

# **LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA Y SU EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA EN MATERIA PENAL PARA AFORADOS.**

**Lanny Shirley Ramírez Fuentes, Anyela Karina González Chacón**

## **Resumen**

El presente escrito de investigación se enfoca en estudiar el principio de rango constitucional de la doble instancia, enfocándonos en el caso de los aforados en materia penal, identificando que aun con la reforma del acto legislativo 01 de 2018 a nuestra constitución política, parecieran que se violaran tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Para ello se acude al estudio de la jurisprudencia de la corte interamericana sobre la doble instancia o doble conformidad y de los pronunciamientos de nuestros tribunales nacionales, no pretendiendo con este estudio terminar la discusión sobre el tema, sino por el contrario incentivar para iniciar el debate jurídico.

**Palabras claves:** Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, doble instancia, debido proceso.

## **Abstract**

The present research paper focuses on studying the principle of constitutional rank of the double instance, focusing on the case of those subject to criminal law, identifying that our 1991 political constitution violates international treaties such as the American Convention on Human Rights (ACHR). ) and the International Covenant on Civil and Political Rights (PIDCP). For this purpose, the case study of

the Inter-American Court on the double instance and the rulings of our national courts is addressed, and it is not intended by this study to end the discussion on the issue but on the contrary open the curtain to start the legal debate.

**Key words:** American Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Double Instance, Due Process.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La doble instancia es una garantía obligatoria en un estado social de derecho, es un principio de rango constitucional que establece una garantía en aquellas situaciones de arbitrariedad ante las decisiones judiciales, se parte de la premisa que los jueces son seres humanos, y como tal, pueden equivocarse, por lo tanto la doble instancia opera como una garantía contra el arbitrio de esas decisiones judiciales y abre una puerta para corregir los errores que el fallador haya adoptado en sus decisiones.

De igual forma este principio está contemplado en instrumentos normativos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que hace que pueda ser protegido por medio de la excepción de inconvencionalidad en el ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo, a pesar del desarrollo jurisprudencial sobre dicho tema, nuestra constitución política pareciera violar estas garantías, desconociendo las obligaciones internacionales que ha ratificado con los instrumentos normativos anteriormente enunciados, al establecer excepciones al principio de la doble conformidad en materia penal, pues persiste un vacío que vulnera derechos fundamentales a funcionarios con fuero constitucional.

Aunque la sentencia C-792 de 2014 exhorto al congreso para que legislara sobre lo referente al derecho a impugnar las sentencias condenatorias, también estableció que, de no hacerlo, la impugnación procedería ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

No obstante, como se dijo anteriormente, persiste un vacío, toda vez que las decisiones de los aforados constitucionales los decide la sala penal de la corte suprema de justicia en única instancia, y la normativa constitucional o el sistema penal no establecen superior jerárquico para la sala penal de la corte suprema, por lo que jurídicamente hablando es una utopía hablar de una segunda instancia.

Entonces, ¿ante quién se debe ejercer el recurso para la revisión del fallo y así garantizar la doble conformidad judicial?, aunque el acto legislativo 01 de 2018 haya creado una estructura para resolver este problema, algunos autores han afirmado que sigue existiendo vulneraciones al principio de la doble instancia, pues la estructura creada no permite la materialización del principio de la doble instancia como una garantía imparcial e independiente y de distinta categoría al juzgador del fallo que se impugna, pues según el acto legislativo 01 de 2018, el juzgador será la misma corte suprema de justicia.

Se formula el siguiente problema: ¿Cómo puede ser la aplicación del control de convencionalidad a la excepción de la doble instancia en materia penal para aforados en Colombia ?

## **METODOLOGÍA**

El tipo de investigación es jurídica, de enfoque cualitativo porque no se efectúa una medición numérica por lo que el análisis no es estadístico; y de carácter documental y descriptivo ya que está fundamentada en el análisis de las normas constitucionales, legales y referencias jurisprudenciales.

El método de investigación aplicado es la hermenéutica jurídica puesto que se basa en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano y en el análisis de los estudios del derecho.

La técnica de recolección de datos será a través de las principales fuentes del derecho: Constitución, ley, jurisprudencia y doctrina; y teniendo en cuenta que es una investigación de enfoque cualitativo no tiene un estudio de población y muestra, sino un estudio normativo.

## **REFERENTE TEÓRICO**

- Doctrinario

La institución del control de convencionalidad se ha convertido de un tiempo acá, en la novedad y en el centro de discusión en los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), y por esa vía, en escenarios académicos relacionado con los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional de los Estados de la región. Para el caso colombiano se trata de una figura cuya discusión y despliegue apenas sucede, en medio de tensiones locales propiciadas por reformas constitucionales como las del marco jurídico para la paz y el fuero militar, por el litigio constitucional desplegado alrededor de esas mismas reformas y por casos de control concreto de constitucionalidad, como los relacionados con el daño ambiental, la manipulación a los indígenas, los derechos de las víctimas y los derechos políticos de los electores y de las personas elegidas por voto popular, eventos todos estos en los que las reglas vigentes del derecho local, han entrado en tensión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, el DIDH), planteado como derecho vigente. (QUINCHE RAMÍREZ, 2013-2014)

De igual forma el tratadista sagúes expone que los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan “deberes” específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizarlos, sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a adoptar “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al “efecto útil” que debe tener el Pacto. En el escenario interamericano, y con algunos antecedentes precisos en votos aislados emitidos en otros pronunciamientos, (García Ramírez, 2009) la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, del 26 de septiembre de 2006, definió claramente, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos, el “control de convencionalidad” a practicarse por los jueces nacionales. Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales.

- Legal

Constitución política de Colombia

Convención americana de derechos humanos

Corte constitucional, Sentencia C-792 de 2014

Acto legislativo 01 de 2018

### **La doble instancia y el Estado social de derecho**

La doble instancia es un principio de rango constitucional que establece una garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales y abre la posibilidad de corregir errores que el fallador adopte en una decisión. De ahí que se convierte en

una garantía indispensable en el Estado social de derecho como mecanismo principal, idóneo y eficaz para corregir inexactitudes en las que pueda incurrir una autoridad pública.

Según la normativa supranacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la doble instancia favorece al inculpado, para así proteger sus derechos, obteniendo otra oportunidad para ejercer su defensa y pedir que se revise el fallo como resultado de un juicio justo y conforme a la ley. (Gonzales, “La doble instancia es una garantía del Estado social de derecho”, 2016)

En efecto, el origen de esta garantía nace como una forma de corregir los errores en los que puede incurrir el juzgador, partiendo del supuesto de que, todos los seres humanos pueden equivocarse y los jueces o magistrados no son la excepción, esta institución de la doble instancia conlleva entonces en su campo de acción los derechos de impugnación y de contradicción.

Pero aquí llama especial atención como debe desarrollarse esta garantía, la Corte Constitucional, ha expresado como debe realizarse:

“En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una **autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa**, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta.” (SENTENCIA C-095, 2003)

En este panorama principialístico, cabe mencionar que la Corte Constitucional en su sentencia T-406/1992 explica el concepto del Estado social de derecho, señalando a los principios constitucionales como la base axiológica del ordenamiento jurídico colombiano. Sobre el tema, la corporación manifiesta:

“Uno de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.” (Sentencia T-406, 1992)

Así pues, esta sentencia declaró que los derechos fundamentales al igual que todas las normas constitucionales, deben ser emanación directa de los valores y los principios constitucionales (Dworkin, 1980); por tal razón, se habla por ejemplo de principios o de derechos del debido proceso, doble instancia, entre otros. (Jiménez M.C. & Yáñez D.A, 2017)

Realizando entonces una interpretación integral y sistemática la doble instancia es entonces una garantía que cobra especial relevancia en el estado social de derecho, pues su fin y esencia permiten la idealización de este derecho, tal y como lo ha explicado la Corte Constitucional:

“Por otra parte, el citado principio permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que éste por su esencia, implica la posibilidad del afectado con una decisión errónea o arbitraria, de solicitarle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento

de los derechos consagrados en la Constitución y la ley<sup>3</sup>. Así mismo, la doble instancia tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, ya que, a través del establecimiento de un mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal.

Por consiguiente, mediante la ponderación y aplicación armónica de estos derechos, se logra comprometer a las autoridades públicas en el logro de los fines propios del Estado Social de Derecho, entre los cuales, se destacan la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, la vigencia de un orden justo y el respeto de la dignidad humana (artículo 2 C.P.)” (sentencia C-095 , 2003)

### **La doble instancia en la Corte Constitucional**

El derecho a la doble instancia en materia penal se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “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.”

Por su parte, el Pacto de San José señala que:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las

siguientes garantías mínimas: ...h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

Una primera acotación que debemos realizar es que los instrumentos internacionales consagran como derecho fundamental la doble instancia únicamente para la persona inculpada de un delito, es decir, para el imputado. (Campos, 2016)

Nuestro tribunal constitucional ya ha expresado la importancia de la doble instancia en sentencia C- 792 de 2014:

“El derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente. Tal como lo puso de presente la Procuraduría General de la Nación, estos imperativos difieren en distintos aspectos: (i) en cuanto a su fundamento normativo, mientras el derecho a la impugnación se encuentra consagrado en los artículos 29 del texto constitucional, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, la garantía de la doble instancia se encuentra prevista en el artículo 31 de la Carta Política; (ii) en cuanto al status jurídico, mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa; y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas; (iii) en

cuanto al ámbito de acción, mientras el derecho a la impugnación ha sido concebido para los juicios penales, la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial; (iv) en cuanto a su contenido, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto en el mismo sentido por dos jueces distintos, la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o fases procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces distintos, pero sin importar que los fallos resultantes sean coincidentes; (v) en cuanto a su objeto, mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial, la doble instancia se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia; (vi) en cuanto a la finalidad, mientras el derecho a la impugnación atiende a la necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto incriminatorio, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente, la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, “la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad”; en el primer caso, el derecho se estructura en beneficio de un sujeto específico, mientras que el segundo persigue el objetivo impersonal de garantizar la corrección judicial. Sin perjuicio de lo anterior, ambos imperativos coinciden en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y

a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación. Sin embargo, cuando no confluyen los tres elementos del supuesto fáctico reseñado, la coincidencia desaparece, así: (i) cuando se dicta un fallo por fuera de un juicio penal, en principio no rigen las exigencias propias del derecho a la impugnación, mientras que, por el contrario, sí son exigibles los requerimientos de la doble instancia; por ello, por ello, una vez agotada la primera instancia, la controversia debe ser sometida a una instancia adicional, bien sea de manera automática en virtud de dispositivos como la consulta, o bien sea mediante la interposición de recursos por alguno de los sujetos procesales; (ii) por su parte, cuando el fallo judicial se produce en una etapa procesal distinta a la primera instancia (por ejemplo, en la segunda instancia o en sede de casación), no tiene operancia el imperativo de la doble instancia, porque esta garantía se predica del proceso y no de la sentencia, y en esta hipótesis el imperativo ya ha sido satisfecho previamente; en contraste, si el fallo se enmarca en un juicio penal, y la decisión judicial es condenatoria, sí sería exigible el derecho a la impugnación, aunque la sentencia inculpativa se dicte en una etapa distinta a la primera instancia; (iii) finalmente, si la providencia no tiene un contenido inculpativo tampoco rige el derecho a la impugnación, mientras que si el fallo se produce en la primera instancia, la garantía de la doble instancia sí sería exigible, independientemente del contenido inculpativo de la decisión judicial.” (Sentencia C-792, 2014)

En esta sentencia la Corte no solo exhortó al Congreso para que regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, sino también estableció que, de no hacerlo, a partir del vencimiento de ese término, procede la impugnación de tales fallos ante superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Recientemente, ese tribunal aclaró que el derecho aplica para los aforados, aunque no tiene efectos retroactivos para condenas previas al 25 de abril del 2016. Sin embargo, persiste un vacío que desconoce los derechos de los funcionarios que ostentan fuero constitucional, toda vez que cualquier proceso penal en su contra lo decide en única instancia la Sala Penal de la Corte Suprema.

Es claro que ni la normativa constitucional ni el sistema penal establecen un superior jerárquico para la Sala Penal de la Corte Suprema, por lo que jurídicamente no es posible hablar de una segunda instancia. De igual forma, es evidente que es el Congreso el que debe aprobar una reforma que garantice el derecho a impugnar las sentencias condenatorias hasta en ese nivel.

Sin embargo, con posterioridad a la Sentencia C-792 del 2014, el Congreso ha tenido para su estudio dos proyectos de ley de iniciativa del Ejecutivo, presentados por la Fiscalía General y el Ministerio de Justicia, pero ambos fueron archivados. Por tal razón, una vez vencido el término, es la Corte Constitucional la llamada a proteger este derecho y a subsanar el vacío normativo, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, extendiendo el derecho de igualdad ya existente, más aún cuando ella misma ha reconocido que la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional que hace parte integral del debido proceso. (Gonzales, "La doble instancia es una garantía del Estado social de derecho", 2016)

A pesar de que con el acto legislativo 01 de 2018 se cree solucionar el problema

No obstante, hace poco el ejecutivo y legislativo en un loable esfuerzo por cumplir con los deberes internacionales, que los instrumentos convencionales establecen para el Estado colombiano, se promulgo el Acto legislativo 01 de 2018, el cual reforma parte importante de nuestra constitución política, con el objetivo de que no se sigan violentando estas garantías.

A pesar de esto, el desarrollo de esta investigación encuentra que aun, el estado colombiano sigue incumpliendo sus deberes con los pactos internacionales sobre la

garantía a la doble instancia, por lo que hemos denominado el siguiente capítulo como una construcción del derecho a la doble instancia, es decir, como un derecho en construcción, en donde se expone que a pesar de existir una intención de establecer una doble instancia para los aforados en materia penal, esta no es suficiente pues la construcción jerárquica que debió realizarse fue la de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría, la subdivisión que se realiza con el acto legislativo a la Corte Suprema de Justicia no es suficiente para que Colombia cumpla sus deberes convencionales.

## **EL Control de Convencionalidad**

El control de convencionalidad hoy en día, se ha constituido como una de las formas más eficientes para la protección de los derechos fundamentales de las personas, violentadas por acciones u omisiones de los Estados, creándose en el mundo los llamados sistemas regionales de protección de derechos humanos.

El control de convencionalidad se ejerce entre las normas del derecho interno y la CADH, toda vez que vincula al juez y a los demás funcionarios de los países suscriptores del Pacto de San José en la tarea de limitar el poder político y defender los derechos humanos. La Corte Interamericana ideó este mecanismo judicial para garantizar la CADH. El control como tal se acuñó en un voto concurrente individual del juez García Ramírez en la sentencia del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, pero en una sentencia del pleno de la Corte se adopta por primera vez en la sentencia del caso Almonacid Arellano contra Chile. Almonacid, profesor y militante del Partido Comunista, fue asesinado poco después del golpe militar de Pinochet. La justicia penal militar encontró que no había causa que justificara la acción de la justicia debido a la amnistía general consagrada en el Decreto 2191 de 1978, por lo que resolvió declarar que era un caso sobreesido. La Corte Suprema confirmó esa decisión. En virtud del control se estableció que dicho decreto contravenía la normativa internacional de los derechos humanos e infringía la

obligación internacional del Estado chileno de juzgar y castigar a los responsables de violaciones a los derechos. Una ley de amnistía que obstaculiza la investigación de violaciones a los derechos e impide el juzgamiento de sus responsables, carece de efectos jurídicos, por lo que la orden fue suprimir el decreto. (García Jaramillo, 2014)

El Control de Convencionalidad (CCV) es un mecanismo jurídico de origen internacional que desarrolla la confrontación normativa de la norma convencional con la norma interna de cada Estado, en procura de la protección efectiva de los Derechos Humanos. Dicha teoría ha ido, creciendo, desarrollándose y consolidándose; donde se identifican posiciones divergentes y convergentes por lo cual es necesario proponer una taxonomía para identificar, analizar y sistematizar las diferentes clases que se han venido presentando dentro de la comunidad jurídica. (Cubides Cárdenas, Chacón Triana, Martínez Lazcano, 2015)

La institución del control de convencionalidad se ha convertido de un tiempo acá, en la novedad y en el centro de discusión en los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), y por esa vía, en escenarios académicos relacionado con los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional de los Estados de la región. Para el caso colombiano se trata de una figura cuya discusión y despliegue apenas sucede, en medio de tensiones locales propiciadas por reformas constitucionales como las del marco jurídico para la paz y el fuero militar, por el litigio constitucional desplegado alrededor de esas mismas reformas y por casos de control concreto de constitucionalidad, como los relacionados con el daño ambiental, la manipulación a los indígenas, los derechos de las víctimas y los derechos políticos de los electores y de las personas elegidas por voto popular, eventos todos estos en los que las reglas vigentes del derecho local, han entrado en tensión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, el DIDH), planteado como derecho vigente. (QUINCHE RAMÍREZ, 2013-2014)

## **La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doble instancia**

La Corte IDH tuvo la oportunidad en el año 2012, de confirmar y perfilar aún más las particularidades que integran esta garantía mínima estableciendo que la doble instancia:

“[...] 91. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena. 92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. [...] Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención. 93. Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona declarada culpable de un delito” [énfasis agregado]. En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2. h de la Convención Americana. 94. El Estado ha sostenido que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales (supra párr. 68), con base en que el artículo 2 del Protocolo 7 del

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite determinadas excepciones. Al respecto, la Corte no coincide con el alcance que Argentina otorga a esa norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo. [...]

97. El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. 98. El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. 99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2. h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las

formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente” (Caso Mohamed Vs. Argentina, 2012)

El derecho del doble conforme del imputado, se lo puede distinguir de dicha garantía como la imposibilidad de que se ejecute la pena antes de que un Tribunal fiscalice la legalidad de la sentencia de condena. Se suele hablar de ese derecho como el juicio del juicio. Ese es el significado que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), al utilizar por primera vez tal concepto, expresando que a pesar de que el imputado había cumplido la pena impuesta, los perjuicios que encierra una condena todavía estaban presentes, por lo que ordenó que el Estado cumpla con la tarea de asegurar el doble conforme. (Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, 2009)

La Corte IDH, considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal. Para que existan verdaderamente las garantías judiciales contenidas en el art. 8 de la CADH, es necesario que “[...]se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. (caso herrera ulloa vs. costa rica , 2004)

### **La Doble Instancia para Aforados, una construcción en evolución.**

El pasado mes de diciembre, el Congreso de la República aprobó el Proyecto de Acto Legislativo 13 de 2017 Senado y 265 de 2017 Cámara, “por el cual se establece el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria”.

Con este acto legislativo se pretende amparar el derecho de los aforados a la doble instancia en materia penal, desconocido por el Estado colombiano con la Constitución de 1991, y que está protegido por los convenios y compromisos internacionales suscritos por nuestro país con otros Estados.

El texto aprobado, que se puede entender como un esfuerzo del Congreso y del Gobierno por cumplir con los compromisos internacionales y atender el mandato de la Corte Constitucional de legislar sobre la doble instancia, establece una modificación de la estructura interna de la Corte Suprema de Justicia. Así, esta se divide en salas especiales, para el caso de los procesos que se adelantan contra los aforados constitucionales, de tal forma que la Sala de Casación Penal y las salas especiales garantizaran la separación de la instrucción y el juzgamiento, al igual que la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena.

Por otro lado, con relación a la composición, la Sala Especial de Instrucción estará integrada por seis magistrados, y la Sala Especial de Primera Instancia, por tres. Aunque no se puede desconocer que esta iniciativa contiene un espíritu loable en su intención de amparar el derecho de los aforados a la doble instancia, es insuficiente para garantizarlo cabalmente y adolece de la ausencia de garantías procesales que han sido reconocidas en el ámbito nacional e internacional y que hacen parte integral del derecho a la doble instancia, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, la doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley.

La estructura aprobada en el proyecto de acto legislativo no cumple con los requisitos necesarios para otorgar plenas garantías en el ejercicio efectivo de la impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, toda vez que, para salvaguardar estos postulados, se requiere, en palabras de la Corte Constitucional, de una “estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa”.

Es claro que a partir de la interpretación armónica y sistemática de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, la doble instancia implica la posibilidad del sujeto procesal condenado en juicio de acudir a un juez superior para que sea revisada y modificada la sentencia condenatoria.

Siguiendo este pensamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, ha expresado que:

98. De igual manera, la Corte observa que, en estos supuestos, en donde no existe una instancia superior al máximo órgano, que pueda hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio, algunos Estados de la región han adoptado distintas fórmulas jurídicas con el fin de garantizar el derecho a recurrir el fallo. En este sentido, el Tribunal constata que ello se ha logrado a través de diversas prácticas, a saber: **a) cuando una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, para que luego el Pleno de la misma, sea la instancia que revise el recurso interpuesto; b) cuando una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia y otra Sala, de distinta composición, resuelve el recurso presentado, y c) cuando una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia y otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia,**

**resuelva el recurso.** Asimismo, el Tribunal observa que la composición de las instancias revisoras incluye miembros que no conocieron del caso en primera instancia y que la decisión emitida por aquellas puede modificar o revocar el fallo revisado.

105. Ahora bien, el artículo 8.2(h) de la Convención Americana establece el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. El señor Liakat Alibux fue juzgado por el máximo órgano de justicia de Suriname, por lo que no existía un tribunal o juez superior quien pudiera hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio. Al respecto, en supuestos como estos, la Corte interpreta que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente. En este sentido, la Corte ha señalado que puede establecerse, “[...], por ejemplo, [...] que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”. Asimismo, la Corte verifica que ésta ha sido la práctica de algunos Estados de la región (supra párr. 98). Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda. (CASO LIAKAT ALI ALIBUX VS. SURINAME, 2014)

De igual forma la corte interamericana en otros fallos ha establecido que:

“90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo 49. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.” (CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, 2009)

Ante el planteamiento expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos Tal como quedó consagrado en el proyecto de acto legislativo, se **cumplen con los estándares mínimos que la jurisprudencia de la Corte ha establecido**, sin embargo, autores como Gonzales, han expresado una postura diferente, afirmando que: “según el acto legislativo los miembros que integran las salas especiales deberán cumplir los mismos requisitos para ser magistrado que tienen que cumplir los magistrados de la Sala Penal y se les aplicará el mismo régimen para su elección y periodo. Dicho de otra manera, ostentan idénticas calidades, la misma jerarquía y dignidad de quienes revisarán su decisión. Por tal razón, el separar en salas las funciones de instrucción y juzgamiento no garantiza plenamente el derecho a la doble instancia, toda vez que los procesos penales contra aforados seguirán concentrados en todas sus etapas en una sola autoridad: la Corte Suprema de Justicia” (Gonzales, Doble instancia para aforados, un derecho en construcción, 2018).

En consecuencia, si nos basamos en la opinión antes enunciada del profesor Gonzales, sobre la doble instancia que se crea con el Acto Legislativo, se sigue contradiciendo la CADH, en especial el literal h) del artículo 8.2, que establece el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” y también la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en lo que tiene que ver con el control de convencionalidad, mediante el cual se busca que todos los jueces del Estado, así como la Corte IDH, realicen una comparación entre las disposiciones de la CADH y el resto del ordenamiento jurídico. (Gonzales, Doble instancia para aforados, un derecho en construcción, 2018)

Esto último incluye a la Constitución, lo cual lleva a que cuando una disposición de la Constitución sea contraria a la CADH, debe ser excluida del ordenamiento jurídico, afectando el principio de supremacía constitucional.

Luigi Ferrajoli señala que “el doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio”.

Como consecuencia de lo anterior, Ferrajoli resalta la importancia de la doble instancia como una garantía del principio de legalidad y contra la arbitrariedad del juez, lo cual supone que la aplicación formalista de la ley, es decir la sujeción textual del juez a la ley, puede llevar a decisiones injustas.

Ahora bien, podría pensarse que en materia de responsabilidad penal de los aforados la garantía de doble instancia es aún más importante, por cuanto las sanciones penales son más graves, ya que implican restricciones al derecho de libertad de locomoción.

Es pertinente resaltar que, en nuestra Constitución, la doble instancia está establecida dentro del apartado de derechos fundamentales, lo cual supone que todas las personas residentes en el territorio colombiano gozan del mencionado derecho. Sin embargo, para la Corte Constitucional, la doble instancia tiene una triple identidad, es un derecho, un principio y una garantía constitucional.

Como derecho, señala que “cuando el ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió, este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder”. En otras palabras, la doble instancia se configura como derecho por cuanto la Constitución faculta a que el individuo interponga un recurso contra las providencias judiciales y, a su vez, supone el deber del juez de actuar frente al mencionado recurso.

En cuanto a su carácter como principio, la Corte Constitucional considera que “(...) cabría apuntar que la doble instancia tiene la virtud de irradiar el ordenamiento jurídico, de tal modo que la lectura de los preceptos que hacen parte del mismo, no debe desconocer el peso que esta tiene en el entendimiento y aplicación del derecho”. Esto supone que la interpretación del ordenamiento jurídico colombiano debe realizarse conforme a este principio constitucional.

Finalmente, como garantía constitucional, “la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales...”. Así, este reconocimiento integra el derecho al debido proceso, por lo cual permite proteger bienes jurídicos como el acceso a la administración de justicia, la confianza y credibilidad en la misma.

En conclusión, la doble instancia es un derecho de carácter fundamental, pues permite que los presupuestos fácticos y jurídicos del caso sean conocidos por un juez distinto, con el objetivo de variar la responsabilidad dentro del proceso penal. Por esta razón, se encuentra establecida en tratados internacionales de derechos humanos. Así, como ya lo vimos, tanto el PIDCP como la CADH lo señalan. Igualmente, el artículo 2º del protocolo 7º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece que “toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un Tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ejercerse, ha de estar regulado por la ley”.

Como consecuencia, la doble instancia se configura como un derecho humano reconocido en varios tratados internacionales, particularmente, en la CADH, que fue aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 16 de 1972, lo que significa que sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento, porque hacen parte del ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, a la fecha, el Estado colombiano continúa sin cumplir plenamente con estas disposiciones, y la doble instancia en procesos penales para aforados sigue siendo un derecho en construcción. (Gonzales, Doble instancia para aforados, un derecho en construcción, 2018)

## **CONCLUSIONES**

La doble instancia es una garantía que adquiere gran relevancia con el Estado social de derecho, siendo este parte de su esencia para garantizar el acceso a una justicia eficaz, de igual forma esta garantía se ha incorporado en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como la convención americana y el pacto de derechos civiles y políticos, ante esto se ha hecho necesario

que los sistemas jurídicos de los Estados que han ratificado estos instrumentos convencionales, adecuen sus normativas a estos postulados para así evitar condenas de responsabilidad internacional por violación a derechos humanos.

Nuestra constitución política imprime en la doble instancia la categoría de derecho fundamental, no obstante, para la corte constitucional la doble instancia posee una triple identidad: es un derecho, un principio y una garantía constitucional. Derecho; porque existe la facultad de cada individuo a interponer un recurso contra las providencias judiciales que no sean conformes a lo que se esperaba de la justicia y supone un deber para los jueces de resolver el mencionado recurso; un principio, pues sirve como irradiante ante el ordenamiento jurídico y de aplicación al derecho; y una garantía constitucional, pues la interpretación debe realizarse acorde a los postulados constitucionales de este principio.

Nuestra constitución política de 1991 planteaba una excepción a la doble instancia en materia penal para aforados, no obstante con la expedición del acto legislativo 01 de 2018 se pretende solucionar este vacío jurídico, al principio de este estudio se plantea, si puede existir o no, la inconventionalidad de la práctica al no existir un superior jerárquico en el sistema penal colombiano con la corte suprema de justicia, sin embargo con el acto legislativo, pareciera que la jerarquía que se estableció cumpliera con los postulados convencionales que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero en otra opinión, autores como Gonzales Alejandro, han expresado que este acto no crea una estructura de jerarquía que garantice el fin de la doble instancia el cual es que una autoridad imparcial e independiente y de distinta categoría revise la decisión previa, ante lo cual en la opinión de algún sector de la doctrina se concluye que el Estado sigue vulnerando derechos convencionales.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Bujosa Vadell, L. (2012). *Los principios del Código General del Proceso - perspectiva española*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Villagomez Cabezas, R. (2013). *Escuela de Función Judicial* . Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/catalogos/Syllabus%20-%20Penal%20Transito.pdf>
- Calvinho , G. (2006). *Debido Proceso y Proceso Monitorio*. Buenos Aires: colección Derecho Procesal Contemporáneo, dirigida por los Doctores. Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006. Pag. 121.
- Campos, J. L. (2016). EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD: UNA CONTRADICCIÓN INEXISTENTE. *Revista Judicial*, 26.
- Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (corte interamericana de derechos humanos 17 de noviembre de 2009).
- CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA (corte interamericana de derechos humanos 17 de noviembre de 2009).
- caso herrera ulloa vs. costa rica , serie c107 (corte interamericana de derechos humanos 02 de julio de 2004).
- CASO LIAKAT ALI ALIBUX VS. SURINAME (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 30 de enero de 2014).
- Caso Mohamed Vs. Argentina, 11.618 (Corte interamericana de derechos humanos 23 de noviembre de 2012).
- Código Civil. (s.f.).
- Colmenares Uribe, C. (2014). *El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012*. Cucuta: Universidad Libre de Colombia.
- Correa delcasso, J. P. (2000). EL PROCESO MONITORIO EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. *REVISTA XURÍDICA GALEGA*, 272-294.
- Corte Constitucional C-371 . (11 de mayo de 2011). Obtenido de MP Luis Ernesto Vargas: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-371-11.htm>

Corte Suprema de Justicia. (24 de febrero de 2016). Obtenido de Jose Leonidas Bustos:

[www.cispa.gov.co/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download](http://www.cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download).

Dworkin, R. (1980). *¿Es el derecho un sistema de normas?* ciudad de Mexico: Fondo de cultura economica.

García Jaramillo, I. (13 de mayo de 2014). Quinche y 'El control de convencionalidad'. *Ambito Juridico*.

Gonzales, D. A. (31 de mayo de 2016). "La doble instancia es una garantía del Estado social de derecho". *Ambito Juridico*, pág. 1.

Gonzales, D. A. (18 de enero de 2018). Doble instancia para aforados, un derecho en construcción. *Ambito Juridico*, pág. 2.

Jiménez M.C. & Yáñez D.A. (2017). Los procesos de única instancia en el Código General del Proceso: la garantía constitucional del debido proceso y la doble instancia. . *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18.

Marín Bernal, A. (2014). *EL PROCESO MONITORIO EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y UN ESTUDIO COMPARADO EN LATINOAMÉRICA*. Universidad Católica  
<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2635/1/UNIVERSIDAD%20VERSION%20FINAL.pdf>.

QUINCHE RAMÍREZ, m. f. (2013-2014). EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMO CONTROL NORMATIVO Y NO COMO CONTROL SIMPLEMENTE ERUDITO O FORMAL. *academia colombiana derecho procesal constitucional* , 21.

sentencia C-095 , expediente D-4172 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL (corte constitucional 11 de FEBRERO de 2003).

SENTENCIA C-095, expediente D-4172, M-P. RODRIGO ESCOBAR GIL (corte constitucional 11 de febrero de 2003).

Sentencia C-792, Expediente D-10045 M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ (corte constitucional 29 de OCTUBRE de 2014).

Sentencia T-406, Expediente T-778 M.p. CIRO ANGARITA BARON (corte constitucional 05 de junio de 1992).

Verbel Romero, W. (2014). *PROCESO MONITORIO EN COLOMBIA: UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA*. Cartagena: Universidad e Cartagena.

www.principiosdelprocesocivil.es.tl. (10 de julio de 2016). Obtenido de <http://principiosdelprocesocivil.es.tl/Principio-de-Contradicci%F3n.htm>

.Yáñez Meza, Diego Armando. (2015). La medida cautelar innominada y anticipatoria en el proceso de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado en Colombia. *Ius et Praxis*, 21(2), 415-440. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200011>