

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 129 DE 2021 SOBRE EL DERECHO A LA IMPUGNACIÓN Y LA DOBLE INSTANCIA

César Javier Valencia Caballero y Rafael Andrés Gómez Gómez agradecemos la oportunidad de presentar estas sencillas observaciones frente al proyecto de Ley Estatutaria sobre el derecho a la impugnación y la doble instancia, que se exponen así:

METODOLOGÍA

Para efectos de metodológicos, se llevará el siguiente orden:

- 1) Se realizará una breve conceptualización del derecho a la impugnación especial.
- 2) Se abordará el marco convencional del derecho a la impugnación.
- 3) Se expondrán las principales diferencias entre el derecho a la impugnación y la doble instancia, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- 4) Se propondrán las observaciones al proyecto de Ley.
- 5) Se relatarán las conclusiones.

1. Derecho a la impugnación especial

El derecho a la impugnación es un derecho humano en virtud del cual la persona que haya sido condenada dentro de un proceso penal, puede tener acceso a un recurso judicial efectivo para que dicha sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal superior al juez que la profirió, ya sea en cuanto la fundamentación fáctica, jurídica y probatoria de la sentencia que llevó a que se le declarara penalmente responsable, o respecto de la pena impuesta.

Tal derecho, está consagrado en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez, nuestro ordenamiento jurídico colombiano lo incorpora no sólo con la cláusula del Bloque de Constitucionalidad¹, sino con las leyes aprobatorias de cada uno de estos tratados, como lo son la Ley Aprobatoria 16 de 1972 – CADH –, y la Ley Aprobatoria 74 de 1968 – PIDCP –. Por su parte, el artículo 29 de nuestra Constitución Política contempla taxativamente el derecho a la impugnación cuando indica en su inciso tercero: *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”* (Constitución Política de la República de Colombia 1991).

¹ Artículo 93 C.N.

Esto claramente emerge como un mecanismo a través del cual se trata de cumplir lo que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos contemplan respecto del derecho a la impugnación.

2. Marco convencional del derecho a la impugnación.

2.1. Derecho a la impugnación en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

El sistema universal de protección de derechos humanos es el que corresponde al programa de derechos humanos de las Naciones Unidas; dentro de éste han surgido diversos instrumentos de protección de Derechos Humanos, entre los que se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este tratado, en su artículo 14, consagra las garantías judiciales. En el numeral 5, establece 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.”*; así mismo, el artículo 2 del citado Pacto consagra la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el tal instrumento, así como a adoptar las medidas para emitir las normas internas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. Valga resaltar que el PIDCP es el único instrumento internacional que de manera textual afirma el derecho a impugnar el fallo condenatorio.

A su vez, debe tenerse en cuenta lo dicho por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General número 32, respecto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; puntualmente, las consideraciones expuestas en la Parte VII, referentes al derecho a revisión por un tribunal superior.

En dicha Observación, el Comité hace una interpretación de la referida norma de derecho internacional, indicando que no se limita a los delitos más graves, y que el derecho a la revisión por un tribunal superior no se deja a la discrecionalidad de los Estados parte, por ser un derecho reconocido en el PIDCP. Indica que dicho derecho aplica exclusivamente para asuntos penales.

Señala el Comité: *“47. El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía*

del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto.”.

El numeral 48 de esta Observación expresa que el derecho a la impugnación impone la obligación a los Estados Parte de revisar sustancialmente la sentencia condenatoria y la pena impuesta, en lo referente a *“la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa”*². Dicha revisión no podrá limitarse solamente a los aspectos formales o jurídicos de la condena porque, en criterio del Comité, no resulta suficiente al tenor del Pacto. También señala que no se requiere un nuevo juicio o una nueva audiencia si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa.

Otro aspecto relevante que señala la Observación General N° 32 es que el derecho a impugnar el fallo condenatorio solo puede hacerse efectivo si el condenado tiene acceso a una sentencia debidamente motivada y por escrito, así como también a otros documentos como la transcripción de las actas del juicio necesarias para que pueda ejercer el derecho a interponer recurso contra la decisión condenatoria. Esto adquiere importancia porque implica que el condenado conozca no sólo los hechos por los cuales se le condena, las pruebas de cargo en su contra, sino también la motivación fáctica, jurídica y probatoria del juez o tribunal que emite la sentencia condenatoria, lo cual le permitirá estructurar debidamente su recurso.

La Observación señala que el derecho a la impugnación se ve afectado cuando la impugnación de la condena o de la pena no se realiza observando un plazo razonable. Igualmente enseña que la revisión de las penas no debe ser sólo de aquellas que ya han comenzado a ejecutarse, sino también las sanciones cuya ejecución aún no se ha iniciado.

Por otra parte, indica que denegar asistencia jurídica para apelar vulnera el derecho a revisar de manera efectiva el fallo condenatorio o la pena ante el superior. Señala que también genera afectación de tal derecho el hecho de no informar al acusado la intención de su defensor de no apoyar su recurso, toda vez que se le cierra la posibilidad de buscar otro abogado a fin de que su asunto pueda estudiarse en apelación.

Finalmente, la Observación precisa que *“Como conjunto de garantías procesales, el artículo 14 del Pacto desempeña con frecuencia un importante papel en la aplicación de las garantías más sustantivas del Pacto que han de tenerse en cuenta en el contexto de la determinación de las acusaciones de carácter penal contra una persona, así como de sus derechos y obligaciones de carácter civil. En términos procesales, reviste interés la relación con el derecho a un recurso efectivo reconocido en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En general, esta disposición debe respetarse en todos los casos en que se haya violado cualquiera de las garantías*

² Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General N° 32. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007.

*del artículo 14. Sin embargo, en lo que respecta al derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto es una lex specialis en relación con el párrafo 3 del artículo 2 cuando se invoca el derecho de acceso a un tribunal de apelación”.*³

Valga precisar que Colombia aceptó la competencia del Comité de Derechos Humanos desde el 29 de octubre de 1969.

Ya examinados los principales aspectos frente al derecho a la impugnación en el programa de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pasemos a estudiar lo referente a los sistemas regionales de protección.

2.2. Derecho a la impugnación en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos.

El eje principal del sistema europeo de protección de derechos humanos es el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades públicas – CEDH –, que data del año 1950 y entró en vigor en septiembre de 1953.

Abordando el tema referente al derecho a la impugnación, en principio el CEDH no contemplaba dicho derecho. No fue sino hasta el año de 1984 que, a través del Protocolo número 7 al CEDH, en el artículo 2 se consagró el derecho a la impugnación en materia penal. Sin embargo, dicho artículo abre la puerta a que los Estados Parte puedan exceptuar la aplicación del derecho en comento ante delitos de menor gravedad, ante juicios en primera instancia ante el órgano jurisdiccional de mayor categoría, o ante la condena emitida con ocasión de un recurso contra la absolución del procesado.

Textualmente el protocolo 7, artículo 2, dice:

“Artículo 2

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.”

Valga precisar que, en principio, solo 10 Estados del Consejo de Europa firmaron el protocolo al momento de su expedición, siendo ratificado inicialmente por 9 de ellos;

³ Op.cit, numeral 58.

no obstante, en la actualidad lo han firmado 46 Estados, y ha sido ratificado por 42 de los Estados firmantes. Es claro que no todos los Estados del Consejo de Europa reconocen el derecho a la impugnación, quedando por fuera, por mencionar algunos, Inglaterra y Escocia.

El sistema europeo de protección de derechos humanos, dentro de la esfera de competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en adelante TEDH –, ha emitido varios pronunciamientos referentes al asunto objeto de nuestro estudio. No obstante, la aplicación del protocolo 7, en lo referente al artículo segundo, no ha sido unánime entre los Estados miembros; el TEDH ha establecido que el reconocimiento o aplicación del derecho humano a la impugnación corresponde al amplio margen nacional de apreciación del que goza cada uno de los Estados, quienes determinarán el ámbito de ese derecho en concreto⁴.

2.3. Derecho a la impugnación en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

El artículo 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su literal h), consagra la siguiente obligación:

“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.” (subrayado y negrilla fuera de texto).

En virtud del artículo primero de la citada Convención, los Estados parte se obligan a “(...) *respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, (...)*” además, el artículo segundo *ibídem* señala el deber de los Estados parte de adoptar disposiciones en su derecho interno que garanticen la efectividad de los derechos y libertades contenidos en la Convención⁵.

En ese orden de ideas, es claro que el estándar interamericano de protección de derechos humanos reconoce el derecho a impugnar la sentencia condenatoria como una garantía judicial esencial para materializar los derechos humanos de los condenados en procesos penales. Ello se corrobora con algunas de las decisiones

⁴ Ver caso Dorado Baúlde Vs España.

⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 2. **Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

que, al respecto, ha proferido la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante CIDH –.

En el caso *Herrera Ulloa Vs Costa Rica*, la CIDH establece las características del derecho a la impugnación, señalando que el recurso que permita recurrir el fallo condenatorio, “debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial)”.⁶

En el caso *Vélez Loor Vs Panamá*, la CIDH señaló que “el derecho a 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 en firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable”.⁷

En la misma sentencia, la CIDH también expresó:

“(…) el derecho a recurrir del fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso en concreto. Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecerse restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo. La posibilidad de “recurrir el fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”.⁸

Finalmente, en este asunto la CIDH indicó que se vulnera el derecho a la impugnación cuando no se realiza la notificación de la decisión que impone una sanción, toda vez que ello imposibilita acceder de manera efectiva al derecho a recurrir el fallo condenatorio.⁹

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 2 de julio de 2004, *Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica*, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 31.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 23 de noviembre de 2010, *caso Vélez Loor Vs Panamá*, párr. 179.

⁸ Op. Cit., párr. 179.

⁹ Op.cit., párr. 180.

En el caso *Liakat Ali Alibux Vs Suriname*, la CIDH también determina varias de las características del derecho a la impugnación, indicando 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, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.”¹⁰

En el mismo fallo, la CIDH estableció el alcance de la expresión “ante juez o tribunal superior” prevista en el literal h) del artículo 8.2 de la CADH, en los casos en que el juzgamiento es realizado por el más alto tribunal u órgano de justicia de los Estados, es decir, cuando no se cuenta jerárquicamente con un superior. Al respecto, precisó que en estos eventos “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”.¹¹

En el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, activistas y miembros del pueblo indígena Mapuche) Vs Chile*, la CIDH recogió las características señaladas en las sentencias previamente reseñadas, señalando como garantías procesales mínimas respecto del derecho a la impugnación, las siguientes¹²:

- a) Recurso ordinario: Debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, ello para evitar que persistan los errores de los que puede estar viciada la decisión, y que causarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.
- b) Recurso eficaz: Debe procurar resultados o respuestas al problema para el cual fue concebido, es decir, tiene que constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea.
- c) Recurso accesible: Las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no pueden constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.
- d) Debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea: Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de enero de 2014, caso *Liakat Ali Alibur Vs Suriname*, párr. 86.

¹¹ Op. cit, párr. 105.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de mayo de 2014, caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, activistas y miembros del pueblo indígena Mapuche) Vs Chile*, párr. 27.

posibilita un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

- e) Se entiende como un recurso al alcance de toda persona condenada, incluso de aquel que haya sido condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absoluta.
- f) Tiene que respetar las garantías procesales mínimas previstas en el artículo 8 de la CADH que resulten pertinentes y necesarias para resolver los ataques planteados por el impugnante, sin que impliquen la realización de un nuevo juicio oral.

Estas características o contenido del derecho a la impugnación se pueden advertir igualmente, en el caso *Mohamed Vs Argentina*.¹³

Como elementos adicionales, en el caso *Castillo Petrucci y otros Vs Perú*, la CIDH señaló que el juez o tribunal que revisa la decisión debe cumplir con las exigencias del juez natural, o, en caso contrario, no podrá establecerse como válida y legítima la etapa procesal que se desarrolle ante él, refiriéndose en el asunto en concreto a que el tribunal de segunda instancia hacía parte de la estructura militar, por lo cual, frente al juzgamiento de civiles, no se cumplían las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la CADH establece.¹⁴

Por último, ha de indicarse que, dentro del estándar contemplado por la CIDH, el derecho a la impugnación no admite excepción alguna, aspecto que es estudiado en el caso *Barreto Leiva Vs Venezuela*.¹⁵

2.4. Síntesis del marco convencional sobre el derecho a la impugnación

Conforme a lo que se ha expuesto hasta el momento, se puede concluir que los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos reconocen el derecho a la impugnación, que en sus recomendaciones y sentencias lo desarrollan, establecen sus características e inclusive determinan la responsabilidad de los Estados Parte cuando incumplen dicho estándar de protección.

Por su lado, en el sistema europeo, dado el amplio margen nacional de apreciación que se le otorga a sus Estados Parte para determinar cómo materializar este derecho, se tiene que su reconocimiento es menos abierto, en el entendido que no se pueden establecer unos supuestos similares para su aplicación y/o

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, caso *Mohamed Vs Argentina*, párr. 88 a 111.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de mayo de 1999, caso *Castillo Petrucci y otros Vs Perú*, párr. 161.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, caso *Barreto Leiva Vs Venezuela*, párr. 84 a 91.

materialización, sino que ello obedecerá a lo que contemple cada uno de los Estados que ratificó el protocolo 7.

3. Diferencias con la doble instancia: Corte Constitucional, sentencia C-792 de 2014

- (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 está prevista en el artículo 31 de la Carta Política;
- (ii) Respecto al status jurídico, la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional –derecho humano y fundamental- en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, mientras que 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 Constitucional 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. En nuestro sentir, no es posible colocar barreras sobre este último;
- (iii) En lo atinente 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) Sobre su contenido, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto 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 el sentido de los fallos;
- (v) Referente a su objeto, 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, en cambio 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 inculpativo, 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, 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 incriminatoria se dicte en una etapa distinta a la primera instancia; (iii) finalmente, si la providencia no tiene un contenido incriminatorio 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 incriminatorio de la decisión judicial¹⁶.

4. Observaciones al Proyecto de Ley 129 de 2021

Con el proyecto de Ley respecto del cual se realizan estos comentarios, debemos señalar que no logra resolver completamente el reconocimiento y aplicación de la garantía judicial bajo estudio, por las siguientes razones:

- 1) Su fundamentación se centra en los juicios de única instancia, que, en materia penal, y hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, le correspondían a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de los aforados mencionados en el artículo 235 de la Constitución Política.
- 2) Lo anterior implica que, como parte de su motivación, no se le de importancia a los casos de personas no aforadas, que han obtenido una primera sentencia condenatoria, esto es, en procesos que no son de única instancia y en los que en primera fueron absueltos, pero en segunda resultaron condenados.

¹⁶ Las características referidas sobre la diferencia de la impugnación con la doble instancia fueron extraídas de la sentencia C 792 de 2014 de la Corte Constitucional.

- 3) En esta última hipótesis, es claro que el estándar convencional no considera que el recurso extraordinario de casación sea el mecanismo judicial que de manera plena garantice el derecho a la impugnación y doble conformidad, pues, dada la técnica que se requiere, y los requisitos para su admisión, la casación se torna en un instrumento complejo y que no está al alcance de todos los condenados.
- 4) Se limita el acceso al derecho a la impugnación de aquellas personas que no hayan sido juzgadas en un proceso penal de única instancia, pues el artículo 4° del proyecto, que trata sobre el plazo para presentar la impugnación a la sentencia condenatoria, menciona a “*Las personas que estén legitimadas (...)*”. En un ejercicio de interpretación con el artículo 1° del proyecto, nótese que este artículo, que trata sobre el objeto de la Ley, dice:
- “La presente ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales a la doble instancia, doble conformidad y a la favorabilidad en el ámbito penal en concordancia con lo dispuesto en los artículos 29,31,93 y 94 de la Constitución Política y con los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes en Colombia, **de todas las personas que hayan sido o sean sujetos de una sentencia penal condenatoria de única instancia, incluidos los aforados juzgados por la Corte Suprema de Justicia.**”* (subraya y negrilla fuera de texto).

Ello implica que, conforme con el objeto del proyecto de ley, solamente estarían legitimadas las personas que hayan sido condenadas en procesos de única instancia, limitando su aplicación a quienes no sean sujetos de esa clase de proceso, y tampoco sean aforados constitucionales.

- 5) El párrafo 1° del artículo 4° del proyecto, hace alusión a que “*Toda persona que haya sido sujeto de una sentencia penal condenatoria **en única instancia** proferida a partir del 23 de marzo de 1976, fecha de entrada en vigencia en Colombia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y hasta la entrada en vigencia de la presente ley, tendrá derecho a impugnarla bajo las mismas reglas de apelación de las sentencias de primera instancia señaladas en la Ley 906 de 2004 o en las disposiciones que la modifiquen o sustituyan.*” (subraya y negrilla fuera de texto).

Nótese que se continúa haciendo referencia a los procesos en única instancia, desconociendo aquellos casos, que son mayoría, referentes a quienes, en un proceso penal, obtienen sentencia condenatoria no en la primera instancia sino en la segunda, es decir, los que fueron absueltos y luego condenados. En ese momento, en la emisión de la sentencia de segunda instancia, es cuando obtienen su primera sentencia condenatoria, por lo que es necesario que el mecanismo que se pretende desarrollar a través de este proyecto de Ley abarque también a dicha población.

- 6) El párrafo primero del artículo 4° del proyecto se refiere también a la *cosa juzgada*, indicando que respecto de quienes dentro del término de 6 meses no acudan a solicitar la aplicación de la impugnación especial, se entenderá que renuncian a tal derecho y en consecuencia la sentencia hará tránsito a cosa juzgada y la condena quedará en firme. Sobre este punto debe tenerse en cuenta que resulta problemático, pues la redacción del proyecto lleva implícito que las sentencias condenatorias que se han emitido hasta el momento no estarían en firme, lo que generaría problemas en materia de prescripción de la acción penal.

Consideramos que la impugnación especial tiene una doble connotación de derecho y acción, y en ese orden de ideas, al contener ese carácter de acción, es importante que se precisen términos claros sobre la prescripción de la acción penal, aspecto que merece ser estudiado y desarrollado con mayor cautela, para evitar un colapso del sistema judicial.

No puede desconocerse que los procesos penales adelantados durante este amplio lapso, se han realizado conforme a las reglas de derecho interno vigentes para la época de cada proceso; en ese orden de ideas, no debe desconocerse la legitimidad de las actuaciones de las autoridades judiciales que han conocido y adelantado los procesos penales.

En ese sentido, una mejor alternativa es desarrollar el derecho a la impugnación como una acción especial, que no implique desconocer los efectos de la cosa juzgada hasta tanto se resuelva de fondo la impugnación especial.

- 7) El proyecto de Ley debe tener en cuenta la normatividad penal y procesal penal que ha existido en Colombia partir de 1976, pues el PIDCP ha estado en vigor durante el tránsito de diferentes leyes en Colombia, que contienen reglas de derecho diferentes para efectos de emitir una sentencia condenatoria; véase, por ejemplo, las diferencias existentes entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 referentes al estándar de convencimiento que se debe alcanzar para emitir sentencia condenatoria: la primera en el inciso 2° de su artículo 232 habla de *certeza* de la conducta punible y responsabilidad del procesado¹⁷, mientras la segunda se refiere a un *convencimiento más allá de toda duda*¹⁸, conforme lo dispone su artículo 381.

¹⁷ LEY 600 DE 2000, ARTÍCULO 232. NECESIDAD DE LA PRUEBA. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

¹⁸ LEY 906 DE 2004. ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En tal sentido, es importante precisar el estándar que debe tenerse en cuenta para mantener o no las condenas, en especial, en aplicación de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, ello conforme al marco convencional, lo que implica una revisión en materia probatoria, pues hace décadas los análisis sobre el razonamiento probatorio, prueba ilícita, etc, no resultaban ser tan exigentes, como en el sistema procesal penal con tendencia acusatoria, que se supone bajo el principio *pro homine*, debe armonizarse con el sistema internacional de protección de derechos humanos.

- 8) Finalmente, el proyecto no aborda una de las problemáticas que surgirán con ocasión a la impugnación especial, y es lo referente a aquellos casos en los que los condenados, producto de la impugnación, resulten absueltos o se reduzcan penas, pero ya las hayan cumplido o peor aún, que hubieren sido declaradas extintas. Valdría la pena analizar si tendrían derecho y acceso a medidas de reparación por parte del Estado Colombiano al no haberles reconocido a tiempo esta garantía convencional.

5. Conclusiones

- El derecho a la impugnación es una garantía judicial de carácter convencional, y en consecuencia, además de ser un derecho fundamental, es un derecho humano.
- Debe ser reconocido y aplicado no solo en los procesos penales de única instancia y contra aforados, sino también en procesos de doble instancia para que abarque a la población condenada en general.
- Tendrá que precisarse las reglas de derecho a aplicar, en especial porque en legislaciones anteriores, el estándar de condena era menos riguroso que el actual. Al respecto, sugerimos seguir el conocimiento exigido en el estándar convencional.
- No es razonable que afecte la firmeza de las decisiones judiciales proferidas hasta el momento; por lo tanto, debe abordarse su estudio desde la perspectiva de una acción especial.
- Se recomienda analizar si se deben incluir medidas de reparación por su desconocimiento, especialmente en los casos en que las penas impuestas en las sentencias ya se hubieren cumplido o declarado extintas.

Cordialmente,

César Javier Valencia Caballero y Rafael Andrés Gómez Gómez.