Proyecto de Acto Legislativo ___ de 2017

Proyecto de Acto Legislativo ___ de 2017

"Por el cual se modifican los artículos 31 y 235 de la constitución, se crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones"

El Congreso de Colombia

Decreta

Artículo 1. Objeto. El presente Acto Legislativo modifica los 31 y 235 de la constitución, crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones.

Artículo 2. El artículo 31 de la Constitución quedará así:

> *"ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único"*

Artículo 3. El artículo 235 de la Constitución quedará así:

> *"ARTÍCULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*
>
> *1. Actuar como tribunal de casación.*
> *2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3.*
> *3.* ***Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados*** *a los miembros del Congreso.*
> *4.* ***Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados*** *al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.*
> *5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.*
> *6. Darse su propio reglamento.*
> *7. Las demás atribuciones que señale la ley.*

PARÁGRAFO 1. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

PARÁGRAFO 2. Los procesos a los que se refieren los numerales 3 y 4 serán conocidos en primera instancia por los tribunales superiores de distrito judicial, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal general de la nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tribunal Ad Hoc. Se creará transitoriamente un Tribunal de Jurados Ad Hoc que conocerá de las impugnaciones presentadas por aquellos ciudadanos aforados que hayan sido condenados en única instancia, el cual se regirá por las siguientes disposiciones:

1. Temporalidad. El plazo de funcionamiento del Tribunal Ad Hoc será de cinco (5) años, prorrogables por la mitad del tiempo inicial, esto es dos (2) años y medio, para un máximo de siete (7) años y medio.
2. Término para reglamentación e implementación. A partir de la promulgación del acto legislativo que incorpore el parágrafo transitorio a la Constitución, e***l Gobierno Nacional tendrá un (1) año para reglamentar e implementar el Tribunal Ad Hoc.***
3. Término para presentación de impugnaciones. A partir de la promulgación del acto legislativo que incorpore el parágrafo transitorio a la Constitución, la persona aforada condenada en única instancia podrá hacer uso de su derecho a la impugnación.
4. Consecuencia jurídica de la presentación de impugnación. Una vez presentada la impugnación por la persona aforada, la sentencia condenatoria de única instancia perderá ejecutoria, hasta tanto no sea emitido el correspondiente fallo de segunda instancia por parte del Tribunal de Jurados Ad Hoc.
5. Término para sustentación de impugnaciones. A partir de la implementación del Tribunal Ad Hoc, el término que tendrán los funcionarios aforados condenados en única instancia para sustentar los recursos de impugnación será de un (1) año, so pena de declararse desierto el recurso.
6. Término para decidir sobre las impugnaciones. El Tribunal Ad Hoc tendrá el termino de cinco (5) años, prorrogables por la mitad del tiempo inicial para decidir sobre las impugnaciones presentadas.
7. Competencia. El Tribunal Ad Hoc conocerá de las impugnaciones presentadas por aquellos ciudadanos aforados que hayan sido condenados en única instancia.
8. Composición. El Tribunal Ad Hoc se compondrá de tres (3) magistrados y once (11) jurados de conciencia.
9 Designación de Magistrados. Los magistrados que integrarán el Tribunal Ad Hoc serán designados así: dos (2) personas elegida por Corte Constitucional y una (1) persona elegida por la oficina de Ginebra del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

10. Requisitos de los magistrados. Los magistrados designados deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- ***a) Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.***
- ***b) Ser abogado.***
- ***c) Debe acreditar estudios de postgrado en Derecho Penal y/o Derechos Humanos.***
- ***d) Haber ejercido durante quince (15) años, con buen crédito, la profesión de abogado en el área de Derecho Penal o haber dictado cátedra universitaria por el mismo tiempo en disciplinas jurídicas relacionadas con el Derecho Penal y/o los Derechos Humanos en establecimientos de educación superior reconocidos oficialmente.***
- ***e) No haber sido condenado por sentencia judicial o sancionado disciplinariamente.***
- ***f) No podrán encontrarse ejerciendo cargos públicos al momento de su elección.***
- ***g) No haber pertenecido a ninguna clase de partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos.***
- ***h) No haber sido candidato o adelantado actividades electorales.***
- ***i) No tener parentesco con personas que trabajen o hayan trabajado en la Fiscalía o la Rama Judicial hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.***

11. De los Jurados. Requisitos:

- ***a) Ser ciudadano colombiano en ejercicio.***
- ***b) Tener como mínimo 18 años de edad.***
- ***c) Ser capaz física y mentalmente.***
- ***d) No haber sido condenado por sentencia judicial o sancionado disciplinariamente.***
- ***e) No podrán encontrarse ejerciendo cargos públicos al momento de su elección.***
- ***f) No haber pertenecido a ninguna clase de partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos.***
- ***g) No haber sido candidato o adelantado actividades electorales.***
- ***h) No tener parentesco con personas que trabajen o hayan trabajado en la Fiscalía o la Rama Judicial hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.***

12. Listado preliminar de posibles jurados. La Registraduría Nacional del Estado Civil utilizando un método en el cual la selección de las personas que integren el registro sea totalmente aleatoria, colocara en consideración de los magistrados del tribunal y de los abogados de los acusados un listado preliminar de posibles jurados, quienes a su vez, deberán diligenciar un formulario de precalificación en el que responderán preguntas sobre el cumplimiento de los requisitos, si tiene alguna condición que le excusen de ser jurado, entre otros.

13. Selección del Jurado. Los posibles jurados serán citados a una audiencia en la que los abogados de los condenados y los magistrados entrevistarán a los potenciales jurados individualmente para decidir acerca de su selección o no. En esta audiencia, los abogados de los condenados y los magistrados tendrán la posibilidad de presentar recusaciones y/o exclusiones, las cuales serán de dos tipos: a) recusación y/o exclusión con causa; y b) recusación y/o exclusión perentoria. Surtida esta audiencia, habrán de quedar seleccionados los once (11) jurados requeridos para adelantar la revisión de la sentencia condenatoria de única instancia."

Artículo 4. Régimen de Transición. Respecto de los procesos que a la fecha de promulgación del presente acto se estén tramitando por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia, conocerá en segunda instancia el Tribunal Ad Hoc.

Artículo 5. Concordancias, vigencias y derogatorias.

Elimínese la expresión "*salvo las excepciones que consagre la ley*" en el artículo 31 de la Constitución Política.

Sustitúyase la expresión *"Investigar y juzgar"* por la de *"Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados"* en el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política.

Sustitúyase la expresión *"Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia"* por la de *"Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados"* en el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política.

Sustitúyase la expresión "PARÁGRAFO" por la de "PARÁGRAFO 1" en el artículo 235 de la Constitución Política.

Agréguese el "PARÁGRAFO 2" y un "PARÁGRAFO TRANSITORIO" al artículo 235 de la Constitución Política.

Artículo 6. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

De los Honorables Congresistas,

Jaime Amín Hernández
Senador de la República

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (PARTE CONSIDERATIVA)

A. OBJETO:

El presente Proyecto de Acto Legislativo, busca subsanar la falla estructural y sistemática que le impide a los funcionarios aforados constitucionales hacer uso a su derecho a la

impugnación y a la garantía de la doble instancia, de tal manera que se cumpla con lo ordenado por la Corte Constitucional, y se logré la adecuación de la legislación interna respecto a lo establecido en los principales tratados de derechos humanos de los cuales Colombia es Estado Parte.

B. MARCO JURIDICO:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ratificado por la República de Colombia el 29 de octubre de 1969, adoptado mediante Ley No. 74 de 1968. En su artículo 14 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."*

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 "Pacto de San José". Ratificada por la República de Colombia el 28 de mayo de 1973, adoptada mediante Ley No. 16 de 1972. En su artículo 8, numeral 2, literal h establece el *"Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".*

C. CONTENIDO DEL PROYECTO:

El presente proyecto de acto legislativo consta de cinco (5) artículos, necesarios para que funcionarios aforados constitucionales puedan hacer uso de su derecho a la impugnación y a la doble instancia.

D: PROPOSICIÓN:

En concordancia con los argumentos que se presentan, ponemos a consideración de los honorables miembros del Congreso de la República el presente proyecto, teniendo en cuenta que el mismo busca proteger los derechos humanos y libertades fundamentales internacionalmente reconocidos de un grupo específico de la población que actualmente recibe un tratamiento diferenciado en contravía del derecho a la igualdad y que contradice lo establecido en los principales tratados de derechos humanos.

E. JUSTIFICACIÓN:

Introducción:

La única instancia establecida por una norma interna colombiana en los procesos penales, menoscaba el derecho fundamental de todo ser humano a que, ante un fallo condenatorio y la respectiva pena, pueda mediante un recurso efectivo someterlos a un tribunal o juez superior. Así mismo, lesiona los derechos del procesado conforme a que este no puede recurrir ante un juez o tribunal superior las decisiones judiciales dentro del proceso que se adelanta en su contra y que lo afectan directamente, como lo son la negativa de practicar, admitir o inadmitir pruebas y en

general controvertir las decisiones de fondo que profiera el juzgador, siendo el derecho de apelación particularmente importante para garantizar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La segunda instancia es de tal importancia que varios doctrinantes se han referido a ella, es el ejemplo del reconocido filósofo político John Rawls quien en su libro *Teoría de la Justicia*, establece que el sistema penal debe considerarse un caso de justicia procedimental imperfecta: es decir, un sistema penal es justo solamente en la medida en que los procedimientos que lo informan y las instancias que lo constituyen, tiendan con el mayor grado de probabilidad posible a condenar únicamente a las personas culpables. Es por ello, que la segunda instancia penal es indispensable para satisfacer esta condición, es decir, para asegurar el mínimo posible de condenas de personas inocentes ante la ley. En ausencia de una segunda instancia debidamente conformada, los estados estarían renunciando a su obligación de hacer todo lo que está en su poder para que ninguna persona sea privada injustamente de su libertad.

Por ello, negar la segunda instancia constituye una violación estructural y sistemática a los Derechos Humanos. Además de configurarse una discriminación negativa, ya que por ostentar un alto cargo – "*condición social*" –, se ejerza sobre él una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto y por resultado anular y menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Así mismo, con la restricción de acceder a la garantía de recurrir el fallo judicial condenatorio, ante un juez o tribunal superior se lesiona gravemente el derecho a la presunción de inocencia, ya que el juicio en única instancia pudo haber sido el desarrollo de un juicio inconcluso e imperfecto, manteniéndose la probabilidad lo que descarta la certeza; en ese orden de ideas se debe dar prioridad a revisar su legalidad y de esta manera establecer si:

1) La sentencia no consideró la duda razonable.
2) Ausencia de errores y arbitrariedades judiciales o meros actos de poder,
3) Ausencia de violaciones al derecho de haber tenido la oportunidad de ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra éste,
4) Ausencia de vulneraciones tales como que el condenado se le impidiera el derecho de que se le comunicara de forma previa y detallada la acusación formulada,
5) La no existencia de dudas que permitan pensar que al condenado no se le concedió el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa,
6) Que no existieran dudas de que el condenado hubiera tenido la garantía de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con el mismo, que no se le vulnerara el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos,

7) Que no se le hubiera vulnerado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Y en general la garantía que existió dentro del proceso judicial un juez o tribunal que realizó un control tutelar sobre las decisiones proferidas por el juez o tribunal de primera instancia que resultaron lesivas contra la libertad personal del condenado.

Con la restricción y menoscabo del derecho a la doble instancia, se viola también el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"*; de nuestra legislación interna se desprende una especial vulneración ya que se incumple lo establecido en la Convención Americana en el sentido de restringir los derechos, inobservando que ninguna disposición interna puede limitar los derechos reconocidos en la Convención conforme al Artículo 29, donde se resalta que*: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"*. Así mismo, se incumple lo establecido en el Artículo 5 Numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los Derechos Humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*".

La no existencia de una doble instancia para determinado grupo de personas dentro de la jurisdicción colombiana viola el debido proceso por las siguientes razones**: (i)** porque no asegura el adelantamiento de un juicio en segunda instancia para controvertir el fallo; **(ii)** porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien para todas las personas sometidas a la jurisdicción ordinaria diferentes a los congresistas se constituye como segunda instancia o de casación, violando así el principio de acceso igualitario a los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

Colombia en el margen de apreciación para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos consagrados en la Convención ha restringido, hecho inane y deficiente, la aplicación efectiva del Artículo 8 Numeral 2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sustituyendo el derecho humano por una norma perniciosa que lesiona gravemente al ser humano y lo sitúa en una situación de imperdonable desventaja propiciada por el constituyente y en contravía de los estándares internacionales del cual se hace parte gracias al bloque de constitucionalidad.

Estructura:

Para desarrollar la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se abordarán cuatro (4) ejes:

Primero: Se presentará cómo el ordenamiento jurídico colombiano regula los derechos a la doble instancia y a un recurso efectivo de los funcionarios públicos con fuero. Seguidamente, se ilustrará la jurisprudencia de las altas cortes respecto al tema, luego, se presentará brevemente casos concretos en donde se ha violado el derecho a impugnar y a una segunda instancia.

Segundo: Se estudiará lo dicho, frente a estos derechos, por parte de la doctrina colombiana; así como, lo establecido tanto en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Tercero: Se centrará en el cambio de jurisprudencia interna referente al derecho a impugnar un fallo condenatorio conforme a lo establecido por los anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos, respecto a las personas en general y omitiendo a los funcionarios aforados.

Cuarto: Explicará como la negación y el desconocimiento de los derechos a impugnar y a acudir a una segunda instancia por parte de los aforados, constituye una violación al trasversal a los derechos humanos de los funcionarios aforados.

1. Doble instancia e impugnación, excepción para aforados. Ordenamiento jurídico y jurisprudencia de Colombia.

Las garantías judiciales (debido proceso) se han consagrado como esenciales e indispensables para lograr un proceso judicial justo, imparcial e independiente. Dentro del conjunto de derechos que integran el debido proceso se encuentran el acceso a una doble instancia y a impugnar la sentencia condenatoria, derechos que más que una cuestión de orden procedimental, son derechos que asisten a todo procesado por la mera condición de ser humano sin distingos de ninguna índole[1].

1.1. Excepción y limitación al derecho de impugnar y de una segunda instancia de los aforados. Marco legal.

La Constitución Política de Colombia consagra expresamente el derecho a impugnar y a la doble instancia, en el artículo 29, indicando que "*Toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria*"[2]. No obstante, el artículo 31 supra, estipula que "*Toda sentencia judicial podrá ser apelada, salvo las excepciones que consagre la ley*"[3].

Lo anterior, evidencia que la misma Constitución Política permitió que el derecho a la doble instancia y el derecho a impugnar no fueran absolutos, e incluso se condicionó su

[1] Comparar. Moreno Ortiz & Lozano Martínez. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. 2011. Pág. 80.
[2] Ver. Constitución política de Colombia. *Artículo 29*. 1991.
[3] Ver. Constitución política de Colombia. *Artículo 31*. 1991.

aplicación. Evidenciando, que en el ordenamiento interno colombiano existen normas lesivas que generan un detrimento de los derechos a impugnar un fallo condenatorio y a acudir a una segunda instancia. Derechos que en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos se catalogan como no restringibles, e incluso como garantía mínima[4].

Por ello se afirma, que en Colombia existe una falla estructural y sistemática que atenta contra los derechos fundamentales de los funcionarios aforados. La falla estructural se evidencia en la existencia de normas en el ordenamiento jurídico colombiano que son lesivas y menoscaban los derechos fundamentales; la falla sistemática se concreta al observarse que estas normas lesivas se dirigen a un grupo exclusivo de la población, en razón de su cargo, generando una discriminación negativa.

Ejemplo de ello, son los artículos 235 de la Constitución Política de 1991, el artículo 75 de la ley 600 de 2000 y el artículo 32 de la ley 906 de 2004, en los cuales se estipuló cuáles son las personas –que conforme a su condición de aforados constitucionales o legales- serían juzgados directamente por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, aspecto que configura una discriminación negativa y una limitación a derechos que son inherentes a las personas sin importar su condición.

De modo tal que conforme a los artículos antes mencionados, en especial el artículo 235 de la Constitución Política a los Funcionarios allí señalados[5], en razón a su cargo se les limitan y trasgreden sus derechos a impugnar una sentencia y a acudir a una segunda instancia afectándose íntegramente su debido proceso y su derecho a la igualdad.

Los funcionarios públicos referenciados, ante la eventual comisión de un delito común o en ejercicio de sus funciones serán juzgados en única instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, contra la sentencia condenatoria que se produjese no procedería recurso alguno.

Bajo esa premisa, en el ordenamiento jurídico colombiano se produce un trato desigual respecto de los funcionarios aforados, dejando en evidencia una falla estructural toda vez que, es la misma constitución quien autoriza la existencia de normas que lesionan y producen un detrimento de los derechos que tienen los aforados, no en su calidad de funcionarios públicos, sino en su calidad primigenia de ser humano.

1.2. Postura de las altas cortes frente a esta limitación de los derechos de los aforados.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha perpetuado esta limitación y violación a las garantías judiciales de los aforados. La Corte Constitucional ha argumentado que:

---

[4] Comparar. Moreno Ortiz & Lozano Martínez. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. 2011. Pág. 80.

[5] Ver. Constitución política de Colombia. *Artículo 235*. 1991.

"ser juzgado por el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria es "la mayor aspiración de todo sindicado"[6].

Y, que el hecho que los funcionarios aforados sean juzgados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia:

"Genera 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"[7]

Así mismo, se ha argumentado que, el fuero no es una limitación o una vulneración a los derechos de los funcionarios aforados, por el contrario, es una garantía toda vez que:

"El propósito del fuero es *preservar la autonomía y la independencia legítimas de aquellos funcionarios a los que ampara"*[8]
(…) cabe destacar que el juzgamiento de altos funcionarios por parte de la Corte Suprema de Justicia constituye la máxima garantía del debido proceso visto integralmente por las siguientes razones: (i) porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual éste pertenece, de sus responsabilidades y de la trascendencia de su investidura. Por eso, la propia Carta en el artículo 235 Superior indicó cuáles debían ser los altos funcionarios del Estado que gozarían de este fuero; (ii) porque ese juicio se adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; y (iii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien tiene a su cargo la interpretación de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación."[9]

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el Auto de 18 de febrero de 1997 (Proceso Rad. 10684), señaló lo siguiente:

"El fuero constitucional creado por la Carta Política de 1991, en contraposición a la inmunidad que garantizaba la de 1886, debe entenderse entonces desde un doble punto de vista: Desde la óptica de protección de la actividad parlamentaria como función, caso en el cual la competencia de la Corte, en el

[6] Ver. Corte Constitucional. C- 545 del 28 de mayo de 2008. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Pág. 15. 2008
[7] Ver. Corte Constitucional. C-142 de abril 20 de 1993, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. 1993.
[8] Ver. Corte Constitucional. C-245 de junio 3 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. 1996.
[9] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-934 del 15 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa. 2006

supuesto de la desvinculación del sujeto pasivo de la acción penal, se mantiene para todos aquellos ilícitos cometidos por razón o con ocasión de la función congresional; y, desde la perspectiva de la protección personal de sus miembros, pues en tanto estén vinculados a la actividad legislativa solo pueden ser investigados y juzgados por el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea la época en que se haya cometido la infracción que origina la actuación judicial"[10].

Finalmente, la Corte Constitucional, en su argumentación para validar la limitación y violación al derecho a impugnar el fallo condenatorio y al acceso a una doble instancia por parte de los funcionarios aforados, invoca lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en donde Colombia es parte, e indica que en estos instrumentos no hay una disposición especifica referente a los aforados y, que el hecho de ser juzgados por el tribunal de cierre implica una garantía para éstos, garantía que no tiene las personas sin fuero, toda vez que, su proceso es llevado por jueces ordinarios.

"En la sentencia C-934 de 2006 la Corte concluyó que este esquema procesal no desconoce ninguna de estas garantías, pues no existe ninguna regla específica, ni en la Carta Política ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezca una facultad para atacar los fallos sancionatorios en contra de las personas que cuentan con un fuero, sino únicamente un precepto general diseñado para los juicios penales ordinarios que son conocidos por las instancias regulares, y no por el máximo órgano jurisdiccional en materia penal, que además tiene la particularidad de ser un cuerpo colegiado"[11]

Como se estudiará en la segunda sección de este trabajo, los argumentos de las altas cortes para sustentar y validar la limitación y violación de los derechos de los aforados aquí analizados, son superficiales e incluso evidencian un desconocimiento e inobservancia de lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia.

1.3. Casos de condenados.

El número de funcionarios públicos que en razón de su cargo son acreedores de un fuero constitucional y legal es bastante amplio. Ejemplo de ello es que solamente entre Congresistas, Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Presidente y Vicepresidente de la República, Defensor del Pueblo, Contralor y Procurador General de la Nación, son 295 funcionarios a los cuales se les limitan sus derechos a impugnar una sentencia condenatoria y acceder a una doble instancia**.**

[10] Ver. Sala de Casación Penal. Auto del 18 de febrero de 1997 (Proceso Rad. 10684), Corte Suprema de Justicia. 1997

[11] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág. 54.

Es importante indicar, que la Constitución Política de Colombia, estableció 3 maneras diferentes de juzgar a funcionarios públicos con fuero:

La primera es aplicada a los Congresistas, quienes son procesados por la Corte Suprema, es decir, la Corte investiga, acusa y juzga a los congresistas, implicando que este alto tribunal tenga la calidad de juez y parte en el proceso. El efecto de esta disposición, ha dado como resultado que desde 1991 hayan sido condenados 85 congresistas y que en la actualidad se encuentren investigados y procesados 416 de estos funcionarios.

La segunda es la aplicada a los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, al Procurador y al Contralor, quienes son investigados por el Fiscal y juzgados por la Corte Suprema, dentro de esta categoría han sido condenados 11 funcionarios y se encuentra en trámite 4 procesos[12]. Es pertinente indicar que con el acto legislativo 06 de 2011, se facultó al Fiscal General de la Nación para que delegase ante el Vice Fiscal y/o fiscales delegados la investigación y acusación de los altos funcionarios.

La tercera es la aplicada al Presidente, al Fiscal y a los Magistrados. Esta última, se caracteriza porque la Cámara de Representantes investiga y acusa, destituye el Senado, y luego, si hay delito, juzga la Corte Suprema[13].

A continuación, se esboza de manera breve algunos de los casos en donde los derechos de los funcionarios aforados a impugnar y acceder a una doble instancia, han sido inobservados y violados por parte de la justicia colombiana.

- **Violación frente a los congresistas:** Por vinculación de parlamentarios con grupos al margen de la ley, para el año 2013, 59 congresistas habían sido condenados penalmente. No obstante, no todos los procesos los conoció en única instancia la Corte Suprema de Justicia[14]. Lo anterior obedece a que 21 congresistas renunciaron a su curul y por ende a su fuero. Este mismo hecho se observa en el proceso 8.000, en el cual 26 congresistas fueron condenados[15], pero en donde la mayoría renunció a su curul.

El argumento general de los congresistas para renunciar a su curul y a su fuero es que:

[12] Las cifras señaladas en este apartado incluyen a los funcionarios aforados que han sido investigados, juzgados y condenados por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1991 hasta el año 2015.
[13] Comparar. Villadiego Burbano, Carolina. Juzgar a altos funcionarios. Publicado en Marzo 6 de 2015. Encontrado en el sitio web: http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2498
[14] Comparar. Verdadabierta.com. De la curul a la cárcel. Encontrado en el sitio web: http://www.verdadabierta.com/component/content/article/63-nacional/4800-de-la-curul-a-la-carcel
[15] Ver. El Tiempo. Escándalo de la 'parapolítica' completó 51 congresistas involucrados y 29 presos. Encontrado en el sitio web: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4085772

Como las decisiones de la Corte --la única que puede procesar a congresistas que gozan de fuero especial en Colombia-- son inapelables, al renunciar a sus escaños pueden ser procesados por la Fiscalía y por jueces y así tener mayores recursos de defensa. [16].

Ante la masiva renuncia de los congresistas a su curul, con el fin de permitir que fuera la justicia ordinaria quien los investigara, acusara y juzgara de modo tal que sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción tuvieran más garantías de protección, la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 2009 realiza un cambio jurisprudencial lesivo para sus derechos estableciendo que:

La relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por cuenta del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o que sea necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones. Tal es el caso de los congresistas a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de las autodefensas cuando ya ocupaban una curul en el Congreso de la República, proceder que si bien no es propio de sus funciones, en cuanto reunirse con delincuentes para orquestar la comisión de delitos no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha Corporación, sí pone de presente, de un lado, que posiblemente hacía parte de dicha organización criminal, y de otro, que de conformidad con la forma en que operaba la misma, se trataba presuntamente de un miembro calificado de la misma a quien correspondía aportar dentro de su ámbito funcional. [17].

Lo anterior permitió que la mayoría de las investigaciones y juicios contra los Congresistas fueran reasumidos por la Corte Suprema de Justicia. En el Auto 27032 -15 de septiembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia definió las reglas para que los casos de acuerdo al momento procesal en que se encontraran fueran remitidos nuevamente a instancias de la Corte Suprema[18].

- **Violación frente a los Ministros y Directores de Departamento Administrativos:** en los últimos años la Corte Suprema de Justicia ha condenado

[16] Ver. Cardona, Libardo. ¿Cómo está la "parapolítica" en Colombia?. Publicado en la Revista Semana. Encontrado en el sitio Web: http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/como-esta-parapolitica-colombia/103801-3

[17] En relación con sus funciones significa que se realiza por cuenta del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o que sea necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones. Ver. Centro internacional para la justicia internacional & Asdi. Procesos contra aforados constitucionales – parapolítica. Encontrado en la página web: http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/Libro%20parapol%C3%ADtica%20CSJ.pdf. Pág. 95. 2010.

[18] Ver. Centro internacional para la justicia internacional & Asdi. Procesos contra aforados constitucionales – parapolítica. Encontrado en la página web: http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/Libro%20parapol%C3%ADtica%20CSJ.pdf. Pág. 119. 2010.

a 8 altos funcionarios del Gobierno (Ministros y Directores de Departamento Administrativo). Funcionarios que en su momento alegaron su violación al derecho a impugnar la sentencia condenatoria y acceder a una segunda instancia. Por el escenario y en la forma en que fueron proferidas estas sentencias se evidencia que la Corte Suprema de Justicia trasgredió el debido proceso de estos funcionarios.

En Colombia, contra las sentencias de los funcionarios públicos aforados, al ser de única instancia, no procede recurso alguno. Esto significa, que se coarta radicalmente el derecho de los aforados de impugnar la sentencia condenatoria en su contra. Sin embargo, las altas cortes han manifestado erróneamente que no se transgrede el derecho a impugnar toda vez que: 1) los altos funcionarios fueron juzgados por el tribunal supremo de la justicia ordinara y, 2) los aforados disponen de la acción de tutela y la acción de revisión para una eventual revisión de su fallo condenatorio. Estos argumentos son empleados para eludir la aplicación eficaz de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a recurrir el fallo condenatorio.

De igual manera, se evidencia como el Estado colombiano ha venido aplicando e interpretando las disposiciones internacionales sobre la materia, atentando contra el principio *pro homine.* De modo tal que, el Estado colombiano ha impuesto limitaciones arbitrarias al derecho a impugnar y acceder a una segunda instancia que tiene toda persona sin distinción alguna y, ha interpretado de forma lesiva, lo establecido en tratados internacionales respecto a estos derechos.

2. Doble instancia y derecho a impugnar sentencias judiciales conforme a los tratados internacionales en los que Colombia es parte.

Como se mencionó anteriormente, estos argumentos dados por parte de las Altas Cortes del Estado colombiano dejan entrever, por si solos, la superficialidad con la que se ha tratado el tema de la doble instancia y el derecho a impugnar de los altos funcionarios, desconociéndose e interpretando de forma errónea y conveniente lo establecido en los instrumentos de derechos humanos respecto del tema.

2.1. Derecho a impugnar y a una segunda instancia conforme al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana

Tal desconocimiento llega al punto de que la Corte Constitucional ha afirmado que “En cuanto al juzgamiento en *única instancia* de los congresistas por la Corte Suprema de Justicia,

esta Corporación en distintos pronunciamientos ha establecido que ello no se opone a la Constitución Política, ni a los tratados internacionales de derechos humanos".[19]

Este último argumento, sin embargo, no es cierto y evidencia una errónea interpretación y aplicación por parte del Estado Colombiano de las normas internacionales, puesto que Colombia es Estado parte tanto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención América. Tratados que consagran el derecho de toda persona a la doble instancia y a impugnar sentencias condenatorias; los cuales hacen parte integra de la normatividad interna (Ley 74 de 1968 y Ley 16 de 1972) y del bloque de constitucionalidad (art. 93 Constitución Política).

Es pertinente indicar que, el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado de la Constitución Política de 1991, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución[20]. El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno. Así mismo, se dispone que los principios y derechos establecidos en la Constitución se interpretarán con base a los tratados internacionales sobre derechos humanos que Colombia haya ratificado.

El artículo 14.5 del Pacto determina 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"*. Lo anterior no quiere decir que el Estado tiene la discrecionalidad de determinar en qué caso existirá o no derecho a impugnar y acceder a la doble instancia. Lo anterior, quiere decir precisamente todo lo contrario.

Acorde con la Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

> *"La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que éste es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará cabo la revisión, así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto"*[21]

---

[19] Para profundizar sobre el tema ver las Sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997, C-040 de 2002 y C-545 de 2008.

[20] Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

[21] Comité de derechos humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf

Esta observación continúa indicando qué:

> *"El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no solo 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"*, (subrayado fuera del texto original).
>
> Reserva que no ha sido presentada por el Estado colombiano.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que: *"Si bien la legislación [de un] Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal"*[22] .

La violación del derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción para los aforados, es un tema que no solamente se ha debatido en Colombia. Hoy en día, es común que varios Estados, tengan dentro de su ordenamiento jurídico interno disposiciones tendientes a asegurar la doble instancia para los altos funcionarios (aforados) e incluso cuenten con la figura jurídica del desafuero, permitiendo que sus altos funcionarios puedan renunciar o puedan ser despojados de su fuero por una autoridad competente y, así puedan ser juzgados con las plenas garantías procesales que incluye el derecho a impugnar una sentencia condenatoria.

Por su lado, los Estados europeos, adicional al Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos cuentan con lo establecido en el artículo 2 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en donde se establece como regla general la doble instancia penal, sin embargo, este convenio prevé explícitamente circunstancias en las cuales se podría limitar este derecho sin implicar su vulneración *"2. 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".*

---

[22] ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Jesús Terrón c. España, Comunicación No. 1073/2002, UN Doc. CCPR/C/82/D1073/2002, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.4. El Comité ha ratificado el mismo criterio en otros dos casos similares, en donde en base al fuero de atracción, se llevaron a cabo juzgamientos en instancia única ante el Tribunal Supremo de España y el Comité decidió que dichos procedimientos eran incompatibles con el artículo 14, párrafo 5 del Pacto. Cfr. Caso Luis Hens Serean y Juan Ramón Corujo Rodríguez Vs. España, Comunicación No. 1351-1352/2005, U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, 25 de marzo de 2008, párrs. 9.2 y

Frente a la disyuntiva sobre que disposición aplicar, si el Pacto de derecho civil y político o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente al derecho a la doble instancia, la jurisprudencia española ha establecido lo siguiente:

> Sentencia 116/2006, de 24 de abril, del Tribunal Constitucional que, si bien no hace referencia a un supuesto de aforamiento, sí que recoge una postura doctrinal favorable a considerar que se vulnera el derecho a la segunda instancia al señalar que*: «Por lo que se refiere al derecho contenido en el art. 14.5 del Pacto este Tribunal desde la STC 42/1982, de 5 de julio, ha venido afirmando que el mandato del art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, "obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento"»*[23].

De lo anterior, se infiere que debe aplicar y tener como referente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, toda vez, que es el instrumento que garantiza de una forma más favorable el "reconocimiento de un derecho de tal relevancia como lo es el de acceder a un recurso efectivo. Por tanto, debe articularse la posibilidad de reexamen de la sentencia condenatoria, tanto respecto de las bases que justifican la declaración de culpabilidad, como de la condena impuesta. De lo contrario, estaríamos incumpliendo la normativa internacional, puesto que, como ha indicado acertadamente algún autor, en materia de «*derecho a los recursos están vedadas las interpretaciones restrictivas que colisionen con el principio favor actionis32*»"[24].

Igualmente, los argumentos de las Altas Cortes de Colombia, vulneran lo dispuesto por el artículo 8.2. literal h de la Convención Americana el cual establece que "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".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 11.137, informe 55/97, reconoce la supremacía de las disposiciones consagradas en la Convención Americana, disposiciones que al tratarse de la garantía de los derechos humanos, no se pueden limitar y menoscabar arbitrariamente por el Estado, la comisión indica que:

> *257. (…) La doble instancia no constituía, por sí misma, requisito constitucional en la época de la causa Abella; sin embargo, cabe señalar que la Convención*

[23] "aforamiento y doble instancia penal de los pactos internacionales de derechos humanos a la interpretación de nuestros tribunales" Trabajo Fin de Máster presentado por Lidia Molina Gómez, bajo la dirección del Profesor D. Javier Román Pastor, como parte del programa formativo que conduce a la obtención del Título de Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Alicante. 2013

[24] Ver. Molina Gómez, Lidia. 2013.

Americana, al ser aprobada (…) y ratificada por el Estado (…), se convirtió en ley suprema de la nación.[(6)]

259. La Comisión analizará a continuación el propósito y características del derecho garantizado por el artículo 8.2.h. Es importante destacar que la Convención Americana (…) consagra ampliamente el derecho de apelación.[(7)] *La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculpado, 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.*

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido una extensa jurisprudencia frente la aplicación, contenido y garantía del artículo 8.2.h de la Convención Americana. A continuación, se dará a conocer cuál ha sido la postura de la Corte IDH.

Resulta de gran importancia dar a conocer el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, del 2014. Este caso tiene gran relevancia para el tema aquí tratado, toda vez que, se trata del juzgamiento de un alto funcionario por el tribunal supremo de Suriname, y en donde no se pudo impugnar la sentencia condenatoria dada la inexistencia de recursos ordinarios idóneos y eficaces que permitan una revisión integral de éste. En este caso, la honorable Corte IDH recordó que el hecho de ser juzgado por el tribunal de cierre no es garantía alguna de que el fallo no contenga yerros o vicios y por ende se debe garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Al respecto la Corte manifestó qué:

103. Sin embargo, la Corte verifica que no existió ningún recurso ante el máximo órgano de justicia que juzgó al señor Alibux que pudiera ser interpuesto a efectos de garantizar su derecho a recurrir el fallo condenatorio, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 8.2(h) de la Convención Americana. En este sentido, la Corte considera que si bien fue la Alta Corte de Justicia la que juzgó y condenó al señor Alibux, el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios. En razón de lo anterior, aun cuando el procedimiento penal en instancia única estuvo a cargo de una jurisdicción distinta a la ordinaria, el Estado debió garantizar que el señor Alibux contara con la posibilidad de que la sentencia adversa fuera recurrida, con base en la naturaleza de garantía mínima del debido proceso que dicho derecho ostenta. La ausencia de un recurso, significó que la condena dictada en su contra quedará firme y por ende, el señor Alibux cumpliera una pena privativa de la libertad.

104. Al respecto, el Tribunal estima pertinente ratificar la importancia de la existencia de un recurso que permita la revisión de una sentencia condenatoria, sobre todo en procesos penales, en donde otro grupo de derechos pueden verse limitados, especialmente

el derecho a la libertad personal de un individuo, es decir que significa una garantía del individuo frente al Estado.

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[25].

En el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (2009), en el cual se trata el tema de los aforados, la Corte IDH indicó que por más que el Estado tenga derecho a establecer fueros especiales para el juzgamiento, no puede negar, limitar o menoscabar el derecho del funcionario aforado a recurrir el fallo condenatorio:

"88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que 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 del justiciable

89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión 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.

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. 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

[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf

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[26].

En el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004), se estableció que los Estados tiene la potestad de consagrar normativamente y de asegurar la aplicación de los recursos efectivos, los cuales se catalogan como una garantía mínima al cual tiene derecho todas las personas sin distinción alguna:

"145. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. (…)
157. El artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". (…)
158. La Corte considera 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. (…)
166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó […] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación […], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto[27]*. (…)"*

Con el caso Mohamed Vs. Argentina, se ratifica que el derecho a recurrir un fallo condenatorio es una garantía mínima que toda persona tiene sin importar en que instancia se haya proferido la sentencia:

"89. (…) Sobre este aspecto del derecho a recurrir del fallo, tanto la Comisión como los representantes (supra párrs. 65 y 67) entienden que es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia.

[26] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf.
[27] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

(…)

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[28]*."*

Tras estudiar, lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, así como, lo expuesto tanto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte IDH, queda más que comprobado que el Estado colombiano no está cumpliendo sus obligaciones internacionales en pro de la defensa y garantía de los derechos de los altos funcionarios con fuero.

Así las cosas, se ratifica que los funcionarios aforados del Estado colombiano tienen pleno derecho a que se les permita el acceso a la doble instancia esto es impugnando la sentencia judicial proferida en su contra. Toda vez que, el ser juzgados por el máximo tribunal de la justicia ordinaria, la Corte Suprema de Justicia, no implica un debido proceso que dé como resultado un juicio justo e imparcial y acorde al derecho, exento de toda falla, vicio o errores judiciales; y menos que se les pueda desconocer el derecho a la revisión integral del fallo condenatorio por parte de un tribunal diferente al que lo profirió.

Así mismo, el artículo 29 de la Constitución Política expresamente establece que en materia penal toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria, toda vez que la doble instancia en materia penal hace parte del contenido esencial del debido proceso[29].

Por lo tanto, los artículos 235 de la Constitución Política de 1991, el artículo 75 de la ley 600 del 2000 y el artículo 32 de la ley 9006 del 2004 no solo desconocen derechos que son universales, sino adicionalmente derechos fundamentales que expresamente se han consagrado en la legislación interna como internacional reconocidos por Colombia.

2.2. Doctrina colombiana

La limitación a las garantías procesales de los funcionarios aforados en Colombia (derecho a impugnar y acceso a una segunda instancia), no solamente ha sido tratada por la jurisprudencia de las Altas Cortes. En contravía a lo manifestado por estas, la doctrina colombiana ha expresado su preocupación frente al tema y ha abogado para que dicha limitación y discriminación a los aforados se corrija.

---

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. http://www.csjn.gov.ar/data/cmcidh.pdf

[29] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-718 del 18 de septiembre de 2012. Magistrado Ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Pág. 22. 2012.

De modo tal, que al garantizárseles a los funcionarios aforados el derecho a impugnar una sentencia judicial y acceder a una segunda instancia se estaría no solamente garantizando las garantías y derechos judiciales de éstos sino que garantizaría una decisión judicial justa, acorde con el derecho e igualmente enmendar las fallas y errores judiciales, permitiendo la corrección de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión impugnada en el evento de entrar a subsanarlos[30].

Así mismo, la doctrina califica esta violación a los derechos de los aforados como un producto de una interpretación anacrónica que contraria las disposiciones internacionales sobre la materia, a las cuales Colombia se ha sometido de forma libre y voluntaria.
Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez ejemplifican la postura de los doctrinantes colombianos frente al tema. Estos autores señalan qué:

> *"El derecho a impugnar una sentencia, más que una cuestión de orden procedimental, es un derecho que asiste a todo procesado por la mera condición de ser humano sin distingos de ninguna índole. De manera, que la condición de congresista y la ostentación de un fuero parlamentario no constituyen limites a esa garantía.*
>
> *La posibilidad de recurrir una sentencia, atiende a la insuperable falibilidad humana de la que no es inmune ningún juez, sea de instancia o de cierre.*
>
> *Las consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana en punto del carácter relativo del derecho a impugnar una sentencia, no encuentran asidero con las interpretaciones y el alcance que sobre el mismo, otorgan los tratados y organismos internacionales sobre Derechos Humanos.*
>
> *La perpetuación de esta posición anacrónica al interior de la justicia nacional, constituye un manifiesto desconocimiento de tratados internacionales sobre Derechos Humanos que tienen carácter vinculante y tienen prevalencia o el orden interno*[31]*."*

3. Cambio jurisprudencial sin repercusión alguna.

[30] Comparar lo expuesto por los siguientes doctrinantes: Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. El Proceso Penal, fundamentos constitucionales y teoría general. (Vol. I). Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. (2013); Espitia Garzón, F. Instituciones de Derecho Procesal Penal (3 ed.). Bogotá, Colombia: LEGIS Editores S.A. (2002); López Blanco, H. F. Procedimiento Civil (9 ed., Vol. I). Bogotá, Colombia: DUPRE Editores Ltda. (2005); Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez, C. E. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. (2011) y; Urbano Martínez, J. J. El principio de inmediación en segunda instancia. Derecho Penal y Criminología (89). (2009).

[31] Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez, C. E. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. (2011)

En este punto, debemos indicar, que la Corte Constitucional de Colombia, en el año 2014, se pronunció respecto al derecho a impugnar las sentencias condenatorias. La Corte reconoció 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".*[32] Y por ende, el derecho a impugnar una sentencia condenatoria *"se trata entonces de un derecho constitucional y convencional, cuyo sujeto activo es la persona que ha sido condenada en un proceso penal"*[33].

Al ser considerado como un derecho fundamental, el derecho a impugnar una sentencia condenatoria, la Corte indica que en este escenario está vedado la imposición de cualquier limitación, salvedad o excepción, contrario a si se estuviera hablando de un principio o directriz general. En ese orden de ideas, la Corte expresa que el acceso a la doble instancia tiene el estatus jurídico de una orientación general y por ende no es absoluto, contrario al derecho a impugnar una sentencia condenatoria en materia penal[34].

Así pues, en materia penal existe una garantía reforzada para que la persona condenada pueda impugnar el fallo condenatorio en su contra, esto implica una revisión del fallo más allá de los aspectos formales o jurídicos de la condena[35]. De allí, que la Corte considera que para garantizar adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> *"el condenado debe poder cuestionar la decisión judicial y todos sus elementos determinantes, y que el análisis del juez debe versar sobre todas las bases normativas, probatorias y fácticas de la sentencia. En este entendido, cuando la revisión recae sobre aspectos puntuales del fallo, y no permite una nueva aproximación a la causa considerada en su conjunto, no garantiza adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."*

La Corte Constitucional continúa su análisis respecto al derecho de impugnación y argumenta qué:

> *"En primer lugar, con esta previsión se garantiza que toda sentencia condenatoria expedida en el marco de un proceso penal pueda ser controvertida por quien ha sido declarado penalmente responsable, sin que en ningún caso la estructura del proceso penal, el número de instancias que se surtan en el juicio, el tipo de infracción cometida o la sanción impuesta, pueda ser invocada para establecer una excepción a los derechos de defensa y de contradicción. Así las cosas, toda sentencia que determina la*

---

[32] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.26

[33] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.26

[34] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.27

[35] Comité de derechos humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf

responsabilidad penal e impone la correspondiente sanción, debe poder ser recurrida, independientemente de cualquier otra consideración[36]*."*

Lo anterior implica, que cualquier persona, sin importar el procedimiento penal y el número de instancias al que sea sometido, de recibir un fallo condenatorio en su contra tiene el derecho y la garantía reforzada de acudir a un recurso efectivo para impugnar dicha sentencia[37], y que aquella impugnación sea estudiada por un juez u operador jurídico distinto al que impuso la condena *(Doble conformidad*). Como resultado de lo anterior, el 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" [38].

Sin embargo, a pesar de que la Corte Constitucional (precedentes con carácter obligatorio) reconoció el derecho que tiene toda persona de impugnar un fallo condenatorio, se sigue desconociendo en el ordenamiento interno del Estado colombiano el derecho que como persona tienen los funcionarios con fuero constitucional. En el apartado anterior, se señaló que las Altas Cortes de Colombia argumentan que por ser los aforados juzgados por el máximo tribunal de la justicia ordinara no se les viola el derecho a la impugnación y la doble instancia, entre otros, por existir la acción de tutela y la revisión a las cuales podrían acudir para controvertir el fallo condenatorio.

No obstante, la Corte Constitucional, en el año 2014, reconoció igualmente que para un efectivo ejercicio del derecho de impugnación es fundamental la existencia en el ordenamiento jurídico, de mecanismos procesales:

"Robustecidos y amplios que permitan atacar las bases normativas, fácticas y probatorias de la condena. Si se entiende, por ejemplo, que los recursos están atados a conjunto cerrado de causales de procedencia establecido previamente en el derecho positivo, no sólo no sería viable la impugnación de todo fallo condenatorio, como lo exige el ordenamiento superior, sino únicamente aquellos cuya presunta irregularidad coincide con alguna de las previstas expresamente en el derecho legislado, sino que además, se restringiría el espectro material de la facultad constitucional, porque se impediría que el condenado cuestione cualquiera de las bases normativas, probatorias o fácticas de la decisión judicial[39]*."*

---

[36] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.37

[37] Recurso efectivo para impugnar a la sentencia se debe entender como un recurso sin limitación alguna que permita el ejercicio a plenitud del derecho a la defensa y contradicción. Es decir, que permita que el condenado controvierta tanto el contenido de la decisión judicial, como sus fundamentos normativos, fácticos y probatorios, para que a partir de los cuestionamientos del recurrente, el juez efectúe una revisión integral del caso y de la providencia condenatoria. Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág. 37.

[38] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.38

[39] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Págs.61-62

Bajo este precepto, y tras analizar individual y separadamente el recurso de casación, la acción de tutela y la acción de revisión contra las sentencias judiciales, la Corte Constitucional ha indicado y reconocido que estos mecanismos no satisfacen los estándares del derecho a la impugnación, no son idóneos ni eficaces por si solos[40]. Puesto que aduce que:

> *"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[41]."*

Como resultado del anterior análisis, la Corte exhortó:

> *"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[42]."*

Pese a este pronunciamiento, y cumplido el año de plazo que otorgó la Corte Constitucional al Congreso de la República de Colombia, el órgano legislativo no expidió la ley interna que permitiera garantizar de forma efectiva e idónea el derecho a impugnar una sentencia condenatoria emitida en única instancia o en juicios de dos instancias[43].

Frente a esta omisión, varias personas aforadas a las que se les había vulnerado el derecho a recurrir el fallo impugnaron sus sentencias, amparados en la consecuencia jurídica establecida por la Corte Constitucional en el numeral segundo del resuelve que planteaba expresamente que *"De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias"*[44].

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia a través del comunicado 08/16 declaró que la consecuencia impuesta por el fallo de la Corte Constitucional era 'irrealizable', pues ni la mencionada Corte, ni ninguna otra autoridad judicial contaban con las facultades para definir las

---

[40] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Págs.70-74

[41] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.72

[42] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág.74

[43] Qué pasó con la doble instancia para aforados? Encontrado en el sitio web: https://laotracara.co/destacados/que-paso-con-la-doble-instancia-para-aforados/

[44] Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág. 77.

reglas que permitieran poner en práctica dicho fallo, pues en su convicción, al ser la Corte Suprema de Justicia el máximo tribunal de la justicia ordinaria en Colombia, les era imposible la creación de un superior jerárquico que revisara sus sentencias, calificando como un despropósito lo resuelto por la Corte Constitucional[45].

Ante la controversia que se generó, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-215/16 delimitó los efectos de la sentencia C-792 de 2014, expresando que dicha sentencia *"solo es aplicable a los casos que reúnan tres condiciones: (i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, (iii) y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016."*[46]. Determinación, que perjudico a los aforados constitucionales condenados, pues se realizó una interpretación en contravía del principio de favorabilidad, que los margina a continuar siendo víctimas de la falla estructural en estudio, viéndose impedidos a hacer uso de sus derechos fundamentales a la impugnación y a la doble instancia.

A pesar de esta nueva interpretación restrictiva, la Corte Constitucional reiteró que era en cabeza del Congreso de la República, la entidad en la que recaían las facultades legales y constitucionales para regular la falla que se presenta, escenario bajo el cual se hace procedente la radicación del presente proyecto de acto legislativo.

Ahora bien, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional fue objeto de varios salvamentos de voto por parte de los magistrados, quienes realizaron importantes observaciones a saber:

El magistrado Luis Ernesto Vargas Silva presentó salvamento de voto parcial, por considerar que la carencia de un superior jerárquico o funcional respecto de la Corte Suprema de Justicia, así como la imposibilidad de esta corporación judicial "para definir reglas procesales que habiliten la doble conformidad de sus decisiones" genera la imposibilidad de garantizar la impugnación de las condenas impuestas por primera vez por la Sala de Casación Penal, hasta tanto el legislador no establezca la forma de hacerlo.

Por otra parte, el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub salvó el voto, advirtiendo sobre la manifiesta vulneración de los artículos 29 de la Constitución, 8.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también lo señalado por la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014.

Lo anterior por cuanto: 1) el exhorto contemplado en la sentencia C-792 de 2014 estableció que procede la impugnación frente a todas las sentencias condenatorias, sin distinguir entre las proferidas en vigencia de la Ley 600 y las dictadas bajo la Ley 906 de 2004, de manera

---

[45] Ver. Corte Suprema de Justicia. Comunicado 08/16 Sala Plena. Disponible en: http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/04/28/comunicado-0816-sala-plena/ . Fecha de Consulta: 6 de mayo de 2016.

[46] Ver Pág. 46. Corte Constitucional. Sentencia SU-215/16 de 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente, María Victoria Calle Correa.

que todos los ciudadanos tienen derecho a impugnar la sentencia condenatoria; 2) afirmó que la Sala Plena desatendió lo señalado en la Sentencia C-792 de 2014, retomando la posición anti garantista que desconoce claramente que el artículo 29 de la Constitución señala que todo ciudadano tiene derecho a "impugnar la sentencia condenatoria"; 3) resaltó que no es correcto afirmar que los casos tramitados por la Ley 600 de 2000 se rijan en este momento por lo señalado en la sentencia C-998 de 2004 (que negó la doble instancia), pues la sentencia C-792 de 2014 suprimió dicha jurisprudencia y creó un nuevo estándar de protección, apartándose plenamente de lo señalado en la C-998 de 2004; 4) adujo que es contradictorio no conceder la acción de tutela y al mismo tiempo permitir que se presente otra tutela para subsanar el déficit de protección del derecho a la impugnación, pues ello implica reconocer abiertamente que se está violando la Constitución. Al respecto también destacó que esta solución desconoce la Sentencia C-792 de 2014, pues ésta señaló expresamente que la tutela y la revisión no eran suficientes para garantizar la doble instancia; 5) destacó que la Corte ha vulnerado lo establecido de manera clara por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen de manera incuestionable que toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria. Finalmente, concluyó el magistrado Pretelt Chaljub que los accionantes, así como también otras personas a quienes se les haya negado o se les niegue el derecho a impugnar el fallo condenatorio, pueden acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la protección de sus derechos por la clarísima violación de los artículos 8.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del precedente de la Sentencia del Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.

En conclusión, la posición de las altas Cortes implica que en Colombia se siga desconociendo e infringiendo lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos respecto al derecho a impugnar una sentencia condenatoria y tener acceso a una doble instancia. Dado que hoy en día, a los funcionarios aforados, por la importancia de su cargo e investidura se le limitan derechos que se constituyen internacionalmente como una garantía mínima de todas las personas y que exigen que los Estados tomen las medidas necesarias para procurar y asegurar que estos derechos no se vean trasgredidos. No obstante, el gobierno colombiano no ha tomado ninguna medida que propenda por la corrección de esta flagrante violación a los derechos de los aforados.

4. Violación trasversal de los derechos humanos de los aforados.

Como ya se indicó, en Colombia, contra las sentencias de única instancia no procede recurso alguno y, los recursos extraordinarios o subsidiarios, fueron considerados como no pertinentes e ineficaces para garantizar el derecho a la impugnación. No obstante, los aforados recurren, por lo general, a interponer una acción de tutela contra la sentencia de única instancia emitida por la Corte Suprema de Justicia.

Pero, los problemas y desventajas que enfrentan los funcionarios-aforados condenados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es que la acción de tutela, en primer lugar tiene unas causales específicas de procedencia (vías de hecho), y conforme a la reglamentación de la misma,

en primera instancia, es de conocimiento de la Sala Civil de la Corte y la impugnación se surte ante la misma Corte Sala Laboral; en un principio estas salas mantuvieron la postura de la inmutabilidad de las sentencia – cosa juzgada- por lo que se abstenían de su revisión; posteriormente dieron paso al rechazo de la tutela por lo que se debía acudir a las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores de la Judicatura, entidades que le dan el trámite que corresponde pero cuyas pretensiones no son consideradas, pues se ha evidenciado que, regularmente se acude a la transcripción de lo indicado en la respectiva sentencia; por último, por disposición legal es enviada en revisión a la Corte Constitucional y su no escogencia implica que el actor pueda acudir a través de la insistencia para intentar nuevamente en que se proceda a su escogencia para su eventual revisión, lo que no se garantiza que se controvierta en profundidad y a cabalidad todo el proceso. Lo particular, es que el fallo de tutela tanto en primera como en segunda instancia es producido por los magistrados de diferentes salas – Civil y Laboral- pero sus nombramientos provienen de votos de sus compañeros que conforman la sala Penal y viceversa.

Dado que los derechos fundamentales son inherentes a todas las personas sin exclusión alguna, la restricción arbitraria e injusta impuesta contra los funcionarios aforados de no poder impugnar el fallo condenatorio en su contra y por ende la negación de acudir a una segunda instancia para su revisión, trae consigo un efecto domino en donde se le desconocen toda una serie de derechos fundamentales a los aforados constitucionales.

Los derechos humanos tienen la característica de ser conexos e interdependientes, de allí que el desconocimiento, limitación y/o trasgresión de un derecho impacte negativamente en otros derechos fundamentales.

El desconocimiento del derecho de los aforados a impugnar un fallo condenatorio, afecta gravemente el derecho a la igualdad, pues se desconoce su calidad de persona y se le impone una limitación en función a su cargo público, implicando una discriminación negativa. Igualmente, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia "Cuyo contenido nutren, entre otras, las garantías de separación entre juez y acusación, la posibilidad de participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas y por supuesto, la posibilidad de impugnar el fallo judicial que define la causa" permitiendo, esta última, la "Verificabilidad y refutabilidad de la que no pueden ser inmunes las hipótesis judiciales. De ahí, que la pluralidad de grados de un juicio activable por las partes insatisfechas, se erija como un mecanismo de control de las decisiones al que puede acceder todo procesado"[47].

Así mismo, se afecta el derecho a la defensa, toda vez que se le impide controvertir ante un tribunal imparcial e independiente un fallo condenatorio que por más que haya sido proferido por el tribunal de cierre, subsiste la posibilidad de que haya sido erróneo. De igual modo, se limita el derecho a acudir a un recurso efectivo, ya quedó demostrado que, en el ordenamiento colombiano los recursos y/o acciones ordinarias como extraordinarias no son idóneos para una adecuada e integra revisión del fallo condenatorio como del proceso en general.

[47] Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez, C. E. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. (2011)

Esta cadena consecutiva de violaciones evidencia que el debido proceso o garantías judiciales de los aforados constitucionales se encuentran gravemente lesionadas y limitadas. Toda vez que en el Estado colombiano se sigue manejando una interpretación y aplicación anacrónica y acomodaba de lo que es el núcleo básico del derecho a impugnar un fallo condenatorio y acceder a una segunda instancia.

Interpretación y aplicación que se aleja de la obligación como estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana, en cuanto a la armonización de las disposiciones internas con base a lo dispuesto en los tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos que vía bloque de constitucionalidad priman en el Estado colombiano.

Es por lo expuesto que, se observa la necesidad de que en Colombia se regule y se garantice el derecho a una doble instancia y al recurso efectivo para los funcionarios aforados, con forme a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

REFERENCIAS

B

- Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. El Proceso Penal, fundamentos constitucionales y teoría general. (Vol. I). Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. (2013)

C

- Cardona, Libardo. ¿Cómo está la "parapolítica" en Colombia?. Publicado en la Revista Semana. Encontrado en el sitio Web: http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/como-esta-parapolitica-colombia/103801-3
- CCPR/C/82/D1073/2002, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.4.
- Centro internacional para la justicia internacional & Asdi. Procesos contra aforados constitucionales –parapolítica. Encontrado en la página web: http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/Libro%20parapol%C3%ADtica%20CSJ.pdf. Pág. 95. 2010.
- Comité de derechos humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf
- Comunicado 08/16 Sala Plena. Corte Suprema de Justicia. Disponible en: http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/04/28/comunicado-0816-sala-plena/
- Constitución Política de Colombia de 1991
- Corte Constitucional. C- 545 del 28 de mayo de 2008. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Pág. 15. 2008
- Corte Constitucional. C-142 de abril 20 de 1993, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. 1993.

- Corte Constitucional. C-245 de junio 3 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-718 del 18 de septiembre de 2012. Magistrado Ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Pág. 22. 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Pág. 54.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-215 de 15 de abril de 2016. Magistrado Ponente, María Victoria Calle.
- Corte Constitucional. Sentencia C-934 del 15 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa. 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. http://www.csjn.gov.ar/data/cmcidh.pdf
- Corte Suprema de Justicia. Comunicado 08/16. http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/04/28/comunicado-0816-sala-plena/

E

- El Tiempo. Escándalo de la 'parapolítica' completó 51 congresistas involucrados y 29 presos. Encontrado en el sitio web: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4085772
- Espitia Garzón, F. Instituciones de Derecho Procesal Penal (3 ed.). Bogotá, Colombia: LEGIS Editores S.A. (2002)

L

- Lidia Molina Gómez, "Aforamiento y doble instancia penal de los pactos internacionales de derechos humanos a la interpretación de nuestros tribunales" Trabajo Fin de Master dirección del Profesor D. Javier Román Pastor, como parte del programa formativo que conduce a la obtención del Título de Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Alicante. 2013
- López Blanco, H. F. Procedimiento Civil (9 ed., Vol. I). Bogotá, Colombia: DUPRE Editores Ltda. (2005)

M

- Moreno Ortiz & Lozano Martínez. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

O

- ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Jesús Terrón c. España, Comunicación No. 1073/2002, UN Doc.
- ONU, Comité de Derechos Humanos, Cfr. Caso Luis Hens Serean y Juan Ramón Corujo Rodríguez Vs. España, Comunicación No. 1351-1352/2005, U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, 25 de marzo de 2008, párrs. 9.2.
- ONU, Comité de derechos humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf

Q

- Qué pasó con la doble instancia para aforados? Encontrado en el sitio web: https://laotracara.co/destacados/que-paso-con-la-doble-instancia-para-aforados/

S

- Sala de Casación Penal. Auto del 18 de febrero de 1997 (Proceso Rad. 10684), Corte Suprema de Justicia. 1997
- Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

U

- Urbano Martínez, J. J. El principio de inmediación en segunda instancia. Derecho Penal y Criminología (89). (2009).

V

- Verdadabierta.com. De la curul a la cárcel. Encontrado en el sitio web: http://www.verdadabierta.com/component/content/article/63-nacional/4800-de-la-curul-a-la-carcel
- Villadiego Burbano, Carolina. Juzgar a altos funcionarios. Publicado en marzo 6 de 2015. Encontrado en el sitio web: http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2498

De los Honorables Congresistas,

Jaime Amín Hernández
Senador de la República