

El principio de doble conformidad en la jurisprudencia colombiana

Francisco Bernate Ochoa¹

1. Introducción

La Constitución Política de 1991 cuenta con una importante cantidad de normativas que marcan límites al ejercicio del poder punitivo y que fijan los linderos del proceso penal. Establece, por ejemplo, el principio básico de prevalencia de la libertad (28), de reserva judicial en materia de privación de la libertad (28), la separación entre la acusación y el juzgamiento (212, 213), la prohibición de juzgamiento de civiles por tribunales militares (217), de reserva legal en punto de la expedición de códigos y normas penales y de procedimiento penal (150), la extinción del derecho de dominio (34.2), la extradición (35), entre otras, llegando a desconocer la técnica legislativa al establecer un verdadero Código de Procedimiento Penal en el artículo 250, que establece las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

En materia de garantías procesales, el actual artículo 29 establece lo que se denomina el *derecho fundamental al debido proceso*, y que es desarrollado de manera extensa, cuando en un mismo artículo se abordan temáticas como el principio de legalidad, el de favorabilidad, el de irretroactividad de la ley penal, el de taxatividad de los delitos y las penas, el de juez natural, el de contradicción probatoria, y dispone que estas garantías se aplicarán en *actuaciones judiciales y administrativas*.

Se establece en nuestra Carta Política, como garantía del ciudadano el derecho a apelar las decisiones judiciales (29.4, 31), y el derecho a tener una doble instancia (31). A pesar de contar con esta última prerrogativa, siempre han resultado problemáticas dos situaciones que se presentan con los aforados constitucionales (como Congresistas, Gobernadores, Directores de Departamentos Administrativos y Ministros, entre otros) (235.2, 235.4, 174, 175.2, 175.3), como son (i) el que en este tipo de procedimientos, desde el diseño constitucional no rige la separación de funciones entre el organismo instructor y el juez de

¹ Profesor Titular y Director del Grupo de Investigación "Carlos Lozano y Lozano" en Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

la causa, dado que investiga y juzga la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, y (ii) el que la Corte Suprema de Justicia, al ser la cabeza de la jurisdicción ordinaria, no cuenta con un superior jerárquico, por lo que en este tipo de procedimientos no resulta aplicable la posibilidad de aplicar la doble instancia o de impugnar la condena, prerrogativa que, reiteramos, se encuentra establecida en la parte dogmática de la Constitución Política.

Estas dos situaciones entran en una evidente contrariedad con las garantías contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que, de conformidad con lo que establece la misma Constitución, se integran al marco normativo por la vía de lo que se conoce como el *bloque de constitucionalidad*. Esta contradicción, ha generado pronunciamientos por parte de organismos internacionales², que han señalado un déficit de protección de los derechos humanos en el diseño del procedimiento penal colombiano para los funcionarios aforados, situación que, por el contrario, no era aceptada por la Jurisprudencia Colombiana hasta hace relativamente poco³, pues entre nosotros, se señalaba que el que los aforados constitucionales fueran investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia, constituía una garantía en tanto que se trataba del más importante órgano de la jurisdicción ordinaria.

Mientras se afianza la postura sobre la evidente contrariedad entre el procedimiento penal colombiano y los tratados internacionales en materia de derechos humanos al desconocer la garantía de separación entre las funciones de instrucción y juzgamiento y el derecho a una doble instancia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sendos pronunciamientos ha establecido la doctrina de la doble conformidad⁴, según la cual, todo ciudadano debe estar en condiciones de solicitar la revisión integral de una condena que sea proferida en su contra.

² Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dictamen aprobado el 27 de julio de 2018, caso CCPR 215/5

³ Corte Constitucional. Sentencias C-411 de 1997, C-934 de 2006, C-142 de 1993, C-411 de 1997.

⁴ Por todos. Mohamed vs Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11 de Junio de 2018.

En este contexto, las garantías del ciudadano en relación con la sentencia condenatoria no solamente se reducen a la revisión de la decisión por un superior jerárquico (doble instancia) sino que se amplían, para incluir el que la revisión que hace el superior debe ser exhaustiva, es decir, que dos jueces de diferente jerarquía se encuentren conformes con la decisión (doble conformidad).

Por la vía del control de convencionalidad, la Corte Constitucional estableció que en el caso de los aforados constitucionales debe regir el principio de la doble instancia, producto de lo cual se expidió el Acto Legislativo 01 de 2018, mediante el cual se crea al interior de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Instrucción, encargada de investigar a los funcionarios aforados, y la de juzgamiento que tramitaría la fase del juicio en estos mismos supuestos, con lo que se garantizaría el derecho a la doble instancia.

Por la vía del control de convencionalidad la jurisprudencia, primero, de la Corte Constitucional, y posteriormente de la Corte Suprema de Justicia, se ha consolidado en la cultura jurídica colombiana el principio de doble conformidad, que, si bien se ha reconocido entre nosotros, plantea aún muchos desafíos y problemas por resolver, siendo importante plantear de manera descriptiva la temática, y señalar los desafíos que se presentan para esta institución entre nosotros.

Previo a dar inicio al debate sobre la doble conformidad en la jurisprudencia nacional, consideramos importante delimitar esta institución de la de la doble instancia. Mientras la doble instancia significa que toda sentencia debe tener la posibilidad de ser impugnada ante el superior de quien la profiere, la doble conformidad significa la garantía que tiene toda persona de acceder mediante un recurso que permita una revisión íntegra del fallo condenatorio.⁵ Es decir, la doble instancia sería el vehículo que, al ser empleado, habilita al funcionario de segunda instancia a realizar un análisis integral de la decisión aplicando la doble conformidad.

Frente a la diferencia entre estas dos garantías, encontramos que mientras la doble conformidad hace referencia a la posibilidad de que la sentencia condenatoria sea revisada en su integridad, la doble instancia

⁵ CIDH. Caso Mohamed Vs Argentina. Serie C No. 255, 11.6.2018.

es un mecanismo de impugnación que no distingue entre las partes o el sentido de la decisión.

Es por ello, que en el presente escrito nos referimos (i) al principio de doble conformidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (ii) a su aceptación en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, para (iii) a manera de conclusiones, plantear el estado actual de la cuestión y los desafíos que encontramos en los tiempos que corren.

2. La doble conformidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El primer antecedente sobre la materia se encuentra en la Sentencia C-037 de 1996, en el que se aborda de manera preliminar la cuestión. Se trata del fallo que revisa de manera integral la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y de forma indirecta hace referencia a esta problemática al referirse a los procesos de única instancia.

En las sentencias C-411 de 1997, C-019 de 1993 y C-142 de 1993, la Corte Constitucional se ocupa de los procesos penales de única instancia. En sentencia C-019 de 1993, se ocupa de los procesos penales contra menores infractores, diseñados legalmente como de única instancia, la Corte entendió que en este caso no se profieren condenas sino medidas rehabilitadoras, por lo que no había problema con que fueran procesos de única instancia. En las Sentencias C-142 de 1993 y C-411 de 1997, la Corte se ocupa de los procesos contra aforados, que son igualmente de única instancia, señalando que los fallos que se profieran en este tipo de procesos pueden ser impugnados por la vía de la acción constitucional de tutela, o del recurso extraordinario de revisión, por lo que si bien se limitaba el derecho a la impugnación se mantenía el de doble instancia. Esta postura, es reiterada en la Sentencia C-934 de 2006, en la que se evalúan los juicios de única instancia en la Ley 906 de 2004, señalando la Corte que

“...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..."

En la Sentencia C-998 de 2004, se evaluó la constitucionalidad del precepto legal que al establecer los requisitos del recurso extraordinario de casación en materias penales, daban lugar a que una persona absuelta en primera y segunda instancia fuese condenada posteriormente en sede del recurso de casación, sin que ello fuera susceptible de apelación. En este fallo, la Corte Constitucional reconoce que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano un recurso contra las sentencias condenatorias que se profieren en la fase de los recursos, existen otros mecanismos que permiten atacar el fallo judicial, como el recurso de revisión y la acción de tutela. En conclusión, señala que la facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia en sede de casación para revocar los fallos absolutorios no es contrario a la Constitución Política.

El antecedente más relevante sobre la doble conformidad, lo encontramos en la Sentencia C-792 de 2014, en la que se declaran inexequibles, con efectos diferidos, algunos artículos del Código de Procedimiento Penal y se exhorta al Congreso de la República para que en el término de un año regule el derecho que tienen todos los ciudadanos a impugnar todas las sentencias condenatorias, ordenando que, en el caso de que no se expida esta normativa, todas las decisiones condenatorias puedan ser apeladas. En esta decisión, la Corte Constitucional reconoce la existencia de una omisión legislativa, en tanto que, entiende, el recurso extraordinario de casación no es un medio idóneo para hacer efectiva la doble conformidad.

Se lee en esta decisión, en punto de la doble conformidad que:

"con la previsión de este derecho se asegura que la decisión estatal de imponer una condena a una persona sólo se configura cuando se encuentra precedida del aval de dos operadores jurídicos distintos que han tenido la oportunidad de aproximarse integralmente al caso, y de evaluar todos los elementos fácticos, probatorios y normativos determinantes de la condena. Esto, en el entendido de que la doble revisión contribuye de manera decisiva a que la decisión judicial sea correcta, y a que, por tanto, tenga el

debido soporte en el derecho positivo, en los hechos realmente ocurridos, y en el material probatorio."

En esta decisión, la Corte Constitucional fijó dos reglas:

"En primer lugar, la regla según la cual existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal. Este derecho comprende, por un lado, la facultad para atacar el único fallo incriminatorio que se dicta en juicios penales de única instancia, y por otro, la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia e imponen por primera vez una condena en la segunda, en los juicios de doble instancia..."

Entiende la Corte Constitucional que la garantía de la doble conformidad no se encuentra debidamente satisfecha en el ordenamiento jurídico colombiano, siendo insuficientes para el efecto tanto el recurso de casación, como la acción constitucional de tutela. Sobre ello, afirma el Alto Tribunal:

"Dentro de esta exploración se encontró que las sentencias que imponen una condena por primera vez en la segunda instancia, no son susceptibles de ser controvertidas mediante el recurso de apelación, sino únicamente mediante el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales, y la acción de revisión. El recurso extraordinario de casación no satisface los requerimientos básicos del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) el recurso no puede ser utilizado para atacar cualquier sentencia condenatoria, porque excluye las referidas a las contravenciones penales, porque el juez de casación puede inadmitir el recurso a partir de juicios discrecionales sobre la utilidad del caso para el desarrollo jurisprudencial, y porque cuando se cuestionan las órdenes de reparación integral, son aplicables las limitaciones materiales de la legislación civil; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es incompatible con la valoración que se debe efectuar en desarrollo del derecho a la impugnación, porque el recurso no permite una nueva aproximación al litigio o controversia de base, sino una valoración del fallo judicial a la luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia, teniendo en cuenta

únicamente los cuestionamientos del condenado. Por su parte, la acción de tutela tampoco satisface los estándares anteriores, porque se trata de un dispositivo excepcional que no permite controvertir todo fallo condenatorio que se dicta en la segunda instancia de un proceso penal, y porque tiene las mismas limitaciones materiales del recurso extraordinario de casación.”

Este asunto no es de poca entidad, en tanto que la doble conformidad, al suponer el derecho a impugnar las sentencias condenatorias, no solamente tendrá aplicación en el evento en que se profiera esta decisión contra los funcionarios aforados, que son juzgados en única instancia, sino también en las situaciones en las que se profiera en primera instancia una absolución que, al ser apelada es revocada, por lo que esta segunda decisión tendría que igualmente ser materia de recurso⁶. Esta última situación se presenta en tanto que, en otro evidente déficit de garantías del derecho procesal penal Colombiana, las decisiones absolutorias pueden ser materia de recursos por cualquiera de las *partes o intervinientes* en el proceso, como son la(s) víctima(s), el Ministerio Público, o la Fiscalía General de la Nación.

La posibilidad de que las decisiones absolutorias sean impugnadas, producto de un diseño constitucional desarrollado en una normativa confusa y deficitaria frente a los estándares internacionales en materia de protección de Derechos Humanos y su interacción con el principio de doble conformidad, abre las puertas para que, en una situación caótica para la Administración de Justicia, un proceso judicial pueda contar hasta con cuatro instancias, como sucede cuando la decisión de primera y segunda instancia (proferidas por un Juez Penal, y un Tribunal Superior) es revocada en sede de casación, donde se profiere una condena, que, debe tener la posibilidad de ser impugnada, quedando la

⁶ Fue precisamente esta la situación de la que se ocupó la CIDH en la Sentencia Mohamed vs. Argentina, del 11.6.2018, Serie C 255, en la que el Señor Oscar Alberto Mohammed quien era conductor de colectivos en la ciudad de Buenos Aires arrolló a una señora que falleció, iniciándose un proceso penal en contra del conductor por el delito de Homicidio culposo, El Juzgado de conocimiento absolvió al ciudadano, y se presentó recurso de apelación, siendo revocada la decisión, y, en consecuencia, condenado el Señor Mohamed por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sin que el ordenamiento jurídico previera algún tipo de recursos. Finalmente la CIDH establece que el Estado es responsable por la violación de los derechos del ciudadano.

duda de ante quien debe tramitarse este recurso, en tanto que el Tribunal de Casación es la máxima instancia en la jurisdicción ordinaria.

En la Sentencia SU 215 de 2016, la Corte Constitucional reitera la doctrina frente a la doble conformidad, y señala que esta garantía surte efectos desde el 25 de Abril de 2016, y opera frente a sentencias que se encuentren en término de ejecutoria, o que se expidan con posterioridad a esta fecha.

Estos pronunciamientos, generan la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, en el que se indica que es atribución de la Corte Suprema de Justicia, resolver la solicitud de doble conformidad.

En la Sentencia SU-217 de 2019, la Corte Constitucional realiza una definición de doble conformidad, señalando que toda persona que se vea afectada por una condena penal tiene derecho a impugnarla por I un mecanismo que permita la revisión de todos los elementos que conllevaron la decisión condenatoria.

A manera de conclusión de este apartado, señalamos que la Corte Constitucional fue la encargada de generar entre nosotros la garantía de la doble conformidad, delimitando su aplicación y señalando que la misma rige entre nosotros desde el año 2016. Fue gracias a sus pronunciamientos, que el constituyente derivado incluyó esta garantía en la Carta Política lo cual desencadenó en el desarrollo de esta institución por la Corte Suprema de Justicia, asunto sobre el que nos ocupamos a continuación.

3. La doble conformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Dentro de la Corte Suprema de Justicia es posible identificar dos posturas claramente diferenciadas. Por una parte, la Sala de Casación Penal con anterioridad al acto legislativo 01 de 2018 no aplica la doble conformidad frente a fallos proferidos en única instancia, o recursos en los que se revocan las decisiones absolutorias por parte de los Tribunales a esta fecha por (i) no encontrar un superior jerárquico que pueda conocer de las impugnaciones contra las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, y (ii) ante la inexistencia de un procedimiento para el trámite de estas solicitudes, no existir una

reglamentación específica sobre la materia. Con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Penal ha aplicado esta garantía, creando un procedimiento para el efecto, y ha entendido que el recurso extraordinario de casación satisface la garantía de la doble conformidad. Por otra parte, con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Civil de esta misma Corporación ha entendido que el recurso extraordinario de casación no satisface la garantía de la doble conformidad, asunto en el que se identifica con la Corte Constitucional, y que seguirá siendo polémico entre nosotros.

Mediante el comunicado de prensa 08-16 del 28 de Abril de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia frente a la Sentencia SU-215 de 2016, que, reiteramos, había señalado que a partir del 25 de Abril del 2016 toda sentencia condenatoria debería tener la posibilidad de ser impugnada, indicando que la Corte Suprema no puede crear un superior jerárquico que revise las sentencias que se han proferido por cada una de las Salas Especializadas del Alto Tribunal. Se indica, en este comunicado de prensa, que (i) es imposible para la Corte Suprema definir las reglas para las apelaciones contra sentencias condenatorias que se profieran en única o en segunda instancia, y que (ii) es esta entidad la máxima autoridad de la justicia ordinaria, de manera que no habría quién pudiese resolver estos recursos, al no existir un superior jerárquico.

La Sentencia 46.412 del 29 de Junio de 2016 aborda una impugnación contra una sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Encontramos en esta decisión una referencia a la sentencia C-792 del 2014 y a la SU – 215 del 28 de Abril de 2016 indicando, que la Alta Corporación no puede resolver la impugnación al no contar con un superior jerárquico, por lo que considera que es necesaria una reglamentación que permita la aplicación de esta institución.

En esta decisión, encontramos el importante salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, en el que señala que la doble conformidad es procedente (i) frente a decisiones expedidas con posterioridad al 25 de Abril de 2016 (ii) en aquellos eventos en los que la decisión condenatoria sea proferida por un Tribunal Superior, pero no si se trata de fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Señala el salvamento de voto, que frente a las

decisiones del Tribunal Superior, en las que se revoque una condena, procede o la impugnación o el recurso de casación, y que, también pueden interponerse de manera concurrente estos recursos, afirmando que en el evento que se interpongan los dos, deben sustentarse en un mismo término.

En la decisión 48.142 del 1º de Junio de 2016, la Corte Suprema de Justicia se ocupa de un recurso de queja, interpuesto contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá DC, institución que revocó una decisión absolutoria, y, en su lugar profirió una condena en contra de un ciudadano, por lo que, se interpuso el recurso de apelación, mismo que el Tribunal considera improcedente, dando lugar al trámite de la queja. En esta decisión, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal se abstiene de resolver la cuestión, en tanto que la queja, refiere, solamente es procedente cuando se niega una apelación procedente, lo cual no se presenta en el caso bajo estudio, con lo que la Sala mantiene la postura ya referida en el pronunciamiento anterior negando la procedencia de la doble conformidad.

En la sentencia 47.742 del 26 de Octubre de 2016, se plantea uno de los debates más intensos sobre la doble conformidad entre nosotros, relacionado con la discusión respecto de si el recurso extraordinario de casación satisface o no la garantía de la doble conformidad. Señala la Corporación en esta decisión que considera que el recurso extraordinario de casación permite satisfacer de manera idónea el postulado de la doble conformidad.

La Sentencia 37.462 del 25 de Mayo de 2016, hace referencia a una solicitud que presentara el ex ministro de Agricultura Andrés Felipe Arias Leyva, condenado por la Sala de Casación Penal el 16 de Julio de 2014, para que su condena fuese objeto de una revisión por una segunda instancia. En esta decisión, la Sala de Casación Penal indica que no aplica la doble conformidad en tanto que los efectos de la Sentencia C-792 de 2014 se producen a partir del 25 de Abril de 2016 y el fallo de condena del ex ministro, data del año 2014, sin que la Sala permita la aplicación retroactiva de esta decisión y, por ello, despacha esta petición de manera desfavorable.

En la Sentencia 100.470 del 10 de Octubre de 2018, la Sala de Casación Penal se ocupa de una acción de tutela interpuesta contra la Sala de

Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira. Esta última corporación, conoció de un proceso en el que ciudadanos fueron procesados por los delitos de estafa y enriquecimiento ilícito de particulares, siendo absueltos por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia. Esta decisión fue apelada por la Fiscalía General de la Nación y por la representación de víctimas, encontrando eco en sus peticiones, en tanto que el Tribunal revoca la absolución, y en su lugar, condena a los procesados. El Tribunal, en este fallo, indica que procede el recurso extraordinario de casación y uno de sus Magistrados salva el voto señalando que es procedente el recurso de apelación. La defensa interpone el recurso de apelación, y el Tribunal no lo concede, por lo que se interpone la acción constitucional que da origen a este pronunciamiento.

En esta decisión, la Corte Suprema de Justicia señala que el Acto Legislativo 01 de 2018 (i) separó las funciones de investigación y juzgamiento contra los funcionarios aforados, (ii) crea la segunda instancia en estos mismos procesos, y establece el derecho a impugnar la primera condena en estos procesos y en aquellos que la Corte Suprema de Justicia conoce en sede de casación. Indica, así mismo, que el numeral 7º del artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2018 señala que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal conoce de la doble conformidad de los fallos contra los aforados, o los que profieran los Tribunales Superiores del Distrito Judicial. Sostiene que la doble conformidad significa que el recurso garantice el examen integral de la decisión por un superior. Reitera la postura señalada en la decisión 47.742 del 26 de Octubre de 2016 al considerar que el recurso extraordinario de casación es un medio idóneo para garantizar la doble conformidad cuando la condena es proferida por vez primera por un Tribunal Superior de Distrito Judicial. Al resolver la tutela interpuesta, y dado que el impugnante no había interpuesto el recurso extraordinario de casación, concede la acción constitucional y corre el término para que se interponga y sustente el recurso extraordinario.

En la Sentencia del 25 de Enero de 2019, dentro del radicado 48.820 la Corte Suprema de Justicia se ocupa de un proceso, en el que un ciudadano -Alcalde de un municipio- fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado en sede de casación. En este caso, el procesado fue absuelto en primera y en segunda instancia, pero, el Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación interpusieron el

recurso extraordinario de casación, y el 14 de Octubre de 2018 la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, condena al procesado revocando los fallos de instancia. La defensa del condenado, apela la decisión y la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso, en este caso, confirmando la decisión.

La Sentencia 54.215 del 3 de Abril de 2019, representa -en nuestro sentir- el punto de llegada de la cuestión en la Corte Suprema de Justicia. Se trata de un proceso, en el que el Juzgado 3º Penal del Circuito de Ocaña absuelve a los procesados, siendo impugnada esta decisión, y revocada por el Tribunal Superior. La defensa apela ante el propio Tribunal, instancia que invoca el auto del 5 de Diciembre de 2018, dentro del radicado 54.215 para denegar el recurso, señalando que debe interponerse el recurso extraordinario de casación. La defensa, interpone acción constitucional de tutela, misma que le corresponde a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncia en el fallo del 1º de Marzo de 2019, radicado STC 2560-2019, amparando el derecho a impugnar la primera condena, dejando sin efecto el fallo y dando la orden de decidir sobre la impugnación. La Sala de Casación Civil señala que la Sala de Casación Penal tiene esta facultad y tercia en el debate, cuando sostiene que el recurso extraordinario de casación no es el medio idóneo para satisfacer la garantía de la doble conformidad.

Frente a esta situación, la Sala de Casación Penal en la decisión del 3 de Abril de 2019 dentro del radicado 54.215, establece las reglas para que pueda tramitarse el recurso de apelación en el que se haga efectivo el derecho a la doble conformidad. Se señala, que todo condenado por vez primera en segunda instancia puede impugnar el fallo ante la Corte Suprema de Justicia, indicando que esta impugnación no tiene los mismos requisitos que el recurso extraordinario de casación y que los Tribunales, al momento de revocar la absolución, deben manifestar a la defensa, que procede el recurso de apelación.

Se sostiene, que en el caso de la revocatoria de la decisión absolutoria, para la defensa procede el recurso de apelación, y para los restantes sujetos procesales se mantiene la procedencia del recurso extraordinario de casación. Indica, por último, que no procede el recurso de casación, contra la sentencia que decide la impugnación especial.

Como lo anticipábamos al inicio de este apartado, al interior de la Corte Suprema de Justicia encontramos una progresiva implementación de la doble conformidad. En primer lugar, con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2018, se niega su procedencia aduciendo (i) la inexistencia de un superior jerárquico que pueda tramitar estas impugnaciones frente a decisiones de la Corte Suprema de Justicia, y (ii) la carencia de una reglamentación específica sobre el punto. Con posterioridad a esta normativa, la alta corporación ha implementado los mecanismos para hacer efectiva esta garantía, encontrando una divergencia de criterios respecto a si el recurso extraordinario de casación satisface este derecho, pues mientras la Sala de Casación Penal entiende que si, la Sala de Casación Civil considera lo contrario.

4. Balance preliminar y desafíos

Lo primero que tenemos que indicar, es que en nuestro criterio, hay un defecto de fondo en nuestra normatividad que ha generado una situación en la que una decisión judicial puede tener hasta cuatro revisiones, con el desgaste institucional que ello conlleva, sin perjuicio de la procedencia de la acción constitucional de tutela contra decisiones judiciales, con lo que podrían ser siete las revisiones de un mismo fallo. A esta situación institucional, se suma la inexistencia de una reglamentación específica sobre la materia, lo cual genera igualmente dificultades a la hora de materializar una garantía.

Al defecto de diseño legislativo de las decisiones de única instancia, corregido mediante el Acto Legislativo 01 de 2018 ha de sumarse el error de permitir que las decisiones judiciales en las que una persona es declarada inocente, sean materia de impugnación, por parte del ente acusador, lo cual tendría alguna lógica, misma que en absoluto existe cuando se trata de impugnaciones tramitadas por el Ministerio Público, cuya presencia en el proceso penal es otra de las discusiones que habrán de abordarse, atendiendo su evidente asistematicidad con el modelo procesal de tendencia adversarial que nos rige, y, las críticas que su desempeño desata en las actuaciones procesales, en las que suele convertirse en otro ente acusador.

Las decisiones judiciales favorables al procesado, como la negativa a imponer una medida de aseguramiento, o la sentencia absolutoria, no deben ser objeto de recursos, en tanto que se estaría condenando a un

ciudadano sin que haya habido un juicio, con base en pruebas que no fueron practicadas frente al funcionario que toma la decisión, y sin el mínimo de las garantías que sustentan la legitimidad de una condena. Por supuesto, si se considera que se está frente a una vía de hecho, es procedente la acción constitucional de tutela, pero la realidad es que es precisamente este defecto estructural el que ha generado este auténtico caos institucional.

De manera que, en un estado de cosas conforme a lo que se establece en materia de garantías mínimas dentro del proceso penal, la doble conformidad no tendría complejidad alguna para operar, en tanto que, de proferirse una condena por el funcionario de conocimiento, la misma puede ser apelada y, el funcionario de segunda instancia la puede revisar de manera integral. Es por ello, que el sistema procesal penal en Colombia no se encuentra en condiciones de funcionar adecuadamente mientras subsista este déficit de garantías. Rige en este sentido lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala 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..."*.

Por el contrario, la Corte Constitucional en Sentencia C-47 de 2006, en la que la Corte Constitucional, se ocupó de la constitucionalidad de las disposiciones legales que avalan la posibilidad de apelar la decisión de primera instancia, señalando que el debido proceso es un derecho de todos los que intervienen en el proceso penal, y, por ende respecto de sujetos diferentes a la defensa o el procesado también rige el derecho a tener una doble instancia.

Otra de las discusiones sobre la materia, recae sobre si el recurso extraordinario de casación satisface o no la doble conformidad. Como se anunció en precedencia, es uno de los asuntos más debatidos en el derecho penal colombiano. Por una parte, la Sala de Casación Penal ha sostenido que si, y por otra, tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Civil han sostenido lo contrario, apoyados, básicamente, en tres ideas, a saber (i) la procedencia excepcional del recurso, (ii) el Juez de Casación solamente está facultado para revisar la sentencia por las causales que taxativamente se han enunciado en la demanda, y, (iii) el recurso extraordinario de casación no permite una revisión integral del fallo.

Sobre ello, la Sentencia C-742 de 2014, señala que

"...el recurso de casación no satisface los estándares del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) no todas las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en la segunda instancia son susceptibles de ser impugnadas, porque el recurso no procede contra los fallos que juzgan contravenciones, porque el recurso puede ser inadmitido a discreción cuando se considere que la revisión judicial no es necesaria para los fines de la casación, y porque cuando los cuestionamientos del recurrente versan sobre la orden de reparación integral, son aplicables todas los condicionamientos de la legislación común; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es distinto del que se efectúa en el marco del derecho a la impugnación, porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial sino sobre la providencia recurrida, y porque el juez no tiene plenas potestades para efectuar revisar integralmente el fallo sino sólo a partir de las causales establecidas de manera taxativa en el derecho positivo; (iii) por regla general, en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la sentencia se debe circunscribir a los cargos planteados por el casacionista."

Si doble conformidad significa la posibilidad de una revisión integral del fallo condenatorio, cierto es que hoy en día la casación lo permite, en tanto que se mantiene la facultad de revisar el fallo en su integridad de oficio por la Corte Suprema de Justicia, en lo que se conoce como casación discrecional. Sin embargo, es cierto que el recurso de casación cuenta con una procedencia limitada, en tanto que no es viable en todo tipo de condenas, y, su carácter eminentemente técnico hace que deba circunscribirse la discusión a aspectos muy puntuales del debate, contrario sensu de lo que ocurre con la doble conformidad.

Por demás, la impugnación especial por vía de doble conformidad no necesariamente cuestiona la legalidad del fallo de instancia, como si sucede con el recurso extraordinario de casación, de manera que, consideramos, lo procedente es mantener la doble conformidad, y el recurso extraordinario de casación, como alternativas frente al fallo condenatorio.

Por supuesto, esto encontrará una dificultad cuando se permite que víctimas, Ministerio Público y ente fiscal mantengan la posibilidad de apelar los fallos absolutorios, en casos como el ya comentado, en el que las dos instancias absuelven, y en la casación se condena, evento en el que no quedaría una instancia que pueda resolver, ni la impugnación especial, ni el recurso extraordinario de casación por no existir una institución jerárquicamente superior a la Corte Suprema de Justicia.

Otro debate relacionado con la doble conformidad lo encontramos en la posibilidad de aplicar de manera retroactiva la sentencia SU-2016, y, en caso afirmativo, hasta qué momento podría retrotraerse la aplicación de esta institución. Por supuesto que no se trata de un asunto menor, pues de habilitar la aplicación retroactiva de esta decisión, tendrían que habilitarse para recurso todas las condenas que en única instancia haya proferido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y, todas aquellas en las que se hubiere revocado por los Tribunales o por la Corte Suprema de Justicia una decisión absolutoria, lo cual conduciría a la necesidad de reabrir el debate en miles de procesos, con el consecuente colapso para la administración de justicia, sin perjuicio de la posibilidad de prescripción en todos estos casos, pues al habilitarse la interposición de recursos, los fallos respectivos perderían la ejecutoria y continuaría el conteo del término de prescripción, que operaría en la mayoría de los casos.

En este debate, cabrían tres alternativas, a saber , el que esta institución aplica (i) desde el año 1976, cuando Colombia ratificara el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, (ii) desde 1991, cuando entra en vigencia la actual Constitución Política, o, (iii) a partir del año 2016, cuando se profiere la Sentencia de la Corte Constitucional. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la precitada decisión del 13 de Febrero de 2019, se ha identificado con este último criterio, y, por ahora la Corte Constitucional se ha limitado a señalar que se encuentra en estudio la cuestión.

⁷ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968, y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976.

En el estado actual del Derecho Procesal Penal Colombiano, uno de los mayores peligros que enfrenta la doble conformidad es su limitación a la condena, pues bien podría afirmarse que debe aplicarse también respecto de las sentencias absolutorias cuando ello desconozca los derechos de las víctimas o de la sociedad. Si la doble conformidad significa que la decisión debe tener dos instancias y ser valorada integralmente, podría plantearse que se trata de una prerrogativa de todas las partes del proceso penal, lo cual conduciría a que fuere cual fuere la decisión, tendría garantizadas las cuatro instancias, sin perjuicio de la acción constitucional de tutela, lo que conduciría al colapso de la administración de justicia, y, por supuesto, al mayor grado de incertidumbre jurídica, pues los pleitos y debates serían interminables. Consideramos que es necesario mantener su procedencia únicamente respecto del fallo condenatorio, por ser una garantía que cobija exclusivamente al procesado.

Por último, queda la duda de si la doble conformidad es un asunto exclusivamente procesal penal, o si se trata de una institución que es aplicable en otro tipo de asuntos, como los laborales, comerciales, o de familia, por ejemplo. Al respecto, mientras en los asuntos penales se consolida esta institución, el Código General del Proceso modificó el recurso de apelación, al señalar que el superior solamente puede pronunciarse respecto de aquellos aspectos materia de recurso⁸, con lo que se eliminó la denominada *visión panorámica* del recurso de alzada por lo que en principio, esta normativa no estaría dando lugar a la doble conformidad que propende por una revisión integral del fallo.

⁸ Código General del Proceso. Art. 320. “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante para que el superior revoque o confirme la decisión...”