

## EL JUICIO CRIMINAL DE ÚNICA INSTANCIA Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES

---

*Luis Javier Moreno Ortiz*

*El crimen hace iguales a todos los contaminados por él.*  
Marco Anneo Lucano.

SUMARIO: *Introducción. Alcance, fuentes y metodología. 1. Planteamiento del problema.* § 1. *El error y la revisión.* § 2. *Examen preliminar de fuentes.* § 3. *El problema a resolver.* § 4. *El principio de la doble instancia.* § 5. *El principio de la libre configuración del legislador.* **2. Análisis jurisprudencial.** § 6. *Sentencia C-142 de 1993.* § 7. *Sentencia C-561 de 1996.* § 8. *Sentencia C-411 de 1997.* § 9. *Sentencia C-873 de 2003.* § 10. *Sentencia C-934 de 2006.* § 11. *¿El preludio de un cambio?* **3. Conclusiones.** § 12. *El problema general de la prevalencia y sus implicaciones.* § 13. *El conflicto entre principios limitados.* § 14. *En busca del equilibrio.*

*Introducción.* En los últimos días se ha generado una avalancha mediática en torno de los procesos que adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contra algunos congresistas vinculados a los grupos armados irregulares. El escándalo, que empezó por la investigación de los nexos existentes con los grupos "paramilitares", ahora parece cernirse sobre la otra parte del asunto: los nexos con los grupos "guerrilleros". Esta coyuntura ha puesto sobre la mesa, entre otras muchas cuestiones, la de la constitucionalidad de los procesos de única instancia, especialmente de los que se surten en materia criminal. Más allá de los argumentos en pro o en contra, lanzados *ad hoc* y *ad hominem*, la cuestión merece ser estudiada con detenimiento y amplitud, así ello se haga, de momento, sólo en materia criminal.

*Alcance, fuentes y metodología.* Este ensayo pretende realizar una aproximación intelectual analítica y sustentada al fenómeno de los

procesos de única instancia en materia criminal, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, como es Colombia, según los referentes históricos y jurídicos que le brindan su contexto. Para cumplir con ese propósito se acudirá a la Constitución Política, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia y a la ley procesal penal, que determina lo relativo a competencias y procedimientos. Además, en trabajos posteriores se estudiarán más a fondo dos temas complementarios: el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales, y el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. El primero incluirá el tema de la acción de tutela, en este caso contra sentencias. El segundo revisará el establecimiento del sistema penal acusatorio, que separa la investigación criminal del juzgamiento. El método a emplear en este escrito es el histórico analítico: el punto de partida es el planteamiento del problema y la presentación de las alternativas de solución; el desarrollo está dado por el análisis de su evolución en el tiempo y por la consideración de las cuestiones marginales incidentes; la finalización se plasma en un capítulo de conclusiones, en el cual a partir del análisis se verifican o invalidan las hipótesis planteadas como alternativas de solución.

## **1. Planteamiento del problema.**

*El hombre que ha cometido un error y no lo corrige  
comete otro error mayor.*  
Confucio.

§ 1. *El error y la revisión.* El error es un compañero constante en el ejercicio de vivir. De errar sólo nos libra la muerte. El errar, dadas las carencias y limitaciones del hombre es inevitable, no tiene remedio, pero permanecer en el error, ser constante en el yerro, es algo que se puede corregir, que sí tiene remedio. Los jueces, en tanto hombres, pueden errar. Su error trasciende la mera existencia individual y afecta, de manera grave, a otra persona en su vida, en su libertad, en sus derechos o en su patrimonio. La profunda necesidad humana de corregir los errores, que lleva a los hombres a revisar constantemente sus actos, es el fundamento del principio de la doble instancia, en virtud del cual toda persona tiene

derecho a que la decisión que la afecta sea revisada por otro juez (*judicial review*), en ejercicio de un recurso, a fin de que éste remedie, de ser necesario, el yerro que se haya podido cometer en su caso. No obstante, a nadie le gusta reconocer sus errores, o siquiera considerar que los comete, pues ello implica un grado de humildad que no está dispuesta a otorgar nuestra soberbia, más aún si se trata de una autoridad elevada. La soberbia aconseja mantener el error, perseverar en él, negarlo todo, actuar como si la vida fuera perfecta.

§ 2. *Examen preliminar de fuentes.* La Constitución Política acoge el principio de la doble instancia en su artículo 31, al establecer como regla que "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada", aunque lo restringe al permitir que la ley consagre excepciones al mismo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 8, establece el derecho que tiene toda persona "a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales"; en su artículo 10 establece el derecho a ser juzgada por "un tribunal independiente e imparcial" tanto para la determinación de sus derechos como para "el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 1, establece el derecho a ser juzgado por un "tribunal competente, independiente e imparcial" en asuntos civiles y criminales; en el numeral 5, *ibidem*, se consagra el derecho "a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto [a la persona declarada culpable] sean sometidos a un tribunal superior". La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 2, establece el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades por ella reconocidos; en su artículo 8, numeral 1, consagra el derecho de toda persona a ser juzgada por un "tribunal competente, independiente e imparcial", tanto en la "sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella" como para "la determinación de derechos"; en el numeral 2, literal h, del citado artículo 8, se establece como garantía mínima: "el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"; en su artículo 25, establece el derecho a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que

actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". En el tema puntual de la doble instancia, son relevantes el artículo 31 de la Constitución, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

§ 3. *El problema a resolver.* No hay duda alguna respecto de que el principio de la doble instancia ha sido acogido explícitamente por la Constitución Política. Tanto el citado artículo 31, como el artículo 93, que permite incorporar dentro del bloque de constitucionalidad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son claros en ese punto. Empero, si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta permite que la ley establezca excepciones a este principio, no lo es menos que el Pacto y la Convención establecen el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, derecho que es considerado por la Convención como una garantía mínima. El problema se plantea a partir de la circunstancia de que dos referentes normativos: la Constitución y dos tratados, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, parecen entrar en conflicto, pues una permite excepciones al principio de la doble instancia y las otras lo establecen como derecho no restringible, e incluso como garantía mínima. El problema consiste en saber si el derecho a una doble instancia, en materia criminal, puede ser limitado por la ley, y en caso de que así ocurra, de qué manera y bajo qué parámetros puede limitarse.

§ 4. *El principio de la doble instancia.* El error, pese a nuestros arrebatos vanidosos, se manifiesta en la vida con más frecuencia de lo que sería deseable. Sobre una base empírica, si se quiere ontológica: el error de los jueces, se ha erigido una estructura teórica, que puede tenerse como deontológica: la administración de justicia. Los jueces están organizados jerárquicamente, de inferior a superior. El fundamento de esta jerarquía es, además de la necesaria unificación jurisprudencial, que los superiores puedan revisar y, si es del caso, remediar, los yerros cometidos por los inferiores. Privar a una persona de la garantía de que su caso será revisado por un juez superior, así se trate de una privación establecida por la ley, constituye una vulneración del principio de la doble instancia. Cuando la decisión ha sido tomada por el juez superior en la jerarquía, en única instancia, subsiste la posibilidad de que esta haya sido errónea y el consiguiente deber de remediarla, por lo que se impone la necesidad de contar con un mecanismo que permita su revisión por otro juez, si se

quiere respetar el principio de la doble instancia y, de paso, amparar a la persona contra la violación de sus derechos. Ningún error judicial es desdeñable, pues tiene incidencia grave en la vida, los derechos o el patrimonio de quien lo padece, de ahí que el principio de la doble instancia se encuentre establecido como una garantía mínima para las personas, que no puede ser desconocida en ningún caso ni por las autoridades ni por las leyes. Del riesgo de errar no están libres los jueces superiores o los máximos, pues al ser también humanos, es posible que sus decisiones ameriten ser revisadas y, si es del caso, remediadas. Por tanto, en principio no es posible establecer excepciones al derecho a la doble instancia, mucho menos si se trata de asuntos criminales.

§ 5. *El principio de la libre configuración del legislador.* La adopción de un principio puede ser plena o parcial, la diferencia estriba en la posibilidad de establecer restricciones al mismo. La autorización de crear excepciones a un principio, concretado en un derecho, implica una adopción parcial del mismo, es decir: éste sólo se aplica en algunos casos, quizá en la mayoría, pero no en todos. La diferencia entre unos y otros está dada por la ley, dentro de la órbita de acción propia del legislador. No obstante, podría preguntarse si el poder de crear excepciones tiene a su vez excepciones, valga decir: límites, o se trata de un poder libre. El principio de la libre configuración del legislador sostiene que la ley puede establecer las excepciones que considere adecuadas, sin limitaciones. Además, se debe tener en cuenta en este asunto que el riesgo del error es más considerable en los jueces inferiores que en los superiores, cuya experiencia y talento marcan una diferencia. Por lo tanto, si el legislador ha decidido que los procesos tramitados ante los jueces deben serlo en única instancia, ello constituye una excepción válida al principio de la doble instancia. Este aserto es aún más firme si la única instancia se surte ante los jueces máximos dentro de la jerarquía jurisdiccional.

## **2. Análisis jurisprudencial.**

*Hay un remedio para las culpas, reconocerlas.*  
Franz Grillparzer.

§ 6. *Sentencia C-142 de 1993.* Al poco tiempo de haber entrado en vigencia la Carta de 1991, el 10 de marzo de 1992, el conflicto entre

el principio de la doble instancia y el principio de la libre configuración del legislador, con ocasión del juzgamiento criminal de altas autoridades del Estado, fue planteado a la Corte Constitucional por el ciudadano Gregorio Rodríguez Vásquez, quien demandó los artículos 175, 186 y 235 de la Constitución, 68.8 del Decreto 050 de 1987, 68 del Decreto 100 de 1980, 319.2 del Decreto 2250 de 1988, 34, 45, 68.6, 123.1 y 202 del Decreto 2700 de 1991, según se da cuenta en el expediente D-089. La demanda contra las normas constitucionales fue parcialmente rechazada por la Corte, quedando el ataque reducido a los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penal Militar. El demandante cita en su respaldo el artículo 14 del Pacto y el artículo 8 de la Convención, y sostiene que los juicios de única instancia violan lo dispuesto en pactos internacionales sobre derechos humanos que, según el artículo 93 de la Carta, prevalecen en el orden interno. Por ello, cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia juzga en única instancia a los altos funcionarios del Estado, viola una garantía mínima que tienen las personas y que prevalece en nuestro derecho. El abogado Raúl Criales Martínez, que interviene como apoderado del Ministerio de Justicia, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas argumentando: que los temas procesales son de competencia de la legislación interna, conforme al tratado de Montevideo de 1889; que los instrumentos internacionales, al incorporarse a nuestro derecho mediante una ley aprobatoria, deben estar conformes a la Constitución y, por tanto, no prevalecen sobre ella; y que el artículo 31 de la Carta permite a la ley establecer excepciones al principio de la doble instancia.

El Procurador toma partido por la exequibilidad de las normas demandadas. Su posición se funda en: la prevalencia de la Constitución sobre los tratados internacionales, pues considera que el Estado tiene la "potestad soberana" de consagrar en su Constitución excepciones a los derechos establecidos por instrumentos internacionales, incluso en el caso de los derechos humanos, cuando se trate de "presupuestos axiológicos y estructurales del Estado mismo", como sería la existencia de un máximo tribunal, que no puede tener un superior; la inviabilidad de revisar la competencia de ese máximo tribunal, ya que ello sería revisar la constitucionalidad de la Constitución misma; la igual jerarquía que tienen a su juicio la Sala Penal y la Sala Plena dentro de la Corte Suprema de Justicia; y la garantía de imparcialidad y calidad que significa el ser juzgado por el tribunal máximo, que es, además, colegiado.

La Corte Constitucional resolverá el asunto en la sentencia C-142 del 20 de abril de 1993, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, declarando exequibles las normas demandadas. La sentencia comienza por estudiar el tema del debido proceso, del cual destaca cuatro principios fundamentales: i) preexistencia de la ley, ii) tribunal competente, iii) observancia plena de las formas de cada juicio y iv) nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, y precisa que en materia penal el debido proceso también tiene estos principios: v) favorabilidad, vi) presunción de inocencia, vii) derecho a la defensa, viii) asistencia de un abogado, ix) proceso sin dilaciones injustificadas, x) derecho a presentar pruebas, xi) derecho a controvertir pruebas, xii) derecho a impugnar la sentencia condenatoria y xiii) non bis in idem.

Centrado hábilmente el asunto por la Corte en el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, la prosperidad de la demanda se hace depender de "la inexistencia de tal derecho en la legislación colombiana". Así, pues, el asunto se reduce a una palabra: "impugnar", que a juicio de la Corte, siguiendo el diccionario de la RAE, significaría "oponerse con razones a lo resuelto en ella [la sentencia], en general interponer un recurso". El impugnar a que se refiere el artículo 29 de la Carta es, según la Corte, el genérico, pues no hay un entendimiento particular del verbo ni se menciona recurso alguno. Enseguida, al pasar revista al derecho colombiano, a fin de decidir la prosperidad de la demanda, la Corte encuentra que en el procedimiento penal existen varios medios de impugnación de las sentencias, a saber: la acción de revisión, el recurso de casación y la nulidad de los actos procesales.

La revisión, sea recurso como antaño o acción como hogaño, es para la Corte un medio de impugnación que procede frente a sentencias ejecutoriadas, sin distinguir si se trata de única, primera o segunda instancia. Poco importa que se trate de un medio de impugnación, para seguir con su terminología, limitado a unas estrictas y restrictivas causales, que en muchos casos hacen imposible el examen integral de la decisión tomada, pues para el propósito de impugnar sirve, sea mucho o poco no importa, sirve en todo caso y basta. Que el recurso de casación sea un recurso extraordinario, limitado, tanto o más que la revisión, por estrictas causales, poco importa a la Corte, pues para el caso da lo mismo, con él también es posible impugnar las sentencias, ya la ley establece que la

Sala Penal, "discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del Procurador, su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Y, así no lo manifieste explícitamente la Corte, la Sala Penal, faltaría más, es muy discreta, tan discreta que a su juicio "hay que concluir el recurso de casación se ha convertido en una manera, casi ilimitada, de corregir errores judiciales que vulneren derechos fundamentales". Si los medios de impugnación extraordinarios no funcionan, la Corte tiene un as bajo la manga: la nulidad de los actos procesales. Sus aparentemente escuetas y restrictivas causales, resultan de pronto generosas, pues según la Corte "las causales segunda y tercera cobijan todo lo que podría invocar en su favor el condenado, con base en el debido proceso y en la violación del derecho de defensa". Para qué insistir en la doble instancia, si están disponibles tan magníficos medios de impugnación. Esta es la *ratio decidendi* de la sentencia. Al existir en la legislación nacional mecanismos de impugnación, la Corte encuentra inútil pronunciarse sobre el problema de la prevalencia entre la Constitución y los tratados.

A manera de *dicta*, la Corte señala lo ventajoso que es ser juzgado en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues esa es "la mayor aspiración de todo sindicado". Este juzgamiento ofrece dos notables ventajas: la economía procesal y "escapar a los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores". Lo de la economía procesal no es propiamente una ventaja para el procesado sino para el aparato de la justicia. Lo de escapar a los errores de los jueces inferiores no garantiza al procesado escapar también a los de los jueces superiores, que con todo y su superioridad, también se equivocan, como la propia Corte lo ha puesto en evidencia en otros casos con varias sentencias de tutela contra sentencias.

§ 7. *Sentencia C-561 de 1996*. Cuatro años después de la demanda inicial, la ciudadana Esperanza Espinosa Muñoz volverá a plantear el conflicto que nos ocupa, al atacar la constitucionalidad de los numerales 6 y 7 de artículo 68 del Decreto 2700 de 1991, según da cuenta el expediente D-1290. La demanda fue admitida parcialmente por la Corte, por auto del 23 de abril de 1996, respecto del numeral 7. En

cuanto al numeral 6, la Corte inadmitió la demanda aduciendo que sobre este asunto existía cosa juzgada constitucional, al haber sido declarado exequible por la sentencia analizada en la sección anterior. La demandante sostiene que la norma impugnada viola el debido proceso, establecido en el artículo 29 y, además, lo dispuesto en los artículos 3, 174, 175.2, 175.3 y 235 de la Carta. El argumento que se esgrime para soportar la acusación es que la Constitución atribuye competencia para investigar y juzgar altos funcionarios del Estado a la Corte Suprema de Justicia en pleno y no solo y exclusivamente a la Sala de Casación Penal de la misma. El ciudadano Alvaro Namén Vargas, en representación del Ministerio de Justicia, defiende la constitucionalidad de la norma, argumentando que el "carácter de idoneidad" de la Sala frente a la Corte, puede otorgarlo el legislador "por expresa atribución constitucional", en este caso el artículo 234 que faculta a la ley para: dividir la Corte Suprema de Justicia en salas y determinar los asuntos que deban conocer las Salas separadamente y los asuntos que deba conocer la Sala Plena. La ley ha ejercido esa atribución siguiendo el criterio de especialidad. Para ello cita la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 15 de abril de 1970, la ley estatutaria de la administración de justicia y la sentencia C-037 de 1996.

El Procurador se inclina por la exequibilidad de la norma demandada. Valiéndose de los mismos referentes empleados por el defensor de la norma, en especial del artículo 234, encuentra claro que le corresponde a la ley determinar las competencias de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. Agrega que la Corte Constitucional declaró inexecutable en la sentencia C-037 de 1996 el artículo 17.6 del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, que otorgaba competencia a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para resolver las impugnaciones y las apelaciones contra las sentencias, medidas cautelares, providencias y autos interlocutorios que proferiera la Sala de Casación Penal en procesos contra altos servidores del Estado, con el argumento de que ello contrariaba el artículo 234 de la Carta, al establecer categorías o jerarquías al interior de la Corte.

La Corte Constitucional define el asunto en la sentencia C-561 del 24 de octubre de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, declarando exequible la norma demandada. La

sentencia empieza reiterando la *ratio decidendi* y el *dicta* de su pronunciamiento anterior (vide § 6), aunque matiza que en él no se ocupó del tema de la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual considera que es menester pronunciarse sobre este asunto. Para ello, trae a cuento la sentencia C-037 de 1996, en la cual se planteó el principio de especialidad, en virtud del cual cada Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la ley disponga otra cosa, conoce de manera privativa de los asuntos que la misma ley le asigne como propios. Pese a que, a su juicio, el principio de especialidad podría aplicarse, a modo de *ratio decidendi*, en este caso, con base en el antecedente citado, pues "nos encontramos frente a un antecedente que prácticamente constituyen (sic) cosa juzgada material en relación con el contenido normativo impugnado", y obrando conforme a las reglas establecidas en la sentencia C-427 de 1996, la Corte considera que es necesario estudiar este principio de manera detallada en los juicios criminales a los altos funcionarios del Estado, aunque, lo advierte desde el comienzo, el resultado de ese estudio no puede ser otro que reiterar su jurisprudencia.

Zanjado así el asunto, la Corte pasa a reiterar, una vez más, su posición, amenizándola, a la sazón con un erudito *dicta*. Este discurso se funda en el principio de libre configuración del legislador, en este caso para atribuir competencias a las autoridades judiciales. Si bien se trata de una libertad amplia, ella no puede alterar la distribución de competencias que hace la propia Carta. Al revisar los preceptos constitucionales relevantes, la Corte encuentra que el artículo 234 dispone la división funcional de la Corte Suprema de Justicia de manera general, correspondiéndole a la ley concretarla. Así, pues, distingue entre jurisdicción, que corresponde a la Corte, y competencia, que corresponde a la Sala de Casación Penal. El principio de especialidad, así planteado, que se funda en el principio de la división del trabajo, justifica esta interpretación de la Carta.

Con todo, la decisión de la Corte sobre el mencionado artículo 17.6 del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, en la que plantea el principio que le sirve de *ratio decidendi* en este caso, parece ir en contra de la anterior argumentación. La Corte trata de refutar anticipadamente esta crítica, prolongando su *dicta*, al sostener

que en esa ocasión "precisó los alcances del principio de especialidad", a partir del artículo 235 de la Carta, pues las atribuciones contenidas en él, "deben entenderse que serán ejercidas en forma independiente por cada una de sus salas". En síntesis, el principio de libre configuración del legislador encuentra en este caso un obstáculo insoslayable: el principio de especialidad. Sin embargo, no se aprecia el fundamento que sustente este juicio, por cuanto la distribución de competencias que la Carta hace es general, ya que el texto del artículo 235 sólo menciona a la Corte Suprema de Justicia, no a sus Salas, entonces cabe preguntar en qué referente constitucional se funda la Corte para decir que el legislador no puede configurar libremente las competencias, sino que debe entenderse conforme ella entiende. La respuesta es paradójica: cuando el principio de libre configuración del legislador se aviene con el principio de especialidad, como en este caso, la ley es exequible, cuando no lo hace, como en el caso del proyecto de ley estatutaria, es inexecutable. La argumentación de la Corte es difícilmente comprensible, incluso aceptando y aplicando los principios que dice emplear en su discurso.

§ 8. *Sentencia C-411 de 1997*. Menos de un año más tarde, el ciudadano Jaime Ribero Medina suscitará nuevamente el conflicto en estudio ante la Corte Constitucional, al demandar los numerales 1, 2 y 6 del ya varias veces mencionado artículo 68 del Decreto 2700 de 1991, según da cuenta el expediente D-1589. La demanda fue admitida por la Corte, pese a la eventual existencia de cosa juzgada constitucional. El demandante sostiene que la norma impugnada viola de manera flagrante la Constitución y tratados internacionales, por cuanto da un tratamiento desigual a los Congresistas respecto de los demás ciudadanos. En su discurso plantea tres argumentos, dos de los cuales reiteran *grosso modo* los defendidos en los dos procesos anteriores, a saber: la violación del debido proceso y falta de garantías judiciales y la competencia para el juzgamiento, que corresponde a la Corte en pleno y no a la Sala de Casación Penal. El argumento restante consiste en que las normas sólo hablan de juzgamiento, por lo cual la Sala de Casación Penal de la Corte no puede adelantar la investigación de tales procesos penales. Los argumentos del actor son respaldados por el ciudadano Juan Carlos Villa Calderón. El ciudadano Álvaro Namén Vargas, nuevamente en representación del Ministerio de Justicia, defiende la constitucionalidad de la norma, argumentando: la existencia de cosa juzgada constitucional;

que los juicios de única instancia fueron establecidos por la propia Constitución, habiéndose limitado la ley a desarrollar este mandato; y que no existe violación al debido proceso ni a la igualdad, pues el trato diferente se justifica por las calidades de los congresistas, y en todo caso queda la posibilidad de la "acción de revisión" para quienes estuviesen inconformes con la sentencia.

El Procurador solicita a la Corte inhibirse en cuanto al numeral 6, por existir cosa juzgada constitucional y declarar la exequibilidad del numeral 2 de la norma demandada. Argumenta que el fuero de que "gozan" los congresistas fue establecido por la Constitución, lo que justifica su trato diferente; que el legislador ha asignado las competencias en ejercicio del principio de libre configuración legislativa; y que "ha de entenderse" que el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria no tiene superior jerárquico. Este discurso repite, con todo y *dicta*, lo que ha venido siendo la argumentación de la Corte.

La Corte Constitucional define el asunto en la sentencia C-411 del 28 de agosto de 1997, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, declarando exequible la palabra "única" del numeral 2 y estarse a lo resuelto en la sentencia C-142 de 1993 respecto del numeral 6. La sentencia comienza por destacar, a manera de *dicta*, que la norma acusada, en su numeral 2, "entendida en su conjunto, lejos de constituir un límite al derecho de defensa de quien haya sido condenado, lo que consagra es una posibilidad de revisión extraordinaria de lo actuado, inclusive y con mayor razón cuando, según el ordenamiento jurídico, el trámite procesal no ha sufrido dos instancias". Es decir, si no se comprende mal a la Corte, que la revisión extraordinaria es tan buena, si no mejor, que la ordinaria apelación, por lo que no hay motivo de queja. De ser así la doble instancia, tan cara a los tratados internacionales atrás indicados, que la consideran una garantía mínima, es poco más que un mero embeleco. Así, pues, la supresión de la palabra "única" implicaría, a juicio de la Corte, la supresión de la acción de revisión, lo que haría más gravosa, si cabe, la situación del afectado con la decisión.

Para resolver el asunto del numeral 2, la Corte deja de lado sus argumentos incidentales y retoma el principio de libre configuración del legislador, empleado en su decisión anterior (vide § 7), como la *ratio*

*decidendi* en este caso. La reiteración de su *ratio decidendi*, implica también la reiteración de que el principio de doble instancia, "con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto", en razón de lo dispuesto por el artículo 31 de la Carta. En cuanto atañe al numeral 6, la *ratio decidendi* de la Corte es el principio de cosa juzgada constitucional.

Quizá para conservar cierta simetría, la Corte cierra su argumentación presentando otra *dicta*, aunque de mejor calidad que la inicial, al considerar que si bien el legislador puede determinar en qué casos no hay segunda instancia, ello se hace sin perjuicio de los recursos extraordinarios como el de revisión, siguiendo la argumentación de la sentencia C-142 de 1993, y, he aquí lo novedoso, si se trata de la "defensa de derechos constitucionales fundamentales afectados por vías de hecho", podría caber, también de manera extraordinaria, la acción de tutela, "como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte a partir de la sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992". Este aporte, así sea un dicho de paso, es significativo, pues amplía las posibilidades del afectado por la decisión en única instancia de obtener el amparo de sus derechos fundamentales, ante un tribunal distinto del que tomó dicha decisión. Así sea por una vía extraordinaria, algo heterodoxa desde la perspectiva de la doble instancia, el afectado podría lograr la revisión judicial de su condena en el juicio criminal.

§ 9. *Sentencia C-873 de 2003*. El nuevo siglo traerá importantes cambios a la justicia criminal. El principal de ellos será la consagración del sistema penal acusatorio, mediante la reforma introducida a la Carta mediante el acto legislativo número 3, del 19 de diciembre de 2002. Este cambio se encuentra inmerso en un recurrente proceso de codificación en materia criminal y procesal, que tendrá dos hitos históricos en lo que va del siglo. Como ya se dijo antes al definir el alcance, las fuentes y la metodología de este documento, el problema jurídico que se sigue de la tajante separación de la etapa de investigación y de la etapa de juzgamiento, que es propia de un sistema acusatorio se estudiará en otro momento.

La demanda presentada por el ciudadano Edgar Saavedra Rojas, tocará tangencialmente la sujeta materia de este estudio, al demandar los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 10, 11, 32, 39 y 42 del Decreto 261 de 2000, y

75, 112, 115 y 116 de la ley 600 de 2000, según da cuenta el expediente D-4504. De estas normas, las relevantes para el tema del juzgamiento criminal en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia son los artículos 75.9 y 115.5 de la ley 600 de 2000, asunto que se tratará a continuación. La demanda fue admitida por la Corte por auto del 19 de marzo de 2002, salvo en lo atinente al artículo 39 del Decreto 261 de 2000, respecto del cual existe cosa juzgada constitucional, al haber sido declarado inexecutable en la sentencia C-1374 de 2000. El demandante sostiene que los mencionados artículos 75.9 y 115, son una adición a la Constitución, pues en ella no se concede fuero a todas las personas por él señaladas, quebrantándose así el artículo 235 de la Carta. En el proceso intervienen la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, la ciudadana Ana Rosa Quiñónez, el Ministerio del Interior y de Justicia, y la Fiscalía General de la Nación. Las dos últimas intervenciones se ocupan, así sea brevemente, del asunto *sub examine*, de la siguiente manera: la ciudadana sostiene que el Vicefiscal General de la Nación no tiene fuero constitucional, como se le pretende otorgar por el artículo 75.9, por lo que no se podía establecer en el artículo 115.5 como competencia del Fiscal General la de investigar, calificar y acusar a este funcionario; la Fiscalía defiende la exequibilidad de las normas sobre la base del principio de la libre configuración del legislador, que, en desarrollo de la Constitución, y sin quebrantar el artículo 235, permite el otorgamiento del fuero de juzgamiento ante la Corte Suprema de Justicia a otras personas, como sería el caso del Vicefiscal General.

El Procurador solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas. En lo pertinente, y siguiendo el discurso de la Fiscalía General, argumenta que la ampliación a otras personas del fuero, más allá de lo definido por el artículo 235 de la Carta, no es inconstitucional porque el legislador, en ejercicio del principio de libre configuración, puede establecer esas ampliaciones mediante la ley.

La Corte Constitucional se pronuncia de fondo sobre este asunto en la sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, declarando, en lo que nos ocupa, executable el artículo 75.9 y el artículo 115.5 de la ley 600 de 2000. Del prolijo planteamiento de los problemas a resolver en la

sentencia, el que corresponde a este asunto es el de si se viola la Constitución "al asignar a la Corte Suprema de Justicia la función de juzgar penalmente" al Vicefiscal General. Para resolverlo la Corte examina el artículo 235.4 de la Carta, encontrando que ciertamente esta norma no menciona al Vicefiscal General. Esta carencia es subsanada por el numeral 7 de ese mismo artículo, conforme al cual se establece que serán propias de la Corte Suprema de Justicia "las demás atribuciones que señale la ley". Este fundamento, integrado con el mandato del artículo 234 *ibidem*, le permite a la Corte emplear, a modo de *ratio decidendi*, el principio de libre configuración del legislador, para sostener la exequibilidad de las normas atacadas.

De tal suerte que, a juicio de la Corte y a modo de *dicta*, "bien puede el Legislador, cumpliendo las condiciones que se indican más adelante, señalar funcionarios civiles distintos de los expresamente enumerados en el artículo 235 Superior, que pueden ser juzgados penalmente por la Corte Suprema de Justicia, ya que ello no se encuentra prohibido por la Constitución, y forma parte de las atribuciones legislativas expresadas en los artículos 234 y 235 de la Carta". La exclusión de los militares, especialmente de los altos mandos, se funda en que ello equivaldría a "expandir el catálogo de excepciones al fuero penal militar", cuestión definida negativamente en la sentencia C-361 de 2001. Las condiciones anunciadas, para ampliar el fuero, en principio constitucional, por medio de la ley, están vinculadas al criterio de razonabilidad, y son: la posición jerárquica del funcionario y "su afinidad institucional con los que el constituyente protegió con un fuero ante la Corte Suprema de Justicia". Aunque, claro está, "en todo caso, habrá que analizar si el fuero legal desconoce el principio de igualdad".

De la decisión adoptada por la mayoría, salvará el voto parcialmente el Magistrado Jaime Araújo Rentería, salvará y aclarará su voto el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra y salvará su voto el Magistrado Álvaro Tafur Galvis. Estas disidencias se producen por motivos distintos de los que sirvieron de *ratio decidendi* y de *dicta* en el examen puntual de los artículos 75.9 y 115.5, pues versan sobre las implicaciones que se siguen para el caso de la reforma constitucional introducida por el acto legislativo 3 de 2002, de cara al fenómeno jurídico de la inconstitucionalidad sobreviniente.

§ 10. *Sentencia C-934 de 2006.* Hace poco menos de dos años, con ocasión de la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal, las ciudadanas Paula Andrea Ávila Guillén y Sofía Miranda Ballesteros presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la ley 906 de 2004, según aparece en el expediente D-6214. La demanda fue inicialmente inadmitida por la Corte, mediante auto del 15 de marzo de 2006, por no cumplir tanto con los requisitos previstos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, como con los que ha señalado la jurisprudencia constitucional. Corregida la demanda, y en virtud del principio *pro actione*, ésta fue admitida mediante auto del 3 de abril de 2006, salvo en lo relativo al cargo de violación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no cumplió los requisitos indicados. Las demandantes sostienen que la norma acusada viola los artículos 29 y 93 de la Carta, al contravenir lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. En su discurso defienden el principio de doble instancia, especialmente en materia de sentencias penales condenatorias, las cuales, a su juicio, "siempre deben tener la posibilidad de ser impugnadas ante un superior jerárquico", ya que en estos eventos se evidencia el poder punitivo del Estado. Consideran que la eliminación de la expresión "única instancia", en la norma demandada, no cambia los hechos, pues la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede ser recurrida. La argumentación de la demanda se estructura en torno al debido proceso y al bloque de constitucionalidad.

El tema del debido proceso es ilustrado con base en tres pilares: la sentencia C-040 de 2002, los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la restricción al principio de libre configuración del legislador. En cuanto a la sentencia C-040 de 2002, resaltan que si bien en ella la Corte sostuvo que el principio de la doble instancia no es absoluto, al no hacer necesariamente parte del núcleo esencial del debido proceso, en razón de lo dispuesto por el artículo 31 de la Carta, esto sólo puede predicarse de procesos y providencias distintas ajenas al tema criminal y al de tutela, pues en estos dos casos el tema de las garantías judiciales es crucial, pues están en juego libertades básicas o derechos fundamentales de las personas. De los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, se destaca que ellos han sostenido reiteradamente que "el derecho al debido proceso, más

que cualquier otro, debe ser garantizado y analizado de la forma más rígida cuando se trate de procesos como el penal o el administrativo sancionatorio", en razón de que en ellos se ejerce el poder punitivo del Estado, con los riesgos de absolutismo y arbitrariedad que este implica, lo cual es inadmisibles en un Estado de Derecho. Sobre la restricción al principio de libre configuración del legislador, se advierte que, si bien el artículo 31 de la Carta le brinda fundamento, no se trata de una libertad absoluta, puesto que en materia penal y de tutela existen unos claros límites, señalados en tratados internacionales.

El tema del bloque de constitucionalidad es trabajado con base en la Convención Americana de Derechos Humanos, norma que según el artículo 93 de la Carta, tiene dos atributos: el normativo y el hermenéutico. El primero significa que la Convención prevalece en el orden interno. El segundo implica que la Convención debe ser utilizada para la interpretación de las normas constitucionales. Las normas demandadas serían, entonces, inexecutable, por cuanto desconocen la prevalencia de la Convención e impiden una interpretación armónica del artículo 29 con el mandato de la Convención. Para ilustrar su aserto, además de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, atrás señalados, citan apartes de algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales el principio de doble instancia aparece como "pilar del debido proceso", pues se trata de una garantía mínima de las personas.

En este proceso intervienen el ciudadano Guillermo Otálora Lozano y el Ministerio del Interior y de Justicia.

El ciudadano coadyuva la demanda. Su intervención empieza por hacer dos exploraciones hermenéuticas de las normas demandadas. Según la primera de ellas, se trataría de un proceso de única instancia, pues en razón del principio de especialidad, el asunto corresponde exclusivamente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tribunal que no tiene superior jerárquico. Según la segunda, y en desarrollo del principio de libre configuración del legislador, concretado en el artículo 16 de la ley estatutaria de la administración de justicia, es posible que la Sala de Casación Penal, para este tipo de juicios actúe dividida en Salas de decisión, lo que permitiría surtir una segunda instancia

frente a los Magistrados de la Sala de Casación Penal que no hacen parte de la Sala de decisión que juzga en primera instancia. Esta segunda alternativa, que podría remediar el conflicto, es a su juicio viable frente a lo decidido en la sentencia C-037 de 1996, pues en esa decisión la Corte Constitucional negó, con base en el principio de especialidad, la superioridad de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia sobre las Salas de Casación. Así entendidas las cosas, dirige su ataque frente a la primera alternativa hermenéutica, a la que considera inexecutable, pues en ella se establecería un juicio de única instancia en materia criminal, lo cual está prohibido, en razón del debido proceso, por la Carta y, en razón del bloque de constitucionalidad, por los tratados internacionales. La autorización dada al legislador por el artículo 31, se referiría, entonces, a juicios civiles, laborales o administrativos en los cuales no se afecten libertades básicas de las personas. El ataque contra la segunda alternativa hermenéutica es diferente, pues, según su criterio, se trataría de una "omisión legislativa relativa", pues el legislador abre la posibilidad de dos instancias al interior de la Sala de Casación Penal, pero omite establecer cuál sería el juez de la primera y cuál el de la segunda. Esta omisión debe ser subsanada por el legislador o, como se solicita en este caso, por la Corte Constitucional, mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada, en la cual: se declare que los numerales demandados "son inaplicables mientras no haya reglas procesales que asignen competencia de primera y segunda instancia" al interior de la Sala de Casación Penal; se reglamente transitoriamente la asignación de competencias para las dos instancias; se exhorte al Congreso a regular de manera permanente dicha asignación de competencias.

El Ministerio del Interior y de Justicia, por intermedio de su Director del Ordenamiento Jurídico, el ciudadano Fernando Gómez Mejía, solicita declarar exequibles las normas atacadas. La defensa se construye sobre la base del principio de la cosa juzgada, pues el punto ya fue definido en su debida oportunidad por la sentencia C-142 de 1993. Esto se complementa con la reiteración del reconocido *dicta* de que los altos funcionarios del Estado tienen el "privilegio" de ser juzgados por el máximo juez, en este caso colegiado, lo que no hace necesario prever una segunda instancia. Penetrando un poco más al fondo del asunto, convierte el proceso de armonización desplegado en la demanda y en la coadyuvancia en un proceso de confrontación. Esa transformación comienza por

sostener que las normas demandadas son "sustancialmente idénticas" a varias normas constitucionales, como los artículos 174, 175, 186 y 235, por lo cual la declaratoria de inexecutable de ellas implicaría la inexecutable de éstos. La declaración de inexecutable de normas de las Constitución no es posible, pues los tratados internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad no tienen "carácter supraconstitucional", sino "valor constitucional". Estando entre iguales, pues no hay prevalencia, el Ministerio considera que si bien "se presentaría un conflicto entre normas que integran tal figura constitucional, circunstancia que genera un problema de aplicabilidad en cada caso concreto", ello no implica "de manera alguna" la inconstitucionalidad de la norma. De esta manera revive el problema de prevalencia, planteado en el primer proceso estudiado (vide § 6), el cual, como se vio, no fue resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-142 de 1993.

La Procuraduría solicita a la Corte declarar la existencia de cosa juzgada constitucional y, en consecuencia, declarar la executable de los numerales 6 y 7. En cuanto al numeral 5, si bien la Corte declaró executable en la sentencia C-561 de 1996 un texto similar (vide § 7), considera que sobre este tema no existe cosa juzgada. Una situación semejante se presenta con el numeral 9. En estos dos casos la Procuraduría solicita una declaración de executable, argumentando que los cargos de la demanda en este punto son improcedentes, pues el numeral 5 se limita a reiterar la regla de competencia fijada por los artículos 174, 175 y 235. 2 de la Carta. De otra parte, no aparece violación al debido proceso en los juicios de única instancia, por cuanto: acogiendo la *ratio decidendi* de la sentencia C-142 de 1993 (vide § 6) y el *dicta* de la sentencia C-411 de 1997 (vide § 8), los afectados tienen otros medios de impugnación como la acción de revisión y la acción de tutela; retomando la *ratio decidendi* del principio de libre configuración del legislador (vide § 8), el artículo 31 de la Carta habilita a la ley a establecer excepciones a la doble instancia; reiterando el repetido *dicta*, "la probidad y sapiencia de los magistrados que integran [la Sala de Casación Penal] reduce o disminuye los riesgos de errores humanos en la adopción de las decisiones judiciales".

La Corte Constitucional define el asunto en la sentencia C-934 del 15 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Manuel José

Cepeda Espinosa, declarando exequibles los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la ley 906 de 2004. La sentencia plantea el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa, así como el principio de la doble instancia consagrados en el artículo 29 de la Carta y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el que los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004 establezcan que los procesos penales que se sigan contra altos funcionarios del Estado enunciados en tales disposiciones son de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia?

El primer punto estudiado por la Corte es el relativo a la cosa juzgada, por cuanto de configurarse, implicaría la necesidad de estarse a lo resuelto en anteriores oportunidades. Además, esta es la principal defensa que esgrimen quienes sostienen la exequibilidad de las normas demandadas. Para tal propósito la sentencia realiza una revisión sobre sus anteriores pronunciamientos relevantes para el caso, de los cuales se ha dado noticia en las secciones anteriores, y de su jurisprudencia en torno del principio de cosa juzgada material. El resultado de este estudio es que a pesar de existir semejanza entre las disposiciones demandadas en los procesos anteriores, a juicio de la Corte no existe cosa juzgada. Esta conclusión se funda en los siguientes argumentos: variación significativa del contexto jurídico de las normas acusadas, que se sustenta en la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal y en la introducción de una reforma constitucional que establece un sistema penal acusatorio; fundamentación diferente de los cargos, pues en este proceso se basan en el bloque de constitucionalidad, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en la interpretación del alcance del debido proceso; y evolución reciente de la jurisprudencia de las instituciones internacionales al interpretar los tratados incluidos en el bloque de constitucionalidad. Al cotejar estos puntos con los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte para la cosa juzgada constitucional, especialmente en las sentencias C-131 de 1993, C-083 de 1995, T-123 de 1995, SU-047 de 1999, SU-168 de 1999, C-447 de 1997, C-774 de 2001, C-836 de 2001 y C-311 de 2002, se encuentra que la modificación sustantiva del contexto, justifica la revisión del asunto.

La Corte precisa que frente a un precedente en materia de constitucionalidad, existen varias opciones: seguirlo, estándose a lo resuelto, para preservar bienes como la consistencia, la estabilidad, la seguridad y la confianza legítima; apartarse de él, para lo cual es menester dar argumentos sólidos y poderosos, ajustados a los criterios fijados por la jurisprudencia para tal propósito, a fin de evitar la petrificación del derecho y la continuidad de los errores; mantener la misma decisión pero por una *ratio decidendi* diferente de la del precedente.

Estando claro que no existe cosa juzgada, la Corte diseña la metodología a seguir en el discurso subsiguiente: revisión de la línea jurisprudencial en la materia, recuento del estado presente de la interpretación de los tratados internacionales relevantes y determinación de si es necesario cambiar dicha línea. La mayor parte de la de primera etapa del itinerario ya se ha transitado en las secciones anteriores. Hace falta emprender un breve estudio de dos sentencias, la C-040 de 2002 y la C-135 de 2005, que si bien aparecen relacionadas por la Corte, no corresponden propiamente a los juicios de única instancia en materia criminal establecidos para las altas autoridades del Estado. Cumplido este estudio se pasará a analizar las dos etapas restantes.

En la sentencia C-040 del 30 de enero de 2002 la Corte se pronuncia, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, sobre la constitucionalidad del artículo 39 de la ley 446 de 1998, según consta en el expediente D-3608. La norma demandada convertía en legislación permanente una serie de disposiciones procesales en materia civil y en materia contencioso administrativa. Los cargos son muy semejantes a los estudiados en los procesos anteriores, valga decir: la violación del debido proceso, artículo 29, y de pactos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, artículo 93. A la censura se opone el Ministerio de Justicia, con la misma argumentación presentada en las secciones precedentes, basada en que el principio de doble instancia no es absoluto y en que estas materias pueden ser reguladas por la ley, en ejercicio del principio de libre configuración del legislador. El ciudadano Néstor Raúl Sánchez Bautista, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, considera que "el derecho a impugnar la sentencia condenatoria es una prerrogativa propia de quien tenga la condición de sindicado", de lo que se sigue que dentro del debido proceso no está incluido

el derecho a impugnar otro tipo de sentencias judiciales. El Procurador, con base en la misma argumentación del Ministerio de Justicia solicita se declare la exequibilidad de la norma demandada. Para resolver el asunto, la Corte hace un recuento de su jurisprudencia reiterada en la materia, la que encuentra aplicable a este caso, por cuanto "los procesos judiciales de única instancia, siempre y cuando no sean de carácter penal o acciones de tutela, no son inconstitucionales *per se*, pues las garantías derivadas del proceso pueden ser logradas de otras formas". Esta aclaración adicional, al igual que la intervención del miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, no corresponden, como se ha visto atrás, con lo sostenido por la Corte respecto de los juicios criminales a los altos dignatarios del Estado. Así, pues, la Corte sigue su línea jurisprudencial y, acatando el principio del *stare decisis*, declara exequible la norma impugnada.

En la sentencia C-103 del 8 de febrero de 2005 la Corte, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, declara exequible el artículo 70.b de la ley 794 de 2003, según aparece en el expediente D-5350. El tema del proceso fue la constitucionalidad de una disposición que modificaba el Código de Procedimiento Civil en materia del proceso ejecutivo. El demandante, si bien reconoce el principio de libre configuración del legislador, cuestiona que al ejercerlo no se observaron los "derechos, valores y postulados axiológicos que consagra la Carta", creando una norma contradictoria, discriminatoria y desconocedora de la prevalencia del derecho sustancial, a la que califica de irrazonable y de injusta. La defensa planteada por el Ministerio del Interior y de Justicia reitera los mismos argumentos presentados en los casos anteriores, hace un recuento de la jurisprudencia existente y se empeña en demostrar la razonabilidad y sentido de la disposición atacada. El ciudadano Pablo Felipe Robledo del Castillo, valiéndose de un ejercicio comparativo entre la norma anterior y la actual, precisa el alcance de la reforma, y sostiene que el tema de la única instancia ya venía así del pasado. Valiéndose del recurrente argumento del principio de libre configuración del legislador, considera que la norma debe ser declarada exequible. El Procurador solicita la exequibilidad de la norma, retomando la argumentación, a estas alturas tradicional, a la que agrega razones de eficiencia y celeridad en la solución de los conflictos. La Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que el principio de doble instancia tiene excepciones, merced al principio de la libre configuración del legislador

que, a su vez, debe seguir unos criterios de razonabilidad, tales como: que existan otros recursos, acciones u oportunidades procesales; la excepción a la doble instancia propenda por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima; y la excepción a la doble instancia no pueda dar lugar a discriminación. Al aplicar estos criterios de razonabilidad a la norma demandada, la Corte encuentra que: existen medios de defensa como las excepciones de mérito, la presentación de alegatos y memoriales; se persigue una finalidad legítima: la celeridad en los procesos ejecutivos y la eficiencia y eficacia de la administración de justicia; no hay discriminación por cuanto el factor de la cuantía es legítimo para determinar la competencia de los jueces, siendo un criterio general, impersonal y abstracto.

La Corte, en la segunda etapa del discurso, previa aclaración de que no existe en el ámbito internacional una decisión precisa sobre el juzgamiento de funcionarios con fuero constitucional, estudia dos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la opinión consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002 y el caso Herrera Ulloa v. Costa Rica (2004). Además estudia el dictamen de 22 de julio de 2005, del Comité de Derechos Humanos, en el caso Gomariz c. España.

En la opinión consultiva 17 de 2002, la Corte Interamericana, con ocasión de una solicitud de la Comisión Interamericana, sobre la condición jurídica y derechos de los niños, se ocupa de interpretar el artículo 8.2.h de la Convención Americana y el artículo 40.b.v de la Convención sobre los derechos del niño, que contienen la garantía procesal de la doble instancia, concretada en "la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior".

En el caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, la Corte Interamericana, al estudiar la condena penal a un periodista por difamación, interpretando el artículo 8.2.h de la Convención Americana, dijo:

161. (...) se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. 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 el fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no

basta con la existencia formal de recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. (Subrayas agregadas).

Esta decisión reviste particular importancia, pues, pese a no tratarse del juzgamiento de un alto servidor del Estado, sino de un periodista, en ella la Corte Interamericana hace una interpretación razonable del artículo 8.2.h de la Convención Americana, norma que, como se ha visto, ha sido un referente ineludible en el debate colombiano. Esta interpretación precisa que el principio de la doble instancia requiere: un recurso ordinario eficaz; la inexistencia de restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo; y la garantía de que dicho recurso permita un examen integral de la decisión recurrida. Ante tales exigencias, se cae de su peso que: no son suficientes los recursos extraordinarios, tales como la acción de revisión, el recurso de casación o las nulidades procesales, como se sostuvo en la sentencia C-142 de 1993, ni siquiera lo sería la acción de tutela, como se insinuó en la sentencia C-411 de 1997; el legislador colombiano, en ejercicio del principio de libre configuración, ha creado restricciones, con los procesos de única instancia, que infringen la esencia misma del derecho de recurrir el fallo; y ninguno de los recursos extraordinarios planteados por la jurisprudencia permite un examen integral de la decisión recurrida, pues todos ellos: revisión, casación y nulidad, están limitados a unas causales taxativas, que limitan ese examen.

La Corte Interamericana encuentra que en el caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, no se satisficieron las exigencias del artículo 8.2.h de la Convención Americana, por cuanto:

167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria del 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.

Lo dicho por la Corte Interamericana del recurso de casación, podría decirse también, sin mayores esfuerzos, de la acción de revisión y de las nulidades procesales.

En el dictamen de 22 de julio de 2005, del Comité de Derechos Humanos, en el caso Gomariz c. España, la cuestión tiene más que ver con el principio de *non reformatio in pejus* que con el principio de la doble instancia, por cuanto se trata de un caso en el cual el tribunal superior cambia el grado de participación del procesado de cómplice a autor.

Entrando a la tercera etapa del discurso, en vista de lo anterior, y pese al argumento de especificidad, en virtud del cual la Corte sostiene que las anteriores interpretaciones internacionales no se refieren específicamente al juzgamiento criminal de los altos servidores del Estado, incomprensiblemente la Corte encuentra que la interpretación hecha por los órganos internacionales competentes,

(...) resulta armónica con la interpretación que se ha hecho de los artículos 29 y 31 de la Carta Política en materia de juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en la medida en que de dichos pronunciamientos no se deriva una regla según la cual en los juzgamientos de altos funcionarios con fuero penal ante el órgano de cierre de la jurisdicción penal, deba establecerse una segunda instancia semejante a la que existe para otros juicios penales. Es decir, cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia.

Con fundamento en la anterior *ratio decidendi*, que reitera el principio de libre configuración del legislador en la materia, la Corte decide mantener su línea jurisprudencial y, en consecuencia, declarar exequible la norma demandada.

§ 11. *¿El preludio de un cambio?* Hace un par de días, la Corte Constitucional ha dado noticia, mediante el comunicado de prensa número 25, que da cuenta de lo decidido por la Sala Plena en su sesión del 28 de mayo de 2008, de la sentencia C-545 de 2008, proferida dentro del expediente D-6960. En esta sentencia la Corte declara la exequibilidad

condicionada del artículo 533 de la ley 906 de 2004, "en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso". Esta separación funcional sería aplicable, según la Corte, para el juzgamiento de "las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008".

Esta decisión fue tomada con fundamento en el derecho a la igualdad, contenido en el artículo 13 de la Carta, pues se estimó que los congresistas no podían seguir siendo procesados conforme a un proceso diferente del penal acusatorio, establecido para los demás mortales. La *ratio decidendi*, entresacada del texto del comunicado, es que:

Para la Corte, el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución no puede interpretarse de manera aislada, sino en concordancia con los postulados, valores, principios, derechos y garantías consagradas en el ordenamiento superior, en consonancia con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, tal y como lo dispone el artículo 93 de la Carta. En el caso particular, han de observarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°), que consagran el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, concepto este último que ha venido evolucionando en la doctrina internacional reciente, para que se evite ya no sólo la parcialización intencional sino el apego a preconceptos. Por ello, si bien es cierto que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración de los procedimientos, también lo es que el desarrollo de esta potestad está sometido a dichos postulados y garantías superiores, como también debe obedecer a un ejercicio razonable y proporcionado de dicha facultad. (Subrayas agregadas).

La sentencia significa un importante cambio jurisprudencial, especialmente relevante de cara al tema de la separación de investigación y juicio, y con posibles implicaciones en los otros dos temas generales: el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales y el principio de la doble instancia. Sin embargo, en la parte correspondiente a la *ratio decidendi* la Corte incluye un problemático *dicta*, al señalar que:

El legislador establecerá el respectivo régimen de transición, si lo estima pertinente, acatando los efectos *erga omnes* y no retroactivos de

esta sentencia, inclusive frente a delitos cometidos con anterioridad a su expedición que aún no estén siendo investigados. No habrá lugar a excepción de inconstitucionalidad.

Este complejo asunto, insuficientemente definido en el comunicado de prensa, será estudiado con mayor amplitud, y sobre la base del texto completo de la sentencia, con posterioridad.

El Magistrado Humberto Sierra Porto salva su voto, por cuanto estima que: esta decisión implica un cambio de jurisprudencia, que desconoce lo decidido por la Corte en las sentencias C-591 de 2005 y C-928 de 2007, sin que existan elementos nuevos que lo justifiquen; la decisión, al no precisar la distribución de funciones, genera incertidumbre; y, pese a que se trata de una sentencia interpretativa, ella puede ser asimilada a una sentencia con efectos diferidos, pues en virtud del principio de favorabilidad en materia penal, "no es posible fundamentar constitucionalmente que una misma ley inconstitucional es válida para unos casos y no para otros", como tampoco es posible "disponer del alcance de la figura de la excepción de inconstitucionalidad" o "enervar las eventuales nulidades procesales por aplicación de la ley inconstitucional". Agrega que el conflicto respecto de los tratados internacionales ya había sido resuelto por la Corte en la sentencia C-934 de 2006, en la cual se había reiterado lo dicho en las sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997, C-040 de 2002 y C-873 de 2003.

### **3. Conclusiones.**

*Es más fácil escribir diez volúmenes de principios filosóficos que poner en práctica uno solo de sus principios.*  
Tolstoi.

§ 12. *El problema general de la prevalencia y sus implicaciones.*  
En la sección 3, al momento de plantear el problema a resolver, se había advertido que tal planteamiento se hacía a partir de la circunstancia de que dos referentes normativos: la Constitución y dos tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, entran en conflicto. Esta circunstancia permite formular un problema general, que es menester considerar antes de resolver el problema específico señalado en la mencionada sección. Dicho problema es el de la prevalencia. Su

planteamiento puede hacerse en dos planos: el normativo y el interpretativo o hermenéutico. En el primer plano, la pregunta es: ¿prevalece la Constitución sobre los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, o más bien éstos prevalecen sobre ella? Esta pregunta puede ser respondida de tres formas: prevalece la Constitución, prevalecen los tratados, no prevalece ni una ni otros, pues ambos tienen una posición normativa igual. En el segundo plano, la pregunta es: ¿la Constitución debe ser interpretada conforme a los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, o éstos deben ser interpretados conforme a la Constitución? Esta pregunta admite dos respuestas: la Constitución se debe interpretar conforme a los tratados o los tratados se deben interpretar conforme a la Constitución.

A partir del planteamiento teórico del problema general, es posible presentar una tentativa de respuesta preliminar al problema particular planteado con la pregunta ¿el derecho a una doble instancia, en materia criminal, puede ser limitado por la ley, y en caso de que así ocurra, de qué manera y bajo qué parámetros puede limitarse? Si se sostiene la prevalencia normativa de la Constitución, se debe acoger el principio de libre configuración del legislador y contestar afirmativamente la pregunta, quedando por averiguar la manera y los parámetros de la limitación. Si se sostiene la prevalencia normativa de los tratados, se debe acoger el principio de la doble instancia y contestar negativamente la pregunta. Empero si se sostiene la tercera alternativa, según la cual se trata de dos normas iguales, la pregunta no puede ser respondida desde el plano normativo, sino que es menester considerar el plano hermenéutico. En este plano es necesario optar por el referente interpretativo relevante: la Constitución o los tratados. Además del artículo 31 de la Constitución, existen otras normas, de las cuales se ha dado cuenta en este escrito, que podrían entrar en contradicción con los tratados. Si se acepta que son normas de igual rango y jerarquía que los tratados, se impone una salida hermenéutica adecuada, que debe ser, y esta es mi opinión, la de interpretar la Constitución conforme a dichos tratados, pues ellos establecen, al menos en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 2, como deber de los Estados el adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades por ella reconocidos. Este cometido, aceptando que no existe prevalencia, no puede lograrse sin una armonización hermenéutica.

§ 13. *El conflicto entre principios limitados.* El análisis de casos ha permitido vislumbrar que si bien el conflicto de prevalencia normativa ha sido planteado desde un comienzo (vide § 6), y de él se han ocupado los intervinientes en varios de los procesos estudiados, no ha hecho parte del *thema decidendum* de la Corte Constitucional en la línea jurisprudencial estudiada. Por ello, no es posible, sobre la base de los referentes analizados, sostener la prevalencia de la Constitución sobre los tratados o la prevalencia de éstos sobre ella. El punto de fuga para evitar la colisión entre los referentes normativos ha sido, desde el primer caso, el debido proceso. La *ratio decidendi* en la sentencia C-142 de 1993, es que la exigencia de impugnación contenida en los tratados internacionales, sí se cumple adecuadamente en nuestro derecho interno con la existencia de la revisión, la casación y las nulidades procesales. A estas alternativas de impugnación, la sentencia C-411 de 1997, agrega, a manera de *dicta*, la acción de tutela. En estas argumentaciones, se pretende dar un alcance diferente al principio de la doble instancia, alejándolo de la mecánica de la apelación ante un superior, para acercarlo a la impugnación, por vías generalmente extraordinarias, pero que se tienen como válidas por la Corte. Con este proceder el conflicto se evita. No obstante, a partir de la tercera sentencia estudiada, la C-411 de 1997, la Corte resuelve el conflicto a partir del reconocimiento de límites al principio de la doble instancia, pues a su juicio, no se trata de un principio absoluto, ya que la Constitución consagra la posibilidad de establecer juicios de única instancia. Así aparece el segundo principio en conflicto, el principio de libre configuración del legislador, que es el fundamento de la limitación al principio de la doble instancia. Esa será de ahí en adelante la *ratio decidendi* reiterada por la jurisprudencia de la Corte. Con todo, el nuevo principio tampoco es absoluto, pues también tiene límites, el primero de los cuales, según la sentencia C-561 de 1996, que lo toma de la sentencia C-037 de 1996, es el principio de especialidad. Si ninguno de los principios en conflicto es absoluto, pues ambos tienen límites, no es posible aceptar de manera plena ninguna de las hipótesis de solución planteadas. Hay necesidad de hacer matizaciones. El fundamento de esas matizaciones debe ser la salida hermenéutica indicada en la sección anterior.

§ 14. *En busca del equilibrio.* Los dos más recientes pronunciamientos de la Corte, estudiados en las secciones 10 y 11 de este documento, parecen desarrollar la línea de matización planteada

como necesaria en la sección anterior. La sentencia C-934 de 2006 no se limita a reiterar la *ratio decidendi* de las sentencias precedentes, pues considera que en este caso existen importantes cambios en el contexto, que justifican la afirmación de que en la materia no existe cosa juzgada. No obstante, ninguno de tales cambios es suficiente, a juicio de la Corte, para modificar su línea jurisprudencial. En su debido momento se anotó que la primera hipótesis es correcta, mas no la segunda.

Es cierto que existen notables cambios en el contexto, especialmente en cuanto atañe a la implantación del sistema penal acusatorio y a la evolución de la jurisprudencia internacional, que permiten sostener que no existe cosa juzgada en la materia.

En cuanto al primer cambio, la sentencia C-545 de 2008, que se analiza a partir del texto del comunicado de prensa en la sección 11, parece rectificar las cosas, al considerar las implicaciones de la necesaria separación entre investigación y juzgamiento, incluso en los procesos criminales seguidos contra los altos funcionarios del Estado.

En cuanto al segundo cambio, también tocado por la sentencia C-545 de 2008, no es cierto, como sostiene la Corte en la sentencia C-934 de 2006, haciendo uso de la salida hermenéutica, que su interpretación reiterada hasta esa fecha resulte armónica con la hecha por los organismos y tribunales internacionales competentes. Y no lo es, por cuanto, como se señaló en la sección 10, y ahora se reitera, de la interpretación razonable que hace la Corte Interamericana del artículo 8.2.h de la Convención Americana, el principio de libre configuración del legislador, en materia de doble instancia, tiene como límites: la existencia de un recurso ordinario eficaz, la inexistencia de restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo y la garantía de que dicho recurso permita un examen integral de la decisión recurrida. Ni las alternativas de la revisión, la casación o la tutela, son recursos ordinarios eficaces, pues todos, sin excepción, son recursos o medios de impugnación extraordinarios, ni las nulidades procesales son un recurso; todos los anteriores medios tienen restricciones que infringen, limitan o impiden el ejercicio del derecho de recurrir el fallo; ninguno permite un examen integral de la decisión recurrida. Si se buscara la pretendida armonización hermenéutica, sobre

la base de interpretar la Constitución conforme a los tratados internacionales, sería una mejor alternativa la propuesta por el ciudadano Guillermo Otálora Lozano (vide § 10), que se asemeja mucho a la adoptada por la sentencia C-545 de 2008, en el sentido de declarar la constitucionalidad condicionada de la norma demandada en ese proceso, en el entendido de que el legislador debe asignar, dentro de la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para adelantar el juzgamiento criminal en primera y en segunda instancia, de las altas autoridades del Estado.