoria en cuestión, sin embargo bajo la esencia de esos tres procedimientos mencionados anteriormente la Corte concluyó que los mismo son insuficientes:

... la sumatoria de varios dispositivos que desde la perspectiva del derecho a la impugnación resultan insuficientes, no los convierte en recursos idóneos y eficaces, pues lo que se requiere, en definitiva, es que el operador jurídico que resuelve el recurso, pueda tener una nueva aproximación al caso y que a partir de este nuevo acercamiento determine si se justifica o no la imposición de la condena establecida en el fallo recurrido (Corte Constitucional, 2014).

Una vez verificada esa posibilidad, esa corporación concluyo que respecto de la problemática presentada en la API, el legislador había incurrido en una omisión en el régimen procesal de la Ley 906 de 2004, puesto que se había evidenciado que no existía un recurso idóneo para materializar un derecho de impugnación, que ya estaba plenamente reconocido, pero que en los casos ya mencionados no se podía llevar a cabo.

Si bien la Corte reconoce que el medio idóneo para declarar la omisión, es por una exequibilidad condicionada, también entiende que el mecanismo necesario para subsanar esa omisión, es por medio de la intervención legislativa, puesto será el Legislador el encargado de establecer los medios y los procedimientos necesarios para poder garantizar materialmente la impugnación de esas sentencias, por estos motivos la corporación tomó la decisión de declarar la exequibilidad de los artículos analizados en su contenido positivo, pero difirió los efectos de constitucionalidad de aquellos sentidos que no están presentes y que deben ser subsanados en el

término de un año, así mismo exhortó al congreso de la Republica para que en el término de ese año contado a partir de **la notificación por edicto de la sentencia**, tomara las acciones que fueran necesarias para tener dentro del ordenamiento jurídico esa garantía de la que tanto se ha hablado¹⁶. No siendo suficiente esto la Corte dijo, “*se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena*”.

La sentencia es proferida el día 29 de octubre de 2014, con Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, con número de sentencia C-792/14, por lo tanto quedó entendido que un año después de esa fecha, si el legislador incumplía dicha orden, cualquier persona podía impugnar la primera sentencia condenatoria emitida en segunda instancia y la jurisdicción ordinaria, debía darle tramite a la apelación por medio del superior jerárquico o funcional, sin embargo quedaba el inconveniente de la notificación por edicto que se debía hacerse de la sentencia, para con la Corte Suprema de Justicia; de acuerdo al reglamento interno de la Corte Constitucional, la notificación de sus providencias le corresponde a secretaria general, pues así lo dispuso el artículo 17 literal I¹⁷, así mismo el Decreto 2067 de 1991, que estableció:

Artículo 16. La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte. (Art. 56, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996.).

¹⁶ “Como algunas instancias judiciales carecen de un superior jerárquico, resulta necesario diseñar mecanismos para asegurar la revisión de las sentencias expedidas por tales organismos, cuando en el marco de un juicio penal, imponen por primera vez una condena. En escenarios distintos, esta Corporación ha señalado la necesidad de que al interior de organismos judiciales colegiados como la Corte Suprema de Justicia, se diferencie orgánicamente la función de investigación y la función de juzgamiento, cuando ambas han sido atribuidas a esta corporación. De manera análoga, en estas hipótesis se debe garantizar la revisión de los primeros fallos condenatorios que se dictan en el marco de un juicio penal por instancias que carecen de superior jerárquico”. (Sentencia , 2014)

¹⁷ “I. Notificar las providencias de la Corte, comunicar la iniciación de procesos constitucionales al Presidente de la República, al Congreso Nacional y a las demás entidades del Estado que participaron en la expedición de la norma, de conformidad con la Constitución y el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991”

La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión”

(Subrayado fuera del texto original)

Es decir que tan solo 6 días después de que se dictara la sentencia, debía darse por notificada, por edicto, y una vez notificada, comenzaría a correr el término de un año que había dispuesto la Corte, lo cual es muy relevante puesto estamos hablando de un derecho que le asiste a una persona condenada y que debe ser objeto de protección, sin embargo curiosamente de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia la sentencia solo se le notificó el 20 de abril de 2015, es decir casi 5 meses después, contrario a lo que la ley tiene estipulado.

La extensión de esa notificación no puede pasar desapercibida, pues lo que sucedió es que se extendió el término que había puesto la corte, en realidad ya no era de un año, sino de casi, año y medio. El término del año que dispuso la Corte se venció el día 22 de abril de 2016, por lo cual se esperaba que a partir de ahí, de no haber regulación, la Corte Suprema admitiera apelaciones correspondientes a segundas instancias y les diera el trámite correspondiente encaminado a la verificación de sucesos facticos, jurídicos y probatorios que realmente garantizaran el derecho de impugnación que tanto resaltó la Corte Constitucional.

La Corte Suprema de justicia en un comunicado de prensa del día 28 de abril del 2016 dijo lo siguiente:

2. Que el plazo de un año dispuesto en la sentencia de constitucionalidad se cumplió el pasado 22 de abril y el Congreso de la República no ha producido las reformas a la Constitución y a la ley necesaria para ajustar la legislación interna a la exigencia de doble conformidad judicial relacionada con la sentencia condenatoria penal.

3. Que bajo esa circunstancia, así la corte Constitucional haya dispuesto que ante el incumplimiento del mandato por parte del Congreso de la República, es procedente –sin más— la impugnación en todos los casos de la primera condena dictada en el proceso penal, ello es irrealizable porque ni la Corte Suprema de Justicia ni ninguna otra autoridad judicial en el país cuenta con facultades para definir las reglas que permitan poner en práctica la aspiración de la Corte Constitucional expresada en la sentencia C-792 de 2014.
4. Que no está al alcance de la Corte Suprema de Justicia, que es máximo Tribunal de la justicia ordinaria y órgano de cierre, la creación de un superior jerárquico que revise las sentencias de sus Salas especializadas.
5. Que es simplemente imposible para la Corte Suprema de Justicia, en razón de lo anterior, definir las reglas que habiliten el recurso de apelación contra las 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 extraordinario de casación (Corte Suprema de Justicia, 2016).

A pesar de que el pronunciamiento de la Corte Constitucional, fue en un sentido progresista, garantista y lo más importante protegiendo el orden constitucional, que a su vez está amparado en tratados internacionales, no es más que como dirían algunas persona que “un saludo a la bandera”, algo simbólico, puesto que Corte Suprema de Justicia, simplemente se sale de la obligación diciendo que no tiene los medios idóneos para cumplir esa tarea impuesta, por lo cual la decisión del órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional queda en el aire, no solo evidenciando problemas de superioridad entre las altas cortes, sino de vinculatoriedad de las decisiones de estas altas magistraturas, pero más grave aún es que lo que queda en el aire y que realmente le debería

importar a un Estado Social y Democrático de Derecho, que son los derechos del procesado, que aquí están siendo claramente vulnerados, por varias ramas del poder público y que prácticamente los dejan sin mecanismos jurídicos para atacar una situación que es injustificada.

Desde el punto de vista del legislador es necesario revisar si realmente, se dispuso lo mínimo para cumplir con la misión impuesta por la CC, por eso es menester traer a colación el Proyecto de Ley impulsado por la Fiscalía General de la nación, de N° 021 de 2015.

3.3.1. Cámara de Representantes Proyecto de Ley 021 de 2015

La Cámara de Representantes, probablemente en atención a la sentencia de la Corte Constitucional, sumado a otras problemáticas detectadas en la puesta en práctica del Sistema Penal Acusatorio, cursa en la actualidad un Proyecto de Ley (021 de 2015) en donde introduce una serie de modificaciones a la Ley 906 de 2004, dentro de las cuales también se tiene la correspondiente con la segunda instancia de las sentencias que ya hemos mencionado, es así como en el artículo 5 que modifica el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, respecto del derecho a impugnar, se adiciona un párrafo que dice *“Cuando la sentencia de segunda instancia o de casación revoque la decisión de absolución, el fallo podrá ser impugnado.”*

Es claro que este párrafo corresponde a lo declarado por la Corte Constitucional y el legislador está cumpliendo con su tarea, reconociendo que si se había incurrido en una omisión de tipo legislativo y subsanando su error, además de esto dentro de los actos que conoce la Corte Suprema de Justicia, se adiciona: *“4. De la impugnación excepcional del recurso de casación. 5. De la impugnación de las sentencias condenatorias que conozca la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”*.

Dándole la posibilidad de conocer de esos recursos de apelación de sentencias condenatorias, que por razón de la organización jerárquica, le correspondan a ella, desvirtuando el

argumento de la misma Corte Suprema de Justicia en el cual sostenía que se veía impedido a cumplir con el mandato de la Corte Constitucional, puesto que no contaba con los instrumentos y procedimientos necesarios para implementar dicha orden.

En lo concerniente con los tribunales superiores de distrito judicial, este proyecto de ley también la da una organización dentro de la jerarquía, de modo tal que pueda fungir como juez de segunda instancia de los jueces especializados de circuito, tal como lo refiere el artículo 7 que modifica a su vez el artículo 33 de la Ley 906 de 2004: “3. *De la impugnación excepcional de las sentencias condenatorias que profiera el Tribunal Superior del Distrito, cuya primera instancia haya sido proferida por los jueces del circuito especializados*”.

Y no siendo suficiente agrega este párrafo en el cual permite hasta la impugnación de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Superior del Distrito, bajo el presupuesto de una sentencia de tipo absolutoria que lo preceda (artículo 7 Proyecto de Ley)

... Parágrafo 2. Podrá impugnarse excepcionalmente la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito, siempre que en la instancia previa se haya absuelto al procesado. Dicho recurso será resuelto por la sala o el magistrado que siga en turno del mismo tribunal (Cámara de Representantes, 2015).

Y por último, y no menos importante, agregó la posibilidad de que las salas penales de los tribunales superiores de distrito, conozcan de los recursos de impugnación, que se propongan ante juez del circuito: “*De la impugnación excepcional de las sentencias condenatorias que profiera el Tribunal Superior del Distrito, cuya primera instancia fue proferida por los jueces del circuito*”.

Es claro como en todas las modificaciones que se refiere el Proyecto de Ley, se enmarca que las impugnaciones serán de carácter obligatorio dentro del ordenamiento y resalta que procederán sobre sentencias condenatorias, evidenciando una vez más un carácter proteccionista

respecto del procesado y desvirtuando un poco la tesis que el Estado busca una condena a como dé lugar.

El Proyecto de Ley actualmente se encuentra para plenaria de Cámara, a la espera de su aprobación, sin duda es un texto de más de 200 hojas en donde se tocan muchos temas de la esencia del Sistema Penal Acusatorio, sin embargo es menester dejar claro que el proyecto debe surtir todo el tránsito legislativo, además de su correspondiente control de constitucionalidad, punto que puede ser controversial, puesto el proyecto de ley toca temas trascendentales que la jurisprudencia ha tratado de explicar y que ahora se quieren retomar desde una posición más impositiva, como lo es la del legislador.

3.3.2. Retroactividad de la garantía

Este último punto mencionado tiene dos perspectivas, una que está enfocada a que la problemática ya se ha solucionado con el pronunciamiento de la Corte Constitucional y otro que no fue tratado por la Corte en lo que respecta a la retroactividad de esta garantía; queda la pregunta de ¿Qué pasa con los que tuvieron derecho hacia el pasado pero por una omisión legislativa el Estado se los negó? El tema respecto de la impugnación de las sentencias de carácter condenatorio, emitidas por primera vez dentro del proceso pero en segunda instancia, parece poder resolverse con el proyecto de ley que ya se ha mencionado, sin embargo se debe esperar que el mismo se convierta en ley de la Republica, hasta tanto el problema aún sigue latente dentro del ámbito de la legislación procesal penal.

Cuando se revisa esa garantía de la doble instancia, materializada en ese derecho a apelar las ya mencionadas sentencias condenatorias, vemos que la Corte cuando se pronuncia respecto de esta garantía, partió del hecho que la misma se había reconocido primero en el tiempo en materia internacional y por tanto ha debido adoptarse por la legislación interna de la misma forma. Para el

Estado Colombiano esta garantía que le asiste al procesado viene desde el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ratificado por el país y vigente desde el año 1973, así como de la Convención americana de Derechos Humanos, vigente desde el año 1978, es así como dos normas de orden internacional, le señalaban la obligación al país y el mismo había aceptado y se había comprometido a cumplir.

Esta obligación a la cual el Estado se había suscrito en el plano internacional, genera unos efectos de gran connotación, en este caso para el procesado en la jurisdicción interna, puesto que esa garantía venía para todos los procesados desde el año 1973 y luego ratificada en el año 1978, por tanto a partir de la entrada en vigencia de dichos tratados, los procesados contaban con esa garantía; sin embargo el Estado teniendo la obligación de hacerlo, no la estaba haciendo efectiva. Cuando la Corte Constitucional en esa demanda de inconstitucionalidad reconoce que en este caso en específico se trata de una “omisión legislativa”, está indicando o afirmando que el legislador ha debido haberla previsto en la legislación jurídico penal, pero que no lo hizo; esto es determinante puesto que si ese derecho de los condenados les asiste desde el año 1973 y el legislador incurrió en un error al no contemplar este derecho dentro del ordenamiento jurídico, el error es atribuible única y exclusivamente al Estado y en virtud de ello las consecuencias también son únicamente para el mismo, no tiene el procesado de ninguna manera soportar la falla en la que se cayó.

En pocas palabras, todos los casos en los cuales la persona no haya tenido la facultad de impugnar, la primera sentencia condenatoria emitida en segunda instancia desde el año 1973, son procesos en los cuales se ha violado el debido proceso y debería permitírseles materializar al día de hoy dicha garantía. En principio se debería plantear que si el derecho ha estado reconocido desde hace más de 40 años, pero el Estado no había cumplido con esta obligación, todas las sentencias que estén en el caso ya mencionado deberían ser objeto de revisión, con el objetivo de

garantizarle efectivamente al condenado, su derecho a la impugnación de esa sentencia que es tan lesiva para sus intereses y para su vida en general.

Este planteamiento claramente suena un poco pretencioso y utópico, pero desde una concepción doctrinaria, esta debería ser la solución correcta para el caso, sin embargo no se pueden desconocer presupuestos de la administración de justicia que atienden a la realidad y que por obvias razones harían imposible este planteamiento, por tanto esa fórmula temporal ha de modificarse un poco conforme a la realidad social.

En el año 1991, con la constituyente se trae al ordenamiento jurídico Colombiano, la figura del bloque de constitucionalidad, la cual para autores como Manuel Fernando Quinche Ramírez, es de origen Francés, más exactamente del Consejo Constitucional Francés, en el año 1958, en la cual se pretendía una integración normativa, para generar un bloque con una serie de normas que se consideraran de orden constitucional.

En Colombia se le dio sustento a esta figura bajo, los artículo 53, 93,214, de la Constitución, sin embargo su mayor desarrollo se viene a dar en el año 1995, cuando por medio de la recién creada Corte Constitucional, se logra una integración entre normas internacionales de derechos humanos y de derechos internacional humanitario, con las disposiciones de carácter interno, así mismo se establece la distinción entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido amplio, permitiendo establecer el alcance de las normas que fuesen consideradas como de carácter constitucional y a la luz de las cuales se iban a realizar los denominados controles de constitucionalidad de las normas.

En la misma medida se establecen las obligaciones de los Estados en la ratificación de los tratados internacionales, los cuales son aplicables en Colombia de manera directa, gracias a ese bloque de constitucionalidad ya mencionado; dentro de esas obligaciones se menciona que:

... la obligación de ajustar la legislación interna, así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales pactos.

... la obligación de evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos (Ramirez, 2010, pág. 91).

Bajo este entendido vemos que la obligación del Estado de cumplir estas obligaciones se hace más palpable desde el año 1991, cuando por medio de ese bloque de constitucionalidad las normas de orden internacional se pueden aplicar directamente a nivel interno y bajo la misma jerarquía de la Constitución. En esa medida el Estado desde el año 1991 ha desconocido un derecho el cual debe entrar a garantizar, aun cuando en esas sentencias que son lesivas al procesado, ya opere el principio de cosa juzgada.

En un país en el cual las instituciones funcionaran de una manera efectiva, se podría pretender que el Estado, al percibir esta situación y en reconocimiento de su error, de oficio dispusiera los medios necesarios para que esta sentencias pudiesen ser revisadas, por la jurisdicción ordinaria de acuerdo a los factores funcionales correspondientes a cada caso, sin embargo reconociendo las limitaciones de las instituciones Colombianas, es necesario que por medios judiciales se intente corregir esta nueva falla del Estado.

La primera opción que podemos contemplar es que bajo la argumentación aquí desarrollada, las personas que estén en las situaciones ya planteadas, intenten por vía de tutela, que la jurisdicción Constitucional se pronuncie respecto de estos casos, sin embargo es claro que bajo los presupuestos de la sentencia C-792 de 2014 , cualquier juez que ejerza la función constitucional, se va a limitar a los términos previstos en esa sentencia y a sostener que la garantía solo empieza a operar a partir de la promulgación de la ley o eventualmente desde el día 22 de

abril de 2016, cuando se venció el término que dispuso la Corte para solucionar esta problemática. De una manera poco probable una sentencia de tutela bajo estos presupuestos va a ser escogida para revisión por la Corte Constitucional, por tanto la vía de la acción de tutela, para remediar esta vulneración puede eventualmente estar llamada a fracasar.

La segunda opción que se puede considerar, que sin duda puede ser la más acertada y por la cual se ha logrado ganar mucho terreno a nivel de derechos en este país, es demandar la norma, por medio de una acción pública de inconstitucionalidad API, la cual se podría presentar en contra de la norma que pretende ser ley, es decir el Proyecto 021 de 2015, una vez éste cumpla el tránsito legislativo, o volver a demandar las normas sobre la impugnación que se demandaron en la sentencia C-792 de 2014, pero con una argumentación diferente, mostrando que a la Corte se le olvidó pronunciarse respecto de esa garantía de una manera retroactiva.

En conclusión, a pesar de que la Corte asumió un papel garantista e impuso ciertas obligaciones para el legislador en tanto efectividad del derecho a la doble instancia, queda un problema aun dentro del panorama del recurso de apelación, sobre el cual sería pertinente que el ente de cierre de la jurisdicción Constitucional, se hiciera cargo.

3.4. Prohibición de *Reformatio in peius*

Si bien es cierto en lo concerniente a esta problemática, se propone que se permita revisar esas sentencias hacia el pasado y que se le aplique a los casos futuros la garantía, esto no puede desconocer principios acogidos por el Estado Colombiano como el de la no reforma en perjuicio, la cual impide que cuando haya un apelante único, el superior que revise el caso no puede agravar la pena prevista por el juez inferior, este principio merece ciertas consideraciones de orden doctrinal y legal, con el fin de entender a cabalidad su operatividad.

El principio de la no reforma en perjuicio se desprende en cierta parte del ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción, puesto se enmarcan dentro de la posibilidad de impugnar y controvertir aquella decisión judicial que es adversa a sus intereses; en tanto se desprende de un derecho propio de procesado, se justifica la limitante de no perjudicarlo aún más cuando ejerza ese derecho, si no por el contrario al juez se le permite mejorar la condición del procesado o en otros casos dejarla tal cual la dictó el juez de primera instancia, sin embargo este principio solo se puede aplicar en la medida que el apelante sea único, es decir que solo el condenado sea quien apele la decisión.

En los términos de Nattan Nisimblant, este principio está ligado a la doble instancia, con un carácter proteccionista:

El principio de la doble instancia protege así mismo el principio de alteridad, sobre el cual descansa el sistema democrático moderno de pesos y contrapesos, donde las decisiones que van a afectar los derechos y los intereses de los asociados, y es precisamente bajo este concepto de control, es que se enmarca el derecho a no recibir una sentencia más gravosa por parte del superior, cuando el condenado sea apelante único (Nisimblant, 2011).

En los términos de la Corte Constitucional en la sentencia SU-327 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, esa corporación definió el principio y estimo que el mismo, *“Es una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo (Corte Constitucional, 1995)”* la Corte Constitucional, incluso va más allá, y en la misma sentencia se evidencia, cómo esa garantía de la no reforma en perjuicio se ha ido constitucionalizando y ha tomado más sentido en razón de un Sistema Penal Acusatorio, en el cual se diferencian claramente

las funciones de investigación y juzgamiento, dando la titularidad de la primera a la Fiscalía General de la Nación.

El juez de segunda instancia no tiene por qué corregir los errores del ente acusador, es decir, si este no logró probar la responsabilidad penal de una persona o no pudo probar una conducta típica en específico, el juzgador de segunda instancia que revise eventualmente el proceso, debe respetar los intereses constitucionales del procesado, y no hacer más gravosa su situación, hecho que de ninguna manera desconoce la legalidad de la pena que en muchos casos la Corte Suprema ha puesto por encima, este argumento lo han planteado críticos de este principio, bajo el entendido que la pena debe ajustarse a lo que ha dispuesto la ley y que no debe dársele primacía al procesado cuando la pena haya sido más favorable; la Corte responde a esta críticas, señalando que la imposición de las penas por parte de los jueces, no corresponden a juicios caprichosos e irracionales, sino que corresponde a unos ámbitos de movilidad de la pena, establecidos por el legislador que en principio presuponen la legalidad de la misma.

A pesar que la Corte Constitucional sostuvo que los jueces no imponen penas a su gusto, sino que por el contrario corresponden a parámetros legales, no descarta la posibilidad de que un juez dentro de su papel de juez ordinario, establezca una pena inferior a la cual la ley lo había facultado, argumento que ha utilizado la Corte Suprema de Justicia para modificar en perjuicio penas, argumentando la violación a la legalidad de la pena, como ya se ha mencionado, sin embargo la Corte Constitucional, contesta de una manera enfática, afirmando que en tanto se trata de un error del juez el procesado no tiene por qué soportarlo y que cualquiera puede tener, por así decirlo, de alguna manera responsabilidad en el hecho, pero jamás el procesado, por lo tanto este último no tiene por qué aguantar esa carga que pretende imponerle el Estado bajo el principio de legalidad, presuponiendo que este no debe ceder ante los derechos individuales.

Es evidente cómo desde una perspectiva constitucional, por medio de la jurisprudencia, este principio que irradia todo el ordenamiento jurídico, pero que es de vital importancia dentro del ámbito penal, ha venido tomando un carácter casi de absolutista, tanto que en la sentencia SU-1553 de 2000, sostuvo la Corte Constitucional que este principio no puede tener limitaciones, en cuanto lo que se pretende es la efectiva garantía de un derecho constitucional:

...la interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la garantía constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus* no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues sólo así se garantiza la efectividad del artículo 31 de la Carta y del principio de certeza jurídica en el fallo (Corte Constitucional, 2000).

Después de estas precisiones, se puede evidenciar que como parte de debido proceso, en el marco de la dignidad humana como principio fundante de Estado Social y Democrático de Derecho, esta garantía de la no reforma en perjuicio se debe tener como una limitante innegociable frente a las sentencias que se impugnen a partir de la nueva ley o aquellas que se impugnen hacia el pasado, de manera tal que el Estado pueda de alguna manera reivindicar su posición dentro de la sociedad, respecto de estos casos, permitiendo que estas personas que posiblemente ya estén cumpliendo una pena puedan tener la última posibilidad de escapar de una condena que puede ser injusta.

En resumen, respecto de este punto, no solo se debe garantizar el derecho a la impugnación de las primeras sentencias condenatorias emitidas en segunda instancia dentro de un proceso, hacia el futuro como lo dijo la Corte Constitucional, sino también hacia el pasado, con las garantías propias de cada juicio, generando no solo para los procesados, sino para la sociedad, mayor seguridad jurídica, por lo menos en cuanto a la impugnación se refiere, puesto como el mismo Francesco Carnelutti, dijo, respecto de la impugnación que:

...en efecto se trata de volver a juzgar. ¿Cómo se verifica la exactitud de una operación aritmética? Se la vuelve a hacer otra vez; y si no basta una vez, dos, tres, veces seguidas. Si el resultado no cambia, se adquiere, si no propiamente la certeza, si, por lo menos, una razonable confianza (Carnelutti, 2007)

Básicamente eso es lo que se reclama, tener la confianza de que a quien se le ha condenado, muy probablemente fuese el responsable y era merecedor de la pena, así no se pueda llegar a la certeza absoluta.

CAPÍTULO 4. IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS DE ÚNICA INSTANCIA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

4.1. Sentencias condenatorias en casos de única instancia ante la Corte Suprema de Justicia

Dentro de las facultades de la Corte Suprema de Justicia, se han establecido en el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, la de juzgar a los funcionarios que refieren los artículos 174 y 235 numeral 2 de la Constitución Política de Colombia, en específico se refiere el Presidente de la República, miembros de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, y el Fiscal General de la nación, así como los establecidos en el numeral 3 y 4 del artículo 234, entre los que se mencionan a los Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Agentes del Ministerio Público ante la Corte, entre otros; esto es en razón del fuero, el cual se instituye como una garantía, para aquellas personas que al ser altos funcionarios de las tres ramas del poder público, deban ser juzgados por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en materia penal (Sala de casación penal).

Estos procesos, han sido considerados altamente problemáticos, puesto que han presentado situaciones bastante discutidas como, procedimientos inquisitivos para el juzgamiento, el fuero como garantía irrenunciable, determinación de competencia a su favor, juez natural, inmediación de la prueba y procesos de única instancia, problemas a los cuales la Corte ha intentado salirle al paso y por medio de sus decisiones ir sustentando porque esos eventos no son problemáticos y por el contrario están ajustados a derecho. En el presente espacio nos ocuparemos, solo de aquellos casos en los cuales por el hecho de ser procesos ante la Corte Suprema de Justicia, no existe la posibilidad de apelar una sentencia condenatoria, bajo el entendido que este máximo tribunal es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y no tiene superior jerárquica que revise la sentencia emitida.

En este punto más allá de demostrar si estas personas que van ante la Corte Suprema de Justicia a afrontar un juicio por determinados delitos relacionados con su cargo, tienen derecho o no a una doble instancia, respecto de las sentencias que sean de carácter condenatorio, es menester revisar si los argumentos que tanto ha tratado de plasmar la Corte para demostrar que esta única instancia está ajustada a derecho, son correctos y verdaderamente responden a las posibilidades que tiene este órgano de cierre de la jurisdicción.

4.2. Posibilidad de impugnar sentencias en única instancia ante la Corte Suprema de Justicia.

La garantía de la doble instancia en este tipo de procesos debería estar presente y en tratándose de fundamentales con reconocimiento internacional, desde 1973, el Estado debería adoptar las medidas necesarias para que esto no fuera solo un derecho inaplicable por el principio de configuración legislativa. La Corte Suprema de Justicia ha tenido esta problemática desde hace unos buenos años y hasta el momento aún está latente; en el año 2010 esta corporación realizó una

recopilación de sus puntos problemáticos y respecto de este se dedicó a recoger una serie de fallos de su propia corporación y de la Corte Constitucional, con los cuales pretende sustentar el punto, de que el hecho que estos casos de aforados sean de única instancia, no vulneran el derecho al debido proceso, ni el de defensa.

Dentro de las sentencias que la Corte misma recopiló, se menciona la sentencia C-934 de 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual la Corte Constitucional hace un relato de este problema y las veces en las cuales se ha pronunciado del mismo, estableciendo una línea jurisprudencial, la cual parte desde la sentencia C-142 de 1993 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, donde respecto del problema en cuestión sostuvo que:

Dentro de todos los derechos que conforman el debido proceso, en materia penal, importa destacar este: el de impugnar la sentencia condenatoria. Pues la prosperidad de la demanda depende de la inexistencia de tal derecho en la legislación colombiana. (...) [El] artículo 29 de la Constitución establece que quien sea sindicado tiene, entre otros derechos, el de "impugnar la sentencia condenatoria". (...). Lo anterior nos lleva a definir qué se entiende por "impugnar la sentencia.

En esta sentencia se dedicó a mostrar que la impugnación de una sentencia no solo se daba por un recurso de apelación, sino que con ese objetivo de impugnación la acción de revisión, el recurso de casación y la solicitud de nulidad podían cumplir el mismo propósito (la Corte Constitucional en el año 2014 dijo que esto no era así) de refutar totalmente o en parte una sentencia de tipo condenatorio, sin embargo se abstiene de mencionar los requisitos especiales que tienen cada uno de esos recursos y que generan una dificultad mayor a la hora de interponerlos, que sin duda complica la materialización del derecho a la doble instancia, pero que la Corte en ese momento consideró que se adecuaba en la misma forma a un recurso ordinario sin ningún problema, así

mismo inicio con una línea en torno a que la Corte era el máximo órgano de la jurisdicción y podría llegar a ser la máxima aspiración de un procesado y que en esos procesos de única instancia, ya se había materializado dicha pretensión de una persona.

También se tuvo en esa línea jurisprudencial la sentencia C-411 de 1997 con Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, en la cual esa corporación reitero lo pronunciado en las anteriores, afirmando que:

... si lo que busca el impugnante es que allí donde la norma acusada contempla como de única instancia los procesos que se adelantan contra los congresistas esta Corporación introduzca la doble instancia, dando así posibilidad de apelar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esa clase de procesos, su pretensión está llamada al fracaso, por cuanto la función de definir las instancias procesales en las distintas materias corresponde al legislador (Corte Constitucional , 1997).

fundamentando que bajo el principio de configuración legislativa el legislador podría restringir derechos, *“Luego está autorizado el legislador para indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, como el de revisión, también él puede consagrar”* (Corte Constitucional , 1997).

No siendo suficiente este argumento dentro de la misma línea en el año 2002 en la sentencia C-040 con Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, sostuvo que esa “violación” no era tal y que por el contrario era subsanada por lo beneficios ofrecidos al ser juzgados por el máximo tribunal, afirmado que:

... cuando la Corte Suprema conoce en única instancia del proceso, como ocurre en tratándose de los altos funcionarios, el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por

los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia. No es pues, acertado afirmar que el fuero consagrado en la Constitución perjudica a sus beneficiarios (Corte Constitucional, 2002). Respecto de la normatividad internacional que brinda una garantía a la doble instancia, esta sentencia consideró que el hecho de que fuese juzgado por la máxima autoridad, era muestra de la más alta garantía al debido proceso y que esos tratados internacionales, en ningún momento consagraban la doble instancia en los casos de aforados, por tanto que la normatividad interna estaba ajustada a los tratados internacionales.

Sin duda alguna el planteamiento de esa época estaba encaminado a empoderar a la Corte Suprema y casi que dotarla de un carácter divino, en el cual por el hecho de ser el órgano superior en esa materia y dictar una sentencia era porque de esa manera era la correcta y se podía considerar como perfecto cualquier fallo que se emitiera por esa corporación, sin duda este argumento está totalmente desprovisto de sustento jurídico y nada es más alejado de la realidad, la Corte se ha equivocado y lo hace hecho en varias ocasiones, sin aceptación por supuesto, esto sin duda es algo natural a un cuerpo colegiado compuesto de seres humanos.

En el año 2007 en el proceso que se seguía en contra del ex Congresista Julio Morris Taboada, por el delito de concierto para delinquir con radicado 16.118 del 19 de diciembre, ya en el marco del Sistema Penal Acusatorio, se le propuso a la Corte que la imposibilidad de permitir una apelación, atentaba contra el pacto de San José de Costa Rica y contra el bloque de constitucionalidad, sin embargo la Corte nuevamente respondió de manera reiterativa, que eso obedecía a el poder de configuración del legislador y que por tanto esta imposibilidad tenía su fundamento jurídico en la misma carta política, además de repetir lo mismo que se dijo en la sentencia C-142 de 1993.

Es menester dejar en claro que este argumento, no solo es circular, sino que no cumple con las garantías mínimas que debería respetar un Estado Social y Democrático de Derecho, sin duda alguna el legislador no se puede considerar un ser supremo que tiene el don de la veracidad y que todas sus actuaciones son acertadas, no es menos cierto que se le debe cierto grado de credibilidad puesto en principio, el constituyente era un representante del pueblo y en ese entendido eso que se dio, fue bajo autorización del pueblo, pero es necesario tener en cuenta que el derecho en una ciencia que avanza con el pasar de los tiempos y de las necesidades de la sociedad, por tanto es ante esos cambios y necesidades de las personas, que el derecho está llamado a modificarse; en este entendido las altas cortes dentro de sus papel de legisladores positivos o negativos, están llamados a contrastar la realidad, con la normatividad vigente y verificar si el derecho como esta instituido, atiende a las realidades sociales y está garantizando los derechos de esas personas, que en un inicio lo eligieron para que los ordenara como sociedad.

A pesar de muchas personas en varias ocasiones, las Altas Cortes se han mostrado bastante conformistas para con la sociedad y se han amparado bajo la imagen de una legislador todo poderoso, que no yerra en ninguno de sus mandatos, pero es evidente que estos no pueden ser lo argumentos que respalden los errores de un legislador y hagan negligente la labor de un órgano de cierre de jurisdicción constitucional.

4.3. Obligación de subsanar

Si bien la Corte Constitucional, en la sentencia C-792 del 2014, no se despachó en contra de la línea jurisprudencial que ya había reiterado en más de cuatro oportunidades la propia corporación, si mencionó de manera general dentro de las obligaciones del legislador, la de establecer mecanismos que garantizaran, no solo la impugnación de la primera sentencia

condenatoria emitida en segunda instancia, sino que muy someramente incluyo también la garantía para los juicios de única instancia, sosteniendo lo siguiente:

... (iv) se exhortará 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 las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, **tanto en el marco de juicios penales de única instancia,** como en juicios de dos instancias (subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, 2014)

Esa pequeña frase fue la única, con la cual esta corporación reconoció, que el legislador y la jurisprudencia estaban en deuda con los juicios de única instancia y de esta manera pretende que desde el congreso a manera de imposición se logre materializar esta garantía, que por más de 26 años, magistrados, han negado, una y otra vez.

4.4. Solución alterna a la problemática

Bajo la reiterada negación de la posibilidad de impugnar sentencias condenatorias en contra de aforados constitucionales, es menester buscar una forma para garantizar ese derecho a la doble instancia, más allá de la que el legislador pueda llegar a proponer eventualmente, con lo cual se desconoce de pleno derecho el argumento de la Corte tanto constitucional, como Suprema, de que esa garantía se suple por el hecho de ser juzgados por el máximo tribunal y que su derecho a la doble instancia se encuentra legalmente negado bajo la potestad legislativa.

La misma Corte Suprema de Justicia dentro de su facultad de auto regulación, ha establecido un procedimiento especial para las tutelas, por medio del Acuerdo 022 de 1998, modificado parcial por el Acuerdo 06 de 2002, en el cual se ha abierto la posibilidad de que una acción de tutela contra altas entidades del Estado o contra magistrados, sean conocidas por este

tribunal supremo y que su correspondiente impugnación, la reciba la Sala que le siga en turno, de la siguiente manera:

Artículo 49. La acción de tutela dirigida contra uno o varios Magistrados de la misma Sala de Casación Especializada, o contra la respectiva Sala, se repartirá a la Sala de Casación que siga en orden alfabético. La impugnación contra la sentencia se repartirá a la Sala de Casación Especializada restante.

La que sea interpuesta contra la Corporación en pleno o contra Magistrados de distintas Salas será repartida al Magistrado que se encuentre en turno de la Sala Plena y la conocerá la Sala de Casación Especializada de la cual forma parte dicho Magistrado. La impugnación será resuelta por la Sala de Casación Especializada siguiente, por orden alfabético.

Es claro como la Corte Suprema no se limitó a los argumentos esbozados anteriormente, sino que encontró un camino perfectamente válido para materializar y poner en marcha la garantía de la doble instancia, si bien es cierto se está hablando de derechos fundamentales con afectación directa o puesta en peligro, en materia penal también se está hablando de derechos fundamentales que están en riesgo como el debido proceso.

La respuesta que queda en el aire, sería que este máximo tribunal, que tiene la facultad en el marco del reconocimiento de derechos constitucionales, puesto que ellos también son garantes de la Constitución y la Ley, y de establecer el mismo procedimiento para la impugnación de sentencias condenatorias en contra de aforados constitucionales, permitieran una real garantía del derecho a la doble instancia, subsanando un error que debió haber previsto el legislador primario.

Sin duda esto puede ser objeto de reproches, bajo el entendido que en materia de derechos constitucionales, todos los jueces del país tienen esa función de juez constitucional, pero no todas

las salas especializadas de la Corte Suprema, conocen a la perfección la materia penal, puesto se supone que las personas que integran las diferentes salas especializadas, son personas que por su alta formación académica y experiencia conocen a la perfección la materia de su sala (civil, penal, laboral).

Sin embargo, esto no impide que se puedan crear al interior de la misma Corte salas especiales de revisión que actúen como juez de segunda instancia, en la cual no solo se tengan presentes jueces de la sala penal, sino también jueces de otras salas (la que le siga en turno alfabéticamente) que actúen como una especie de juez de control constitucional¹⁸, que evalúe desde una perspectiva objetiva, tanto los hechos, las pruebas y por último las conclusiones jurídicas, propias de cada caso, al fin y al cabo los magistrados de todas las salas han tenido una experiencia en el mundo jurídico, una formación en derecho, que les permite tener criterio para apoyar o por el contrario declinar una sentencia, cuando esta atente contra el derecho y la justicia.

Esta posible solución se toma, en el entendido de que ese juez o jueces que pertenezcan a la sala especial de revisión, sirvan efectivamente como un juez controlador, que realmente impongan su criterio, experiencia y argumentación en contra de la sentencia que no corresponda a parámetros legales o jurisprudenciales, dejando de lado la posibilidad que esos jueces se conviertan en sujetos políticos y simplemente se dediquen a aprobar las decisiones de sus pares, sin mayor detenimiento en la fundamentación y sustentación de cada fallo en particular.

CONCLUSIÓN

Partiendo de la importancia que tiene la doble instancia en materia penal, por la dureza que puede suponer una eventual condena, el presente escrito ha plasmado una serie de problemáticas, en torno a esta garantía, que sin duda afectan directamente los derechos fundamentales, en especial de los

¹⁸ Esto no desconoce el juez natural, puesto se está hablando de un juez que proteja derechos constitucionales del procesado, una visión más amplia en la cual, el juez natural no solo corresponda a jueces penales, sino también a jueces constitucionales.

condenados, que se presentan ante el Estado, como las partes débiles de ese contradictorio, con la esperanza no solo de lograr una absolución, sino de que para llegar a ella, se le brinden todas las garantías posibles. Es menester destacar que la labor del Estado para con el procesado, consiste en elevar sus garantías a la máxima expresión y no por el hecho de ser un presunto delincuente, hacer más tediosa su labor de defensa, puesto la excelencia de una Estado no se mide en la cantidad de condenas que sea capaz de producir, sino en la eficacia de sus instituciones y la calidad de vida que brinde para sus gobernados.

Habiendo dejado esto claro, es pertinente rescatar las conclusiones de todos los problemas tratados en el presente escrito; en lo que respecta a la impugnación de sentencias absolutorias, vemos que la forma como el legislador ha dispuesto el sistema jurídico penal, genera ciertos desbalances en contra de los procesados, al permitir no solo una superioridad numérica dentro del escenario procesal, que abarca hasta la etapa de juicio, sino además de exponer dos veces al procesado a la posibilidad de una condena, con un interés claro de condenar a toda costa y que no siendo suficiente, no solo es el desbalance de las cargas que hace más tortuoso el camino del juicio penal, sino el desconocimiento de las garantías mínimas que deberían respaldar a un procesado, cuando se expone a el derecho de castigar del Estado. Es claro que aquí quien quedó en deuda para con la sociedad, no es solo es legislador, sino también las Altas Cortes que se amparan en principios tan inciertos, como el de configuración legislativa, reconociendo un carácter de divinidad y de todo poderoso, a los humanos que ejercen dicha labor.

En lo que concierne a la problemática de la primera sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, vemos que la Corte Constitucional, ha cumplido con su tarea de ajustar el derecho impuesto por el legislador a la realidad, en tanto logró que este último estuviese promoviendo un proyecto de ley en el congreso, con el fin de garantizar aquellos derechos que

desde hace más de 40 años están reconocidos, pero que por omisiones legislativas, no se habían podido materializar, sin embargo en este último punto la Corte Constitucional aún queda en deuda, puesto a pesar de haber reconocido el fallo en el legislador, no se pronunció respecto de la retroactividad de dicha garantía, punto fundamental, al haber reconocido que se trataba de una circunstancia, que debió haberse previsto por el legislador, pero que no la contempló, afectando a infinidad de personas, que fueron condenadas en segunda instancia, teniendo derecho a que su sentencia se revisara.

Por último y no menos importante, se puede concluir que en lo que respecta a la impugnación de sentencias en proceso de única instancia ante la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, a pesar de no atreverse a contrariar de manera directa las tesis de sus pares, sí reconoció el problema, partiendo de la base de que las sentencias condenatorias, deben tener la garantía de una doble instancia que verifique la justicia de esos fallos y que hagan efectivos los derechos que han tendido reconocidos los procesados en materia internacional, pero que el legislador a nivel interno no ha querido reconocer; esta Corte a pesar de no establecer una nueva línea de interpretación respecto de estos problemas, si ha adoptado una tesis más acorde a su papel, como garante del orden constitucional en el país.

No se puede negar que los problemas en materia de doble instancia acaben en los mencionados aquí, sin embargo es una muy buena oportunidad para sustentar algunos de los más relevantes y dejar algunos otros apenas enunciados que pueden ser objeto de cuestionamiento con posterioridad.

REFERENCIAS

Cámara de Representantes. (2015). *Proyecto de Ley 021 de 2015*. Impulsado por Fiscalía General de la Nación .

Carnelutti, F. (2007). *Como se hace un proceso* . Bogota: Temis.

Corte Constitucional. (27 de julio de 1995). *Sentencia SU-327 de 1995*. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional . (28 de agosto de 1997). *Sentencia C-411 de 1997*. M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. (21 de noviembre de 2000). *Sentencia SU-1553 de 2000*. M.P. Jairo Charry Rivas.

Corte Constitucional. (30 de enero de 2002). *Sentencia C-040 de 2002*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (09 de junio de 2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (01 de Febrero de 2006). *Sentencia C-047 de 2006*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (03 de febrero de 2010). *Sentencia C-059 de 2010*. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. (21 de mayo de 2013). *Sentencia T-293 de 2013*. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (27 de marzo de 2014). *Sentencia C-180 de 2014*. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (29 de octubre de 2014). *Sentencia C-792 de 2014*. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Suprema de Justicia. (28 de abril de 2016). *Comunicado de Prensa N°*.

Guerra, V. S. (2011). Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad . *Revista de Derecho Privado*, 28 .

Manzini, V. (1954). *Tratado de derecho procesal penal* (Vol. V). (S. S. Redin, Trad.) Buenos aires : Ediciones juridicas Europa-America .

Morales, J. L. (2005). *Nuevo Codigo de Procedimeinto Penal* . Bogotá, D.C. : Ediciones Doctrina y Ley .

Nisimblant, N. (2011). *Derecho probatorio*. Bogota: Universidad Católica de Colombia.

Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas . (s.f.). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 01 de septiembre de 2016, de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Petit, E. (2012). *Derecho Romano* . Mexico D.f. : Porrúa .

Ramirez, M. F. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano* . Bogota : Ediciones Doctrina y Ley.

Rave, G. M. (2001). *Procedimiento Penal Colombiano* . Bogota-Colombia : Temis .

Real Academia Academia de la Lengua Española. (s.f.). *Diccionario Real Academia*. Recuperado el 04 de 09 de 2016, de <http://dle.rae.es/?id=SX9HJy3>

Rojas, C. E. (s.f.). *LA APPELLATIO EN EL DERECHO ROMANO - EL PROBLEMA INDISOLUBLE PARA DOCTRINA EN TORNO A SU ORIGEN* . Salamanca .

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires : Editores del Puerto s.r.l. .

Touya, J. J. (s.f.). *La provocatio ad populum como garantía jurídica del ciudadano romano y manifestacion de cohesion social*. Salamanca : Universidad Pontificia de Salamanca .

Velásquez, F. V. (2014). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogota: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.