

BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO. DELGADO MORENO NATALIA.
FLECHAS HERNÁNDEZ, JUAN PABLO, “Una mirada jurídica al
caso Arias y a la doble conformidad. Comentarios a la
Sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional”,
Nuevo Foro Penal 95, (2020)

**Una mirada jurídica al caso Arias y a la doble
conformidad. Comentarios a la Sentencia
SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional**
*A legal look at the Arias case and double conformity.
Comments on Judgment SU-146 of 2020 of the
Constitutional Court*

JUAN CAMILO BOADA ACOSTA*
NATALIA DELGADO MORENO**
JUAN PABLO FLECHAS HERNÁNDEZ***

Resumen

La Sentencia SU-146 de 2020 por la cual el tribunal decidió ordenar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que iniciara “el trámite para resolver la solicitud de impugnación de la condena en única instancia proferida en contra del ciudadano Andrés Felipe Arias Leiva” es una actual discusión política. Es por esto que se toma como objeto de análisis para realizar comentarios respectivos, además, de relacionar a este el principio de conformidad y su evolución en el ordenamiento.

* Abogado de la Universidad de los Andes y estudiante de la Maestría en Derecho (en investigación) de la misma universidad. Litigante y consultor en materia penal en la oficina Prias Cadavid Abogados. Trabajó durante el 2019 en la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz. Correo: jc.boada10@uniandes.edu.co

** Abogada de la Universidad de los Andes y Especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Litigante y consultora en materia penal en la oficina Prias Cadavid Abogados. Correo: n.delgado10@uniandes.edu.co

*** Abogado con opción en economía e historia de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho en la misma universidad. Litigante y consultor en materia penal en la oficina Prias Cadavid Abogados. Correo: jp.flechas31@uniandes.edu.co

Abstract

The Sentence SU-146 of 2020, by which the court decided to order the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice to initiate “the process to resolve the request to challenge the sentence in sole instance issued against citizen Andrés Felipe Arias Leiva” is a current political discussion. This is why it is taken as the object of analysis to make respective comments, in addition, to relate to this the principle of conformity and its evolution in the order.

Palabras claves

Sentencia SU-146, impugnación de condena, principio de conformidad

Keywords

Sentence SU-146, challenge of conviction, principle of conformity

Sumario

1. La sentencia SU-146 de 21 de mayo de 2020; **2.** Comentarios a la sentencia; **3.** Conclusiones; Bibliografía.

El derecho a recurrir la sentencia condenatoria se encuentra actualmente en el centro de la discusión política con ocasión de la reciente sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional. En esa oportunidad, dicho tribunal decidió ordenar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ, Corte Suprema y Sala Penal) que iniciara “el trámite para resolver la solicitud de impugnación de la condena en única instancia proferida en contra del ciudadano Andrés Felipe Arias Leiva”. No está de más recordar que fue esta última Sala la que condenó al exministro el 16 de julio de 2014¹. Desde entonces, Arias inició una serie de acciones legales para acceder a la posibilidad de que un segundo juez conociera su caso. Incluso, el partido de Gobierno presentó un proyecto de ley que buscaba regular dicho derecho². Debido a lo anterior, lamentablemente, la discusión ha estado alejada de sus fundamentos jurídicos, que son los que realmente deberían guiar el curso del debate en el Congreso. Por eso, este texto tiene como objetivo comentar la mencionada Sentencia SU-146 de 2020 desde un punto de vista estrictamente jurídico.

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 37462. (M.P. María del Rosario González Muñoz, 16 de julio de 2014).

2 Proyecto de Ley 32 de 2019.

El texto estará dividido en tres secciones. En la primera se hará un resumen de la sentencia. En la segunda se desarrollarán los comentarios respectivos. En este segundo acápite abordaremos: (i) la naturaleza del principio de conformidad y su evolución en nuestro ordenamiento; y (ii) las críticas concretas a la sentencia bajo estudio. Y en la tercera se aportarán las conclusiones respectivas.

1. La sentencia SU-146 de 21 de mayo de 2020

1.1. Antecedentes

El ciudadano Andrés Felipe Arias Leiva, exministro de Agricultura, fue condenado en el año 2014 por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros por la Sala Penal. Al considerar que dicho Tribunal había desconocido sus derechos fundamentales al debido proceso y la doble instancia, entre otros, presentó acción de tutela en contra de esta Corte. La tutela fue conocida en primera instancia por la Sala de Casación Civil de la CSJ y en segunda instancia por la Sala Laboral. En ambos casos se negó la petición del accionante porque se estimó que no procedía la impugnación de su condena.

La razón por la que consideró que el auto mencionado vulnera sus derechos fundamentales fue porque, a su parecer, la misma desconocía la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 (por medio del cual se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria). Destacó, además, que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el Caso CCPR 215/5, afirmó que se violaron los derechos previstos en los artículos 14.5³ y 25⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En último lugar, el accionante pidió que se aplicara el principio de favorabilidad por retroactividad de la ley penal y lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

En su oportunidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió declarar improcedente la impugnación interpuesta contra la sentencia de 16

3 14.5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley

4 Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:
a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

de julio de 2014 por dos razones principales: (i) debido a que para ella el derecho de impugnación es aplicable para los aforados constitucionales a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, pues esta reforma no establece un régimen de transición sino que por el contrario, dispuso una cláusula de vigencia hacía el futuro; y (ii) el caso del exministro finalizó bajo ciertas normas vigentes del ordenamiento que no preveían el mecanismo de impugnación. Por tanto, esta decisión adquirió fuerza de cosa juzgada y no puede modificarse visto que el Acto Legislativo no previó la posibilidad de impugnar sentencias que ya hubieran hecho tránsito a cosa juzgada. Por ello, acceder a la petición del accionante implicaba que la Corte dejara sin efectos la cosa juzgada de la sentencia que lo condenó. Respecto a lo considerado por el Comité de Derechos de la ONU, sostuvo que si el Estado quisiera acatar su dictamen y garantizar el derecho al exministro, la autoridad que podría hacerlo no sería ninguna Corte ni otro órgano de la Rama Judicial, sino el Congreso de la República el llamado a adoptar medidas legislativas con este fin.

1.2. Decisiones de instancia

El 23 de abril de 2019 la Sala de Casación Civil, al decidir la tutela en primera instancia, negó las pretensiones de la tutela. Para la Sala resultó claro que en este caso no era posible aplicar el Acto Legislativo 1 de 2018 porque el mismo solo resulta aplicable para aquellos juicios que se tramiten después de esa fecha. Además, al referirse al alcance del principio de favorabilidad en materia penal, sostuvo que únicamente es aplicable para actuaciones en curso, no consolidadas, por lo que no es posible hablar de favorabilidad en la aplicación de este Acto Legislativo en el caso bajo examen. Por último, respecto a la decisión de la Sala Penal de negar el derecho a la impugnación, dijo que en ese momento el Estado no había reglamentado la competencia de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que le resultaba imposible conceder dicha instancia sin definir su trámite o juez competente. Mediante providencia del 30 de julio de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia bajo razonamiento similar al hecho por la Sala de Casación Civil.

1.3. Consideraciones

En sede de revisión procedió la Corte Constitucional a examinar los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia recién mencionados, en los que se negaron

las pretensiones de la acción de tutela presentada por Andrés Felipe Arias Leiva en contra la Sala de Casación Penal. Para comenzar, la Corte Constitucional se pregunta si la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que rechazó la impugnación propuesta por el accionante contra sentencia condenatoria en su contra, incurrió en violación directa de la Constitución, por desconocimiento a la garantía a impugnar sentencia condenatoria conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 93 de la Constitución Política, 14.5. y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2.h. y 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos y procede a resolver el problema jurídico.

Después de analizarlo, la Corte Constitucional consideró que, en efecto, el Auto del 13 de febrero de 2019 que le negó el derecho a la impugnación a Andrés Felipe Arias Leyva incurrió en violación directa de la Constitución Política, por las razones que se expondrán a continuación.

Para comenzar el desarrollo del problema jurídico, la Corte se encargó de reconstruir la línea jurisprudencial sobre el derecho a la impugnación desde el año 1991 hasta el 2019. Concluyó que a partir de la sentencia C-792 de 2014 se reconoció que el derecho fundamental a la impugnación involucra la existencia de un mecanismo amplio e integral que satisfaga el objeto del derecho. Después, con la expedición del Acta Legislativo 01 de 2018 se ratificó dicho estándar. Lo anterior no quiere decir que antes del 2014 el derecho a la impugnación no se encontrara dentro del ordenamiento jurídico, pues como lo reconoce la Sala, el mismo fue previsto por el Constituyente de 1991. Lo que cambió entonces, a partir del 2014, es que se reconoció la necesidad de que ese derecho dispusiera de un mecanismo para ser exigido.

Sobre la imposibilidad de aplicar el Acto Legislativo 01 de 2018 en el presente asunto, la Corte Constitucional se aparta de lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al considerar que es labor de los jueces armonizar los derechos y principios en tensión antes de tomar una decisión. Si bien reconoce que la reforma constitucional tiene una cláusula de vigencia hacia el futuro, argumentó que la Sala de Casación Penal desconoció el precedente consagrado en la Sentencia C- 792 de 2014, además de la evolución que ha tenido el derecho a la impugnación en el ámbito regional de Derechos Humanos, aplicable y relevante en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.Pol).

Dijo también que tener en cuenta solo el efecto de cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica desconoce la garantía procesal de la doble conformidad al volver nugatoria su naturaleza y extensión en el tiempo. Por esta razón se pregunta qué pasa en los casos que fueron definidos en única instancia antes de reconocer que

el derecho a la impugnación necesitaba un mecanismo independiente y eficaz para su ejercicio. Para responder, la Corte analiza el alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o CIDH) en el caso de Liakat Ali Alibux el 20 de enero de 2014 y determina que esta fecha marca el momento desde el cual debe ampararse del derecho a la impugnación, por ser esta providencia un referente histórico internacional que estableció el alcance del derecho convencional de impugnación.

Para resolver el enfrentamiento que existe entre los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, axiomas que rigen el Estado de Derecho, y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, derivado de los mandatos internacionales aplicables en virtud del bloque de constitucionalidad, considera que ninguno debe ser sacrificado de manera absoluta, pero que la decisión debe tender a favor del accionante por lo anteriormente expuesto. Aclara que en todo caso no se desvanecen los efectos de cosa juzgada sobre la sentencia condenatoria, debido a que dicha providencia no había sido objeto integral de revisión.

En conclusión, dice la Corte Constitucional que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en violación directa de la Constitución al proferir el Auto del 13 de febrero de 2019, en el que declaró improcedente el derecho -de aplicación inmediata- a la impugnación invocada contra la sentencia del 16 de julio de 2014, derecho que es aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano desde el 30 de enero de 2014. Por esta razón desconoció los artículos 29 y 93 de la Constitución, 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, lo procedente es amparar el derecho al debido proceso del ciudadano Andrés Felipe Arias Leiva.

2. Comentarios a la sentencia

2.1. Precisiones conceptuales previas

2.1.1. Doble conformidad y segunda instancia

Usualmente se ha entendido que el derecho a la doble conformidad o a recurrir la sentencia condenatoria es el mismo derecho a la doble instancia. Sin embargo, esta idea es incorrecta, pues si bien las dos situaciones pueden coincidir, no son situaciones equivalentes⁵. Para dar claridad al respecto es necesario hacer referencia

5 Como se verá más adelante en el texto, la jurisprudencia colombiana en algún momento consideró que efectivamente la doble instancia y la doble conformidad son figuras equivalentes, llegando incluso a negar la procedencia del segundo debido a que el primero puede tener excepciones en el

a las normas que regulan dichos derechos en la Constitución colombiana y en normas internacionales. En cuanto al derecho a la doble instancia, este se encuentra en el artículo 31 de la Constitución Política colombiana:

Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. (...)

Por su parte, el derecho a la doble conformidad se encuentra en el artículo 29 constitucional, el cual desarrolla el debido proceso:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...) a *impugnar la sentencia condenatoria*,

Con una redacción similar se encuentra desarrollado dicho derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8⁶. Igualmente, se encuentra también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14⁷.

Del anterior recuento normativo resulta evidente la diferencia entre el derecho a la doble instancia y doble conformidad. El primero se refiere a la posibilidad de apelar cualquier tipo de decisión judicial, mientras que el segundo hace referencia a posibilidad de recurrir el primer fallo condenatorio en un proceso penal. El primero de los derechos en mención puede ser objeto de excepciones, a diferencia del segundo, el cual no admite ninguna.

Sin embargo, como se verá, dicho punto ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. No obstante, más allá de que existiera debate sobre la equivalencia de dichas figuras, lo cierto es que la primera no satisface la segunda en todos los casos. También es cierto que la distinción resulta importante ya que permite definir el universo sobre el cual dicho derecho no ha sido aplicado. Aunque el caso más claro de violación a este derecho es el de los aforados juzgados en única instancia por la CSJ, también hay casos en los que

ordenamiento jurídico colombiano.

6 Garantías Judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (...). La convención fue aprobada por el Congreso colombiano en la Ley 16 de 1972. Diario Oficial nro. 33.780 del 5 de febrero de 1973.

7 "5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (...)". El Pacto fue aprobado por el Congreso colombiano mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969.

a pesar de haber existido doble instancia no se garantizó la doble conformidad. En efecto, una persona puede ser declarada inocente en primera instancia y condenada en segunda. O peor aún, puede haber casos en los que las decisiones de instancia corresponden a absoluciones y en sede de casación se casa la sentencia para condenar al procesado.

2.1.2. El derecho a impugnar: ¿tutela, revisión y casación?

Una de las principales dificultades que plantea esta garantía, y que retrasó su aplicación efectiva en nuestro ordenamiento, es el de identificar qué clase de recurso puede ser idóneo para amparar el derecho. Es evidente que ni la Constitución colombiana ni los tratados internacionales mencionados definen con claridad cuál es el medio idóneo para garantizarlo⁸. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado lo siguiente:

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.⁹

8 A propósito, puede verse el preciso análisis que realiza Rodrigo Uprimny en: RODRIGO UPRIMNY YEPES. "Doble instancia y doble conformidad", *DeJusticia*, (2019). URL: <https://www.dejusticia.org/column/doble-instancia-y-doble-conformidad/>

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Caso Mohamed vs. Argentina. párr. 100. En sentido similar: Sentencia del 2 de julio de 2004. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 161: "De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, 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 del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".

Dicho punto es determinante, pues de la naturaleza del medio de impugnación depende que pueda satisfacer o no la doble conformidad. La misma Corte había considerado, durante un larguísimo período, que mediante otros medios se podía cumplir con estos parámetros: la casación, la revisión y la tutela. A continuación hacemos un breve repaso de cada uno de ellos.

a. El recurso de casación: se encuentra descrito en el capítulo 9 del título 6 de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, entre otras normas. Busca aplicar el derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la unificación de jurisprudencia. La jurisprudencia¹⁰ ha dejado claro que la casación no es una tercera instancia, debido a que constituye un juicio limitado y extraordinario sobre los errores en los que pueden incurrir los jueces de instancia. Por esta razón, la casación tiene causales taxativas y estrictas de procedencia.

b. La acción de revisión: la acción de revisión dispuesta en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, entre otros, es una excepción a la cosa juzgada, pues permite atacar las sentencias ejecutoriadas en algunos casos específicos cuando han aparecido nuevos hechos y evidencias, grandes irregularidades procesales y en otras causales taxativas descritas en la ley. Se ha precisado jurisprudencialmente que la revisión no pretende corregir el error judicial, como lo hace la casación, sino que la misma exige un debate probatorio respecto de nuevas circunstancias o elementos que ayuden a inferir que el fallo ejecutoriado es injusto¹¹.

c. Acción de tutela: mecanismo creado en la Constitución Política de 1991 mediante la cual se puede solicitar a un juez la protección de derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza¹². En lo que respecta al presente debate, se debe resaltar que la Corte Constitucional ha desarrollado varios requisitos generales y especiales para cuando se pretende atacar una providencia judicial por este medio, lo que ha dificultado su procedibilidad en estos casos¹³. Es importante resaltar que la tutela requiere circunstancias de

10 Corte Constitucional. Sentencia C-213. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 5 de abril de 2017), citando la Sentencia C-596 de 2000 de la misma Corporación que tuvo como Magistrado Ponente a Antonio Barrera Carbonell que refiriéndose expresamente al recurso de casación dijo: “no es por lo tanto, una tercera instancia, ni un recurso que pueda ser equiparable a los llamados recursos ordinarios”.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-252. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 28 de febrero de 2001).

12 Artículo 86 de la Constitución Política.

13 A continuación se transcribe: Corte Constitucional. Sentencia SU-116. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 2008):

tiempo, modo y lugar específicas debido a que tiene carácter subsidiario y residual, es decir, que solo procede cuando no existe otro mecanismo para amparar el derecho, o en caso de que este exista, procede solo en el caso en que ese medio no sea adecuado para lograr la protección invocada.

Del anterior recuento se puede ver que las características y exigencias particulares de cada uno de estos mecanismos dificultan enormemente que con ellos se pueda garantizar la doble conformidad. Ello debido a que, como se vio, no permite el control amplio de la primera sentencia condenatoria, no solo por sus múltiples requisitos sustanciales y formales, que además dificultan su procedencia, sino también por la finalidad específica con la que fueron concebidos en el ordenamiento.

2.1.3. El largo camino del reconocimiento de la doble conformidad en el ordenamiento jurídico colombiano

Consideramos que el momento más oportuno para iniciar el recuento es desde la Constitución de 1991, pues allí se consagra el derecho al debido proceso en el artículo 29 y el bloque de constitucionalidad en el artículo 93¹⁴. En lo que respecta a este debate, la primera sentencia en la que la Corte Constitucional analiza el tema es la C-142 de 1993¹⁵. En esta providencia, la Corte consideró que la definición de “impugnar” es tan amplia que la acción de revisión, el recurso de apelación, el recurso de casación y la nulidad de los actos procesales garantizaban este derecho. Con respecto a los procesos de única instancia consideró que estos representaban beneficios a los procesados: por razones de economía procesal y por evitar errores de los jueces de instancia. Esta misma lógica fue aplicada por mucho tiempo por la Corte Constitucional. Así lo hizo en las sentencias C-037 de 1996¹⁶ y la C-411 de 1997¹⁷.

14 Es importante tener en cuenta que previo a la promulgación de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia era la encargada de hacer el análisis de constitucionalidad de las leyes colombianas a la luz de la Constitución de 1886. Durante ese período, la jurisprudencia constitucional no era uniforme frente a la vinculatoriedad de los tratados internacionales en el orden interno. RODRIGO UPRIMNY YEPES. “Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte”, *Guerra y Constituyente*, Gustavo Gallón (Bogotá: Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, 1991), 90 y siguientes.

15 (M.P. Jorge Arango Mejía).

16 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Esa postura fue reiterada en la Sentencia C-561. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996), en la cual consideró que, en virtud del principio de especialidad, la Sala Penal de la Corte Suprema podía conocer de los procesos contra aforados en única instancia.

17 (M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo)

Por su parte, el 2 de julio de 2004, la CIDH se pronunció en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica sobre un caso relacionado con el artículo 8.2.h) del Pacto de San José. La CIDH consideró que el Estado costarricense lo violaba, ya que ante las sentencias condenatorias únicamente se podía interponer recurso de casación. Afirmó que el recurso debe permitirse antes de que la sentencia adquiera cosa juzgada¹⁸ y no debe requerir mayor complejidad para que sea accesible¹⁹. Igualmente, señaló que no se trata simplemente de la existencia formal de recursos sino que deben ser eficaces para atacar el fallo.²⁰

Sin embargo, en el contexto colombiano, la Corte Constitucional mantuvo su línea. Así lo hizo en las sentencias C-998 de 2004²¹ y C-934 de 2006²². En esta última oportunidad, a pesar de mencionar el caso de Herrera Ulloa, consideró que no había una regla clara frente a la segunda instancia en casos de aforados juzgados en única instancia por el tribunal de cierre. Luego, en el 2007, el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos emitió la Observación general No. 32, analizó el artículo 14 del Pacto y concluyó que dicho derecho se vulnera cuando la primera condena de un tribunal de apelación o de última instancia no puede ser revisada. A propósito de los procesos de única instancia por parte del tribunal de cierre de un país, afirmó que el hecho de que la única instancia fuera analizada por el tribunal más alto de un Estado no era compatible con dicho tratado, pues debía garantizarse el recurso²³.

No obstante, la Corte Constitucional mantuvo su línea jurisprudencial frente a los procesos de única instancia de aforados. En las sentencias T-1150 de 2008²⁴, T-1246 de 2008²⁵, T-555 de 2009²⁶, SU-811 de 2009²⁷ y T-965 de 2009²⁸ consideró que la doble instancia puede tener excepciones según el artículo 31 de la Carta y en esa medida dichos procesos ante la Sala Penal de la CSJ son ajustados a la Constitución.

18 Consideración 158.

19 Consideración 164.

20 Consideración 161.

21 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

22 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

23 Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Observación general No. 32

24 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

25 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

26 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

27 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

28 (M.P. María Victoria Calle Correa).

En paralelo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se siguió dando desarrollo al derecho. Así, el 17 de noviembre de 2009 la CIDH se pronunció en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Esta sentencia es fundamental pues se refiere a la doble conformidad y su vulneración en procesos de única instancia en casos de aforados. La CIDH explicó que incluso frente a aforados se debe garantizar la doble conformidad:

Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.²⁹

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional mantuvo su línea. En Sentencia T-146 de 2010 consideró que dicha regla no podía cumplirse en casos de aforados por ser la Corte Suprema el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y no tener superior alguno³⁰. Por su parte, la Corte IDH también reiteró su línea jurisprudencial. En el caso Mohamed vs. Argentina del 23 de noviembre de 2012 resaltó que era irrelevante que la condena se diera en única, primera o segunda instancia, pues “debe garantizarse el derecho de revisión”³¹. Asimismo, hizo una importante aclaración sobre la naturaleza de los recursos extraordinarios y las limitaciones que sus causales imponen a la doble conformidad:

Esas causales limitaban per se la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio. Por consiguiente, se debe tomar en cuenta que tal limitación incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria.³²

Mientras eso pasaba, la Corte Constitucional reiteró la constitucionalidad de los procesos de única instancia ante aforados en sentencias SU-195 de 2012³³ y SU-198 de 2013³⁴. En ellas reiteró que no existe una regla clara según la cual los aforados

29 Consideración 90.

30 (M.P. María Victoria Calle Correa). Consideración 9.4.2.2.

31 Consideración 89.

32 Consideración 106.

33 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

34 Párrafos 6.1 y siguientes. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

deban tener la posibilidad de apelar sus condenas³⁵. Posteriormente, en el ámbito internacional, la CIDH se pronunció nuevamente el 30 de enero de 2014. Lo hizo en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. El señor Ali Alibux fue Ministro de Finanzas y Ministro de Recursos Naturales y fue condenado por la Corte de Justicia de su país. Ante la ausencia de recursos para atacar dicha sentencia, la Corte consideró que se había vulnerado el artículo 8.h.2. La Corte acudió a sus pronunciamientos anteriores aquí mencionados, como el caso *Herrera Ulloa, Barreto Leiva o Mohamed*. Igualmente, planteó diferentes escenarios mediante los cuales, incluso en caso de aforados, se puede garantizar la doble conformidad, destacando que la segunda autoridad no puede tener miembros que han conocido en primera instancia.³⁶

En el contexto colombiano, en la Sentencia C-792 de 2014, la Corte analizó la constitucionalidad de varias normas del Código de Procedimiento Penal. La demanda buscaba que los declarara condicionalmente inexequibles en el entendido de que “toda sentencia que imponga una condena por primera vez en segunda instancia, puede ser apelada por el condenado”. El supuesto entonces se refería únicamente a los casos en los que el procesado era absuelto en primera instancia y condenado en segunda. Sin embargo, se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH de los casos hasta ahora explicados, en particular el de *Mohamed vs Argentina*, para interpretar el significado del término “impugnar”³⁷. Así, se apartó de la línea precedente pues los medios que antes se tenían como suficientes fueron considerados en esta oportunidad como herramientas procesales “debilitadas”, al tener un “espectro material limitado”³⁸. Entonces, declaró inconstitucional con efectos diferidos las normas demandadas y exhortó al Congreso para que en el término de un año desde la notificación de dicha sentencia regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. Asimismo, señaló: “De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”.

Esa sentencia fue notificada por edicto el 22 de abril del 2015. En consecuencia, la Corte determinó que el plazo para regular el derecho venció el 24 de abril de 2016. En la Sentencia SU-215 de 2016, nuevamente analizó este derecho. Se trataba

35 Punto 6.2.1.2.

36 Párr. 98.

37 Consideración 6.8.

38 Consideración 7.3.

de un caso de dos personas condenadas bajo la Ley 600 de 2000 por la Corte Suprema en casación luego de que hubieran sido absueltas en las dos instancias. Teniendo en cuenta la nueva interpretación de la C-792 de 2014, la Corte consideró que incluso el análisis de la C-998 de 2004 -que en principio ya había resuelto este problema- debía revisarse. En ese sentido, se consideró que la doble conformidad también debía aplicarse a condenas proferidas por primera vez en casación. Por ende, como el Congreso no había legislado aún sobre la materia, resolvió que la CSJ debería tener en cuenta las circunstancias de cada caso para garantizar la doble conformidad respecto de las providencias que para el 24 de abril de 2016 aún no estuvieran ejecutoriadas.³⁹

En este punto, como ya había vencido el plazo descrito en la C-792 de 2014, la Corte Suprema de Justicia empezó a recibir numerosas solicitudes de aplicación de dicha providencia. Debido a ello, la Sala Plena, el 28 de abril de 2016, emitió el Comunicado 08, en el que señaló que no podía dar cumplimiento a la orden de la Corte Constitucional, pues “ni la Corte Suprema de Justicia ni ninguna otra autoridad judicial en el país cuenta con facultades para definir las reglas que permitan poner en práctica la aspiración de la Corte Constitucional expresada en la sentencia C 792 de 2014”. Esa misma postura la expresó en un Auto mediante el cual aclaró que no podía dar cumplimiento a dicha sentencia pues no tenía superior jerárquico⁴⁰. Esa postura fue igualmente sostenida en varias oportunidades, basándose en que no podía omitirse el principio de legalidad⁴¹.

Por su parte, el Congreso, finalmente, modificó la Constitución y expidió el Acto Legislativo 01 de 2018. Este dio cumplimiento parcial a lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792. En concreto: (i) creó la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia; (ii) se asignó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de la apelación contra las decisiones de la Sala de Primera Instancia; y (iii) estableció que corresponde a una sala integrada por tres magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que no hayan participado en la decisión, resolver la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena proferida por los restantes magistrados de dicha Sala.

39 Resuelve tercero. (M.P. María Victoria Calle Correa).

40 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 39.156. (18 de mayo de 2016).

41 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 48138. (M.P. Patricia Salazar Cuellar, 21 de junio de 2017). Reiterado en: Rad. 51384. (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, 12 de febrero de 2020): “[L]a implementación de ese mecanismo no se activa automáticamente, sino que se necesita la intervención directa del órgano legislativo, en cuanto para ello se requiere el rediseño de varias instituciones y de la estructura del proceso penal, so pena de quebrantarse el principio de legalidad”. Postura reiterada en: Rad. 47902. (M.P. Patricia Salazar Cuellar, 29 de junio de 2016), entre otros.

Luego de eso, la Corte Suprema de Justicia consideró que si bien se había proferido el Acto Legislativo 01 de 2018, no podía darse desarrollo a la doble conformidad pues el Congreso no había legislado el procedimiento correspondiente⁴². Sin embargo, a finales de ese mismo año cambió dicho criterio basándose en la prevalencia del derecho sustancial, permitiendo la impugnación, incluso, de sentencias condenatorias proferidas por primera vez en casación⁴³. Posteriormente, en abril de 2019, la Sala Penal aplicó el mismo criterio frente a condenas proferidas en primera instancia ante tribunales superiores. En cumplimiento de un fallo de tutela, tramitó la impugnación especial de un procesado condenado por primera vez por un tribunal superior y adicionalmente fijó varias reglas para la aplicación de dicha garantía⁴⁴.

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió dos sentencias en 2019 en las que reiteró su reciente línea jurisprudencial. En la SU-217 de 2019⁴⁵, analizó un caso en el que la condena se dio por primera vez en segunda instancia por un Tribunal Superior del Distrito, bajo la Ley 600 de 2000, dando aplicación a la C-792 de 2014. Igualmente, en la Sentencia SU-373 de 2019⁴⁶, la Corte analizó el caso de un excongresista condenado en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 31 de mayo de 2018. La Corte Constitucional amparó el derecho pues ya estaba en vigencia el Acto Legislativo de 2018.

Finalmente, dicho tribunal profirió la Sentencia SU-146 de 2020 aquí comentada, en la que decidió conceder el derecho a la doble conformidad al exministro Andrés Felipe Arias. En virtud de ello, ordenó a la CSJ que diera trámite a la impugnación del tutelante. A la fecha, la Sala Penal se encuentra dando trámite al mismo. Sin embargo, también profirió un auto en el que consideró que el precedente de la SU-146 de 2020 no solo es aplicable a los aforados que fueron juzgados en única instancia desde el 30 de enero de 2014, sino también a aquellos condenados por primera vez en segunda instancia por algún tribunal superior de distrito judicial⁴⁷.

42 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46992. (M.P. Patricia Salazar Cuellar, 23 de mayo de 2018).

43 En cuanto a procesos de Ley 600 de 2000. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 48820. (M.P. Patricia Salazar Cuellar, 14 de noviembre de 2018). En cuanto a procesos de Ley 906 de 2004, Rad. 44564. (M.P. José Francisco Azuña Viscaya, 5 de diciembre de 2018).

44 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 54215. (M.P. Eyder Patiño Cabrera, 3 de abril de 2019).

45 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

46 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

47 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 34017. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 3 de septiembre de 2020).

2.2. Las críticas a la sentencia SU - 146 de 2020

Recapitulando, la Corte Constitucional estableció que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en una violación directa de la Constitución al haber negado, en auto del 13 de febrero de 2019, el derecho que tenía el procesado a impugnar el fallo de condena. Ello, pues para el momento en que este fue emitido (julio de 2014), ya estaba vigente la garantía de la doble conformidad para aforados. Dicha institución fue incorporada a nuestro sistema jurídico, por vía de bloque de constitucionalidad, -según la Corte Constitucional- a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de enero de 2014 dentro del caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*⁴⁸.

2.2.1. Sobre la vigencia del principio de la doble conformidad

En primer lugar, en cuanto al momento que la Corte Constitucional tomó como límite para que se aplicara la doble conformidad en nuestro ordenamiento, esta fue arbitraria. Según la providencia que se analiza, el estándar sobre el derecho a la doble conformidad en el sistema interamericano se aclaró en la mencionada sentencia del caso *Liakat*⁴⁹. Igualmente, afirmó que dicho estándar solo se reflejó en nuestro ordenamiento jurídico en la Sentencia C-792 de 2014⁵⁰. Sin embargo, tomar esa fecha es incorrecto.

Como la misma Corporación explica, esa sentencia y la proferida en el caso *Barreto Leiva* el 17 de noviembre de 2009 “determinaron la comprensión del derecho previsto en el artículo 8.2.h de la Convención”⁵¹. No queda claro por qué no se tomó como punto de partida la fecha de esa otra sentencia. Una posible respuesta sería que, como el estándar interamericano ingresó a nuestro ordenamiento en la C-792 de 2014, debería ser el fundamento de esta el que marque la fecha. Sin embargo, eso tampoco explica por qué se eligió la Sentencia *Liakat Ali*. Como se dijo anteriormente, en esa oportunidad la Corte Constitucional analizó una norma que impedía que las personas condenadas por primera vez en segunda instancia pudieran impugnar su condena. Por ello, el fundamento principal para cambiar la línea jurisprudencial fue la sentencia *Mohamed vs Argentina*, “un caso cuyos elementos fácticos relevantes

48 Corte Constitucional. Sentencia SU-146. (M.P. Diana Fajardo Rivera, 2020). Consideración 256.

49 Ibid. Consideración 220.

50 Ibid. Consideración 215.

51 Ibid. Consideración 214.

coinciden plenamente con los evaluados en esta ocasión”⁵². Las providencias de Liakat, Barreto y de Herrera Ulloa vs Costa Rica sirvieron para explicar el contenido del derecho, pero lo que permitió resolver el problema jurídico específicamente planteado en la demanda de 2014 fue la de Mohamed, y no la de Liakat, como pareciera insinuarlo la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, la fecha elegida por la Corte Constitucional es arbitraria, al menos por dos razones. De un lado, no explicó por qué no se tuvo en cuenta la sentencia Barreto, la cual, en conjunto con las demás decisiones de la Corte IDH reseñadas previamente, daba cuenta de que el estándar sobre la doble conformidad existía mucho antes de que se profiriera la sentencia de Liakat. En segundo lugar, porque afirman que la razón por la cual la C-792 de 2014 introdujo el estándar interamericano de la doble conformidad a nuestro ordenamiento fue la sentencia Liakat. Sin embargo, el cambio de línea jurisprudencial de la sentencia C-792 no se debió a la sentencia Liakat, sino a la sentencia Mohamed, pues esta última resolvía el problema jurídico analizado en ese momento. Esto implica que, por lo menos, desde la fecha de la sentencia del caso Mohamed -noviembre de 2012- debería aplicarse la doble conformidad en nuestro ordenamiento.

2.2.2. Doble conformidad y favorabilidad en materia penal

En segundo lugar, con independencia del momento específico en el que entró en vigencia la garantía de la doble conformidad en nuestro ordenamiento, lo cierto es que el 18 de enero de 2018 se profirió el Acto Legislativo 01 del mismo año. En este se reguló integralmente esta materia y se habilitó, expresamente, la posibilidad de que aforados y no aforados impugnaran la primera sentencia condenatoria. Es decir, desde el 18 de enero de 2018 existe una disposición normativa, de rango constitucional, que permite acceder a dicho mecanismo, con el fin de satisfacer los mandatos de los artículos 29, 85 y 93 de la Carta Política, 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, la discusión relevante -y que ignoró la Corte Constitucional en su decisión mayoritaria- no era desde qué fecha operaba la garantía de la doble conformidad, sino qué efectos podrían atribuírsele al Acto Legislativo 01 de 2018. Ello, teniendo en cuenta las particularidades del principio de favorabilidad, según el cual, entre otras, una norma penal puede aplicarse retroactivamente si es

52 Corte Constitucional. Sentencia C-792. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2014). Consideración 6.8.

benigna para el procesado. Sobre este asunto, conviene retomar lo expuesto por la Magistrada Diana Fajardo en su aclaración de voto⁵³, en el que precisó:

Es por lo anterior que, a mi juicio, la Sala debió considerar que, conforme al principio de favorabilidad, correspondía la aplicación retroactiva del Acto Legislativo 01 de 2018 al presente caso.

Nuestra comprensión del problema coincide con esta última interpretación. En efecto, consideramos que, en este caso, no se debió proteger la garantía de la doble conformidad con fundamento en las varias veces mencionada decisión de Liakat de 2014. Por el contrario, debió fundamentarse en que existe una regulación posterior y favorable que es aplicable, retroactivamente, a todos los eventos en los que un ciudadano no haya podido impugnar la primera sentencia condenatoria.

Adoptamos esta postura porque, si avalamos la de la Corte Constitucional, la doble conformidad solo sería procedente, en estricto derecho, para aquellas condenas proferidas después del 30 de enero de 2014. Sin embargo, cualquier fecha que se tome constituye una limitación inaceptable a los efectos favorables del Acto Legislativo previamente descrito. Esta limitación, incluso, ya se está viendo reflejada en la práctica judicial, pues, después de emitida la sentencia SU 146 de 2020, la Corte Suprema de Justicia, en auto No. 34017 del 3 de septiembre de 2020, indicó que la garantía en mención aplica: (i) para aforados condenados después del 30 de enero de 2014; (ii) para ciudadanos que fueron condenados, en segunda instancia o en casación, por la Corte Suprema a partir de la misma fecha; y (iii) para las personas que, desde la fecha referida, fueron condenadas por primera vez, en segunda instancia por un Tribunal Superior Penal o Militar.

Esta decisión de la Corte Suprema -que se nutre de la interpretación judicial aquí cuestionada- impide que personas condenadas antes de enero de 2014 puedan acceder a la figura de la doble conformidad. Lo anterior, a pesar de que, como hemos visto, existe una norma constitucional posterior que, por favorabilidad, debe aplicarse a todas las sentencias que se profirieron en el pasado sin respetar dicha prerrogativa, siempre que las mismas continúen produciendo efectos en la actualidad. Al respecto, y sobre las características especiales del principio de favorabilidad, la propia Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha puntualizado:

De acuerdo con estas normas, que como ya se ha visto integran todas el bloque de constitucionalidad, en materia penal, el principio de favorabilidad constituye un

53 Lamentablemente, a la fecha no se cuenta con los salvamentos de voto de los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, los cuales hubieran permitido una mejor comprensión de los debates sostenidos al interior de la Corte en este caso.

elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto.

(...)

La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.⁵⁴

En este contexto, la tesis propuesta cumple con los requisitos del principio de favorabilidad. Primero, porque existe una sucesión de normas en el tiempo: la que motivó la condena y su ejecución, y la que se expidió con posterioridad, en enero de 2018, regulando integralmente el mecanismo de la doble conformidad. Segundo, porque, ciertamente, la segunda regulación es más favorable, pues faculta al ciudadano a impugnar la primera sentencia condenatoria, lo que permite que su caso sea revisado por otro juez, quien podría revocar el fallo correspondiente. Y tercero, porque, al margen de que se trate de una norma procesal, está claro que la favorabilidad aplica para este tipo de supuestos, debido a que la Constitución no hace ninguna clase de distinción sobre dicho punto.

No obstante ello, y como se anticipó, la postura aquí desarrollada tiene el siguiente límite: el beneficio solo podrá influir en aquellas sentencias que continúen generando efectos ciertos en la actualidad respecto de los derechos fundamentales del implicado. Esto, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 44 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que la favorabilidad procede, también, para "*los reos condenados que estén sufriendo su condena*". Entonces, si las penas –principales y accesorias- impuestas por la sentencia condenatoria ya fueron satisfechas, se trataría de una situación consolidada y culminada sobre la que no procedería ningún pronunciamiento adicional.

En cambio, si estamos frente a una decisión que sigue produciendo efectos –porque la persona está cumpliendo su condena, lo que implica alguna limitación a sus derechos fundamentales-, sí sería aplicable la doble conformidad, en la medida en

54 Corte Constitucional. Sentencia C-592. (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

que aún existiría la facultad de que otro juez revise la legalidad de la primera sentencia condenatoria. Esta conclusión se fortalece al acudir, por un lado, a la aclaración de voto de la sentencia que estamos comentando y, por el otro, al auto de la Corte Suprema de radicado 34017, en el que se fijaron las reglas para hacer operativa la figura de la doble conformidad en nuestro ordenamiento. El primer texto señala:

Así mismo, la Corte ha afirmado que tanto las personas procesadas como condenadas pueden invocar la aplicación del principio de favorabilidad, incluso cuando el fallo ya se encuentra ejecutoriado. Lo anterior, únicamente si la situación ya definida jurídicamente continúa produciendo efectos sobre los derechos fundamentales al momento de la entrada en vigencia de la nueva legislación más benéfica. En este supuesto, la aplicación de ese principio se apoya en el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, el cual, en su inciso segundo, dispone que la favorabilidad en materia penal también beneficia a los «reos condenados que estén sufriendo su condena.

Y el segundo enuncia:

Así esos ex funcionarios no se encuentren privados de la libertad, como el doctor Arias Leiva, las condenas en su contra están produciendo efectos ciertos, como los asociados al ejercicio de derechos políticos, funciones públicas y contratación con el Estado.

Aunque ninguna de estas sentencias termina reconociendo la aplicación favorable del Acto Legislativo 01 de 2018, sí aportan insumos para sostener que, aun cuando la condena esté en firme, la misma puede ser objeto de una revisión posterior si continúa generando efectos tangibles relacionados con los derechos fundamentales de las personas. Ejemplo de ello serían la privación de la libertad o la limitación en el ejercicio de derechos políticos o funciones públicas. En este orden de ideas, si, en virtud de la ejecución de la condena, se siguen generando afectaciones a derechos fundamentales, ello significa que el proceso penal no ha culminado de forma definitiva y, por tanto, una norma posterior y favorable podría entrar a regular dicho trámite, habilitando, como lo sería en este caso concreto, la posibilidad de acceder a la figura de la doble conformidad.

Para finalizar, es importante advertir que la alternativa expuesta no pasa por alto las complejidades que podría implicar su aplicación práctica. Tenemos claro que su implementación podría, entre otras, agravar la ya alarmante congestión judicial en las altas cortes. Sin embargo, el enfoque de este artículo es esencialmente teórico y busca poner de manifiesto las consecuencias de *tomarse en serio* los derechos

y garantías procesales de los ciudadanos, tal como se exige en un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano.

3. Conclusiones

La Constitución Política de 1991 incluyó dentro de sus derechos fundamentales el debido proceso, y en virtud de este el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria. Ese mandato encuentra fundamento no solo en el artículo 29 de la Carta sino también en el artículo 93 de la misma, pues por vía de bloque de constitucionalidad ingresan a nuestro ordenamiento las normas que protegen ese derecho tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho implica que la primera condena proferida en un proceso penal, con independencia de que se presente en segunda instancia o en casación, debe poder ser atacada por el procesado. Sin embargo, durante un largo lapso, las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia consideraron que dicho derecho podía satisfacerse con medios como la acción de revisión, el recurso de casación y la acción de tutela. Ello, a pesar de que dichos medios no satisfacen de manera adecuada el derecho a la doble conformidad.

No obstante, en Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional cambió la línea jurisprudencial que hasta entonces existía. Así, tuvo en cuenta la consolidada línea jurisprudencial de la Corte IDH, en especial la sentencia del caso Mohamed, para concluir que en nuestro ordenamiento había una omisión legislativa en cuanto a la doble conformidad. Ello, pues las personas condenadas por primera vez en segunda instancia no tenían medios para impugnar la sentencia condenatoria. En consecuencia, exhortó al Congreso para que resolviera esa omisión. Aunque tarde, el Congreso lo hizo parcialmente mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, en el que dotó de rango constitucional el mencionado derecho y determinó algunas reglas, en especial para casos de aforados.

Teniendo eso en cuenta, la sentencia SU 146 de 2020 cometió un error al reconocer la garantía de la doble conformidad a partir de una sentencia de la CIDH de enero de 2014. En primer lugar, porque esa fecha no corresponde a la de la sentencia de la Corte IDH sobre la que se basó la Corte Constitucional en 2014 para darle un nuevo entendimiento a la doble conformidad. El fundamento principal fue la sentencia Mohamed de 2012. Pero, en segundo lugar, la fecha la debió determinar la aplicación favorable del Acto Legislativo 01 de 2018, como se sugirió acertadamente en la aclaración de voto de la providencia.

Consideramos que esto último fue un error, pues ha servido para que se interprete que esta garantía solo aplica para condenas proferidas después de enero de 2014, con lo que se limita injustificadamente los efectos del principio de favorabilidad. En contraste, nuestra postura es que, por vía de favorabilidad, el Acto Legislativo 01 de 2018 no solo aplica para las sentencias emitidas después de enero de 2014, sino para todas aquellas que, en la actualidad, siguen generando afectaciones a los derechos fundamentales de los condenados (como sería, por ejemplo, la privación de la libertad, o la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas). En consecuencia, esta alternativa solo operaría para sentencias que siguen en ejecución con afectación tangible a derechos fundamentales, y no para aquellas que ya fueron cumplidas, porque, al tratarse de una situación consolidada, no permitiría un pronunciamiento adicional por parte de la judicatura.

Esta tesis arroja numerosos retos desde el punto de vista práctico, pero su objetivo es poner en evidencia las implicaciones de la protección real y efectiva de las garantías procesales al interior de un Estado Social y Democrático de Derecho. En especial, resaltar que si bien las Cortes han intentado cubrir los vacíos provocados por la ausencia de acción por parte del Legislador, es este último el que está, incluso hoy en día, en mora de darle cumplimiento al mencionado derecho. Mientras no lo haga, se seguirán provocando decisiones complejas como la analizada en la que la Corte Constitucional no solo toma, parcialmente, funciones que le corresponden al legislador, sino que termina vulnerando derechos fundamentales al limitar, en este caso, la aplicación favorable de una garantía procesal esencial.

4. Bibliografía:

Acto Legislativo 01 de 2018.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991.

Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Observación general No. 32

Corte Constitucional. Sentencia C-037. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-142. (M.P. Jorge Arango Mejía, 1993).

Corte Constitucional. Sentencia C-213. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 5 de abril de 2017).

Corte Constitucional. Sentencia C-252. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 2001).

- Corte Constitucional. Sentencia C-411. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997).
- Corte Constitucional. Sentencia C-561. (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-592. (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 2005).
- Corte Constitucional. Sentencia C-596. (M.P. Antonio Barrera Carbonell, 2000).
- Corte Constitucional. Sentencia C-792. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia C-934. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2006).
- Corte Constitucional. Sentencia C-998. (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 2004).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-116. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-146. (M.P. Diana Fajardo Rivera, 2020).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-195. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-198. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-215. (M.P. María Victoria Calle Correa, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-217. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, 2019).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-373. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 2019).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-811. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia T-1150. (M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia T-1246. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia T-146. (M.P. María Victoria Calle Correa, 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia T-555. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia T-965. (M.P. María Victoria Calle Correa, 2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 2 de julio de 2004. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Caso Mohamed vs. Argentina.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 30 de enero de 2014. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Caso Mohamed vs. Argentina.
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 34017. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 39.156. (18 de mayo de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 44564. (M.P. José Francisco Azuña Viscaya, 5 de diciembre de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 46992. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 23 de mayo de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 47902. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 29 de junio de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 48138. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 21 de junio de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 48820. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 14 de noviembre de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 51384. (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, 12 de febrero de 2020).

Corte Suprema de Justicia. Rad. 54215. (M.P. Eyder Patiño Cabrera, 3 de abril de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 37462. (M.P. María del Rosario González Muñoz, 16 de julio de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Comunicado 08 del 28 de abril de 2016.

Ley 16 de 1972. Diario Oficial nro. 33.780 del 5 de febrero de 1973.

Ley 74 de 1968. Diario Oficial No. 32.682 de 30 de diciembre de 1968.

Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.658.

Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. -Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Proyecto de Ley 32 de 2019.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte". En *Guerra y Constituyente*. Compilado por Gustavo Gallón. Bogotá: Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, 1991.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "Doble instancia y doble conformidad". *DeJusticia*, (2019). URL: <https://www.dejusticia.org/column/doble-instancia-y-doble-conformidad/>