



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

legis

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

STC16778-2019

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-03906-00

(Aprobado en sesión de diez de diciembre de dos mil diecinueve)

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Decide la Corte la acción de tutela formulada por Ruffo Heliodoro Echeverry Moreno frente a la Sala de Casación Penal y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con ocasión del juicio adelantado en su contra por el delito de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir.

1. ANTECEDENTES

1. El querellante reclama la protección de la prerrogativa al debido proceso, presuntamente conculcada por las autoridades convocadas.

2. De la lectura del escrito inicial y la revisión de las pruebas adosadas al plenario, se desprenden como hechos que soportan la presente salvaguarda los descritos a continuación:

En el decurso criticado, el 10 de noviembre de 2016, se profirió sentencia donde se absolvió al gestor del punible imputado, determinación recurrida por la víctima y la fiscalía.

El 28 de marzo de 2017, el tribunal cuestionado revocó la decisión de primer grado y, en consecuencia, condenó al actor a la pena de ciento sesenta y ocho (168) meses de prisión, decisión frente a la cual interpuso los “*recurso[s] de impugnación*” y casación, el primero fue denegado y concedido el segundo.

El 14 de diciembre de 2018, la Sala de Casación Penal inadmitió la demanda sustentatoria del mecanismo extraordinario. Luego, propuesta la insistencia ante la Procuraduría General de la Nación, el 31 de enero de 2019, se estimó que la Sala de Casación Penal podía analizar la posibilidad de admitir, de manera oficiosa, la “*demanda*” de casación a fin de “*garantizar el derecho procesal de la impugnación*”.

Asevera que el 15 de julio de 2019, la Secretaría de la Sala de Casación Penal, a través de correo electrónico, le informó la fijación de la audiencia de “*lectura de sentencia*” la cual se realizó el día 17 posterior; sin embargo, su defensor no pudo asistir a dicha diligencia, por cuanto no le fue notificada con la debida antelación, por tanto justificó su inasistencia.

A pesar de lo anterior, en la data programada se dio lectura a la sentencia de 10 de julio de 2019, a través de la cual, la Corporación querellada, en sede de instancia, confirmó el fallo condenatorio.

En criterio del actor se lesionó su derecho a la “*impugnación*”, pues “*nunca pudo presentar una impugnación, la cual difiere en grado ostensible con la casación*”.

3. En concreto, solicita suspender la providencia de 10 de julio de 2019, revocar el veredicto condenatorio y admitir la “*impugnación especial*” frente al fallo de 28 de marzo de 2017.

1.1. Respuesta de los accionados

Guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES

1. El tutelante enfilea su reclamo frente al fallo de 10 de julio de 2019, a través del cual la colegiatura censurada, al resolver la “*impugnación especial*”, confirmó el de 28 de marzo de 2017, emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, donde fue condenado, por primera vez, por el delito de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, por cuanto, en su criterio, se le pretirió la posibilidad de impugnarlo de conformidad con lo previsto por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014.

Además, reprocha que su defensor no pudo asistir a la audiencia de lectura de fallo, pues no fue notificado con debida antelación, situación que le impidió ejercer su derecho de defensa.

2. Para entrar en tono con la discusión principal planteada por el tutelante, debe señalarse que la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2014 declaró “*inconstitucionales con efectos diferidos*” algunos artículos de la Ley 906 de 2004, por cuanto omitían “*la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias*”; e igualmente, exhortó “*al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de [esa providencia], regul[ara] integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, (...) [y] de no hacer[lo], a partir del vencimiento de [ese] término, se entender[ía] que procede la impugnación de todas las*

sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena (...)”.

Ya en la sentencia C-037 de 1996, con ocasión del análisis de constitucionalidad del numeral 6º del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que le atribuía a la Sala Plena de la Corte Suprema la posibilidad de resolver las impugnaciones y los recursos de apelación contra las diferentes actuaciones procesales que realizaba la Sala de Casación Penal, en los casos de juzgamiento a funcionarios públicos con fuero constitucional se aludió a la cuestión.

Ahora, en el proveído SU-215 de 28 de abril de 2016, el alto tribunal constitucional, con el objeto de determinar el alcance del citado fallo C-792 de 2014, precisó, entre otros aspectos, que (i) surtía efectos desde el 25 de abril de 2016; y (ii) *“únicamente opera respecto de las sentencias que para ese entonces aún estuvieran en el término de ejecutoria, o de las que se expidan después de esa fecha”*. Dijo en efecto la Corte:

*“(...) Al no tratarse de una disposición vinculante, sino de un acto de lenguaje sin fuerza normativa obligatoria para el Congreso, el exhorto puede interpretarse de modo amplio, de suerte que se entienda referido a la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en cualquier etapa del proceso penal ordinario. Si el Congreso ha omitido la oportunidad que se le reconoció en ese exhorto, desde luego que no por eso pierde su facultad de regular la materia. **Pero en tal caso esta Corte debe velar por la supremacía e integridad del mandato constitucional de garantizar la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en el proceso penal (CP. arts 29, 31, 229 y 241). Lo cual le exige obrar de modo que asegure la adaptación del***

ordenamiento y los procesos penales al orden superior (CP. art 4)” (negrillas propias).

Si bien el mencionado órgano legislativo no ha implementado en nuestro ordenamiento jurídico penal una reforma subsanando la señalada omisión reglamentaria, sí realizó un cambio sustancial en la competencia atribuida constitucionalmente a la Sala de Casación Penal de esta Colegiatura, porque con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, estipuló como atribución de esa Corporación: “(...) [r]esolver (...), la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de (...) los fallos que (...) profieran los Tribunales Superiores o Militares (...)”.

Ahora, que en la actualidad no haya un reglamento jurídico sobre la forma como se debe tramitar la impugnación de la “*primera condena*” cuando aquella es emitida en segunda instancia, no significa que hoy esa posibilidad esté cercenada para el procesado, por cuanto al existir el órgano jurisdiccional con competencia constitucional para conocer de ese específico asunto, es ilógico afirmar que esa autoridad no pueda ejercer dicha función por configurarse un vacío meramente formal, pues ante estos eventos, es indispensable aplicar directamente las normas integradoras del bloque de constitucionalidad, las cuales, sin duda, permiten acceder a la “*doble conformidad*”, como pasa a explicarse:

El artículo 29 de la Carta Política establece que el debido proceso “*se aplicará a toda clase de actuaciones*

*judiciales y administrativas”, y contempla una serie de garantías que hacen parte de la esencia de ese derecho fundamental, tales como: i) “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, ii) [e]n materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, iii) [t]oda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, iv) [q]uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; **a impugnar la sentencia condenatoria**, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)” (negrillas de la Sala).*

El anterior precepto constituye un claro desarrollo del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prevé un conjunto de garantías judiciales:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”.

“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: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o

*intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) **derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)**” (se resalta).*

Igualmente el canon 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estipula:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

“2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse

con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

“4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.

“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”.

“6. Cuando una sentencia condenatoria en firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

“7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Los ordenamientos modernos, en proyección de la tendencia registrada supranacionalmente, establecen preceptos que consagran el postulado de la condena confirmatoria.

Así, en la Constitución del Estado de Ecuador de 2008, se estatuye el derecho de todo ciudadano a “[r]ecurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (art. 76).

En Argentina, su incorporación se ha hecho por la vía jurisprudencial, tras los fallos Arce y Casal del año 2005, en los cuales se ratifica el juzgamiento penal en dos instancias, entendidas como la posibilidad de revisión integral de la resolución condenatoria.

El resto de países de Iberoamérica no han regulado positivamente el derecho al recurso en estos casos, ni consagrado preceptos superiores que lo positivicen, pese al paladino mandato impuesto por el citado canon 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

No puede perderse de vista, por disposición constitucional (art. 31), toda decisión judicial es susceptible de apelarse, salvando las excepciones legales. Trátese, en criterio de esta Sala, de una garantía que constituye baluarte y proyección del debido proceso, y que, en tal virtud, asegura al afectado que la resolución del juzgador, siéndole adversa, pueda ser revisada por un funcionario de superior nivel “(...) *a propósito de revocarla ante la eventualidad de engendrar vicios o desconocer algún derecho protegido por la ley (...)*”¹.

Ahora, la “*doble conformidad*”, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se caracteriza por “(...) *brinda[r] mayor seguridad y tutela a los derechos del*

¹ CSJ SC del 15 de enero de 2010 (M.P. Pedro O. Múnar). Ver también, en similar sentido: CSJ SSC del 8 de junio de 1999 (Carlos E. Jaramillo); del 8 de junio de 2004 (M.P. Edgardo Villamil Portilla); 15 de diciembre de 2006 (M.P. Pedro O. Múnar); 9 de julio de 2009 (M.P. William Namén Vargas); 8 de septiembre de 2009 (M.P. Edgardo Villamil Portilla).

*condenado (...)*², por medio de un “(...) *recurso ordinario accesible y eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho (...)*”³; sin embargo, esta garantía únicamente procede contra la primera sentencia condenatoria proferida en segunda instancia, pues el fallo de esa naturaleza, emitido en primer grado, es susceptible de apelación, acorde al sentido positivo del artículo 176 del Código de Procedimiento Penal⁴.

La “*doble conformidad*” debe asegurar que el condenado pueda acceder a una verdadera revisión de su sentencia, sin mediar formalidades de difícil cumplimiento que impidan la materialización de esa prerrogativa, pues de lo contrario “(...) *supon[dría] la negación misma del derecho involucrado (...)*”⁵, teniendo en cuenta que “(...) *la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en (...) indefensión (...)*”⁶ ante el poder punitivo del Estado.

Por otro lado, es inocultable el limitado alcance que el legislador colombiano le dio al Acto Legislativo N° 01 del 18 de enero de 2018, en tanto que circunscribió la reforma allí introducida a los “*aforados constitucionales*”, en relación

² Caso *Barreto Leiva c. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 89.

³ Caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 161 y 164.

⁴ “(...) *La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria (...)*”.

⁵ Caso *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 82.

⁶ Caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 89.

con quienes, en el artículo 2º, previó que *“la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena”* (se subraya).

Del mismo modo, se constata que, debido a esa restricción, se generó un estado de trato desigual respecto de los demás procesados penales, condenados por primera vez en segunda instancia, comoquiera que en cuanto a tales condenas, nada se consagró en procura de garantizar el derecho a impugnarlas.

Con otras palabras, desde la vigencia del referido acto legislativo, los aforados constitucionales que habiendo sido absueltos en primera instancia, resultan condenados en segunda, tienen garantizado su derecho a impugnar este último pronunciamiento, pues en la actualidad ya fueron creadas las Salas Especializadas al interior de la Sala de Casación Penal, logrando con ello, la materialización de tal prerrogativa; sin embargo, las demás personas vinculadas a un proceso penal, no cuentan en su haber con el mismo mecanismo de protección dado el vacío legislativo para otorgarles el goce de la acotada prerrogativa constitucional.

Como nada justifica esa disparidad de trato, el estado de cosas que acaba de describirse es, sin duda, inconstitucional y, por lo mismo, habilita que la acción de tutela actúe para proteger dicho derecho en casos

concretos, toda vez que su vulneración comporta el quebranto, en líneas generales, del debido proceso y, en forma específica, de las garantías que se adicionaron con el memorado acto legislativo.

No obstante lo argüido, debe resaltarse que aun cuando la mencionada reforma se haya dirigido, en particular, a “*los aforados constitucionales*”, lo cierto es que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer de la solicitud de “(...) *doble conformidad*” entablada frente a las sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales Superiores. Así, el numeral 7º, del canon 3º del Acto Legislativo Nº 01 de 18 de enero de 2018, establece:

“(...) 7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares (...)” (subraya fuera de texto).

En consecuencia, resulta incuestionable la procedibilidad de la doble conformidad de acuerdo con la doctrina constitucional de la sentencia C-792 de 2014 y la vigencia inmediata del Acto Legislativo 01 de 2018, cuyos artículos 2 y 3 autorizan expresamente “(...) *el derecho a la impugnación de la primera condena (...)*”; o la solicitud “(...) *de la doble conformidad judicial de la primera condena (...) o de los fallos que en esas condiciones profieran los tribunales superiores o militares (...)*”.

De tal modo que por virtud del principio de la supremacía constitucional, se impone el gobierno inmediato de su dogmática para modificar la decisión de primera instancia, extendiendo los alcances del amparo con el fin de salvaguardar las garantías afectadas y defender la coherencia del sistema normativo y la democracia constitucional.

En este punto, surge necesario advertir que esta Sala antes de la expedición del mencionado Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, en varios casos estimó la improcedencia del auxilio petitionado por no hallarse establecida ni atribuida la competencia en torno al conocimiento de las solicitudes de impugnación de la primera condena⁷; no obstante, ante la entrada en vigencia de aquél instrumento normativo, su postura tuvo ciertas variaciones.

Así, en sentencia STC8851 de 11 de julio de 2018, aunque se desestimó la protección deprecada porque el caso del aforado accionante se hallaba en la etapa de instrucción y aun no existía sentencia, se destacó el alcance y necesidad de garantizar la impugnación para el fallo cuando este se emitiera, conforme a lo establecido el enunciado Acto Legislativo.

⁷ CSJ. STC de 15 de febrero de 2011, exp. 2010-01404-01; reiterada en STC1558-2015; en STC598-2016 de 28 de enero de 2016, exp. 2016-00038-00; en STC10277-2015 de 6 de agosto de 2015, exp. 2015-01711-00 y STC11417-2016 de 17 de agosto de 2016, exp. 11001-02-03-000-2016-02208-00, entre otras.

Posteriormente, en fallo STC12447 de 26 de septiembre de 2018, esta Sala accedió a la protección rogada por un exsenador de la República, por cuanto estimó que a la luz de la enmienda constitucional reseñada la Sala de Casación Penal carecía de competencia para emitir el fallo allí dictado y debía, en consecuencia, remitir el decurso a la Sala Especial de Primera Instancia, creada con ese propósito, y donde se le garantizaría al petente el derecho a controvertir la decisión final.

En esta oportunidad, aunque las aristas del juicio estudiado no son idénticas a las de los referenciados, la interpretación efectuada sobre el vigor del Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, sí tiene plena correspondencia, pues no hay duda de su vigencia y su finalidad, relativa a prohijar la prerrogativa a impugnar la primera condena.

Recientemente, en un asunto de similares contornos esta sede judicial accedió al auxilio porque la institución de la doble conformidad que se viene comentando abrigaba también a los condenados sin fuero, al no avizorarse justificación para crear una disparidad de trato frente a quien si gozan de él⁸.

3. En el *subjúdice*, se observa el fallo de 28 de marzo de 2017, donde la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sede de apelación, revocó la providencia absolutoria del *a quo* y, en su lugar, condenó al

⁸ C.S.J. STC 1775 de 27 de febrero de 2019.

aquí actor a ciento sesenta y ocho meses (168) meses de prisión.

Frente a esa determinación, el gestor interpuso recurso de casación, medio de impugnación inadmitido el 5 de diciembre de 2018, proveído en el cual se dispuso que una vez agotado el trámite previsto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, regresaran las diligencias al despacho a efectos de garantizar “*el principio de doble conformidad*”.

El querellante, a través de su apoderado, presentó ante la Procuraduría General de la Nación el mecanismo de insistencia y respecto de éste, el Ministerio Público, el 31 de enero de 2019, consideró que la Sala de Casación Penal podía “(...) *estudiar la garantía del derecho procesal que le asiste al acusado de la doble instancia o impugnación (...) [y, en consecuencia] (...) admitir de manera oficiosa la demanda de casación*”.

Una vez ingresó el expediente a la Sala querellada, se fijó el 17 de julio de 2019, para la lectura del fallo fechado el 10 de julio anterior, providencia dictada en consonancia con lo dispuesto en el auto inadmisorio. En esa decisión, se procedió a “*examinar la legalidad de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2017*”, resolviéndose confirmarla y, para ello, se realizó, según la corporación cuestionada, un análisis pormenorizado del material demostrativo, concluyendo que estaba probado, más allá de toda duda, la materialidad del delito y la responsabilidad del gestor.

4. Aunque a través del proceder descrito anteriormente se pretendió asegurar al condenado un estudio de su caso ante el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, no se comparte esa postura, por cuanto, se debió realizar, primero, el análisis de la “*impugnación especial*” y, luego, lo atinente a la demanda de casación en aras de garantizar mayor seguridad jurídica al condenado.

Lo anterior implicaba desatar como primera medida el medio ordinario de impugnación y, luego de ello, proceder al estudio del recurso extraordinario.

Se ha dicho que el mecanismo extraordinario no resulta ser idóneo para la protección del derecho a la “*doble conformidad*”, pues los fines, la naturaleza, las formalidades, la competencia funcional, la taxatividad de las causales de casación, el rigor técnico, la excepcionalidad de la tarea nomofiláctica, la unificación de la jurisprudencia, y otras muchas particularidades que identifican en el derecho nacional y comparado al recurso de casación, tornan inadmisibles y deleznable la aludida asimilación entre el recurso extraordinario de casación y el de apelación.

El primero es en extremo formal y rigorista, apuntalado para dar unidad y coherencia lógica al ordenamiento; el segundo es universal, no restringido a unas prístinas

causales, permitiendo denunciar todo tipo de errores, siendo una verdadera garantía para todos los condenados.

Cortes de casación no existen por doquier, pero los jueces de apelación y, en lo de la cuestión debatida de la “*doble verificación*”, deben llenar los espacios del orbe para garantizar la protección de los derechos de los imputados.

En el auto interlocutorio con radicado 47742, número de providencia AP7365-2016, dictado en el trámite de un recurso de casación, como en otro buen número, la Sala de Casación Penal del mismo modo hace una defensa conceptual del recurso de Casación para demostrar la bondad y similitud de este medio extraordinario como instrumento para satisfacer el derecho fundamental del sentenciado a la doble conformidad, acudiendo para lo pertinente, entre otros varios argumentos a la oficiosidad que se otorga a la Corte para estudiar el fondo del recurso de casación, cuando este carece de los requisitos formales, teniendo en cuenta que el legislador autorizó seleccionar positivamente y casar asuntos que no cumplan el rigor técnico de la cuestión pero que afecten las garantías o los derechos fundamentales.

Para esta Sala, el perfil extraordinario y los múltiples matices singulares que ostenta el recurso de casación, aún universalizado para toda clase de causas, no cumple ni satisface la protección de la garantía de la doble verificación, por cuanto su carácter especial, reglado y cerrado limita el estudio de los errores judiciales,

circunscritos a causales precisas y a sus finalidades; su ámbito e historia desde el punto de vista epistemológico y ontológico impiden la realización del cometido amplio, informal y material de la impugnación que ahora se reclama en esta acción.

Lo dicho no lo es todo. Un trabajo de campo desde el punto de vista estadístico en el derecho nacional y en el universal, en los sistemas que consignan la casación, pondrían al descubierto, el exiguo número de sentencias que son casadas, pero la sorpresa será mayor, cuando se analicen uno a uno los motivos, las razones y el número de decisiones acusadas en casación que son inadmitidas, no por arbitrariedad del juez de la casación sino por la estructura y perspectiva misma del recurso, y que por tanto, elude o dificulta el tratamiento del fondo del debate incriminatorio, puesto que el juez de casación desde la teoría del recurso, judicial y políticamente, ostenta una naturaleza que difiere en la esencia de los otros remedios judiciales en general, llámense ordinario o extraordinarios, porque su tarea no es meramente jurisdiccional sino principalmente la de otorgar coherencia al sistema, antes que dispensar justicia.

No es la apreciación anterior una opinión insular de la Sala. La Corte Constitucional, analizando la naturaleza de la doble conformidad, en relación con las dificultades de la casación y su incapacidad para suplir la tarea de la doble verificación expuso:

“(...) 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 todos 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 (sic) 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 (...)”⁹.

La doble conformidad, también “*doble verificación*”, no es propiamente el derecho a la segunda instancia, sino la facultad a impugnar la primera sentencia condenatoria en el ámbito penal, por razones de justicia material; en consecuencia, se trata de una garantía de naturaleza convencional y constitucional¹⁰ al interior del proceso penal en procura de tornar eficaz el debido proceso para el imputado, inculpado o procesado a fin de que pueda recurrir y demandar la revisión amplia e integral o el control formal y material del primer fallo condenatorio, sea que se profiera en primera, segunda o única instancia mediante un recurso ordinario, sencillo, eficaz y accesible que pueda ser

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-792 de 2014.

¹⁰ Por cuanto emana de los principios, valores y derechos insertos en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, por ejemplo, el sistema interamericano del Pacto de San José de Costa Rica, pero también previsto en la dogmática de las cartas constitucionales de los Estados constitucionales y sociales de derecho, por cuanto representa in minimum de garantías para la protección de las garantías y de la libertad personal contra los enjuiciamientos arbitrarios, para obtener la certeza o justicia fáctica, jurídica y probatoria del fallo condenatorio, no como doble instancia, sino como derecho a la revisión del fallo que condena por primera vez a una persona.

decidido por un juez o tribunal de superior jerarquía orgánica o funcional; en todo caso, diferente al que dictó el fallo objeto del recurso, pero antes de que obtenga la decisión cuestionada, los efectos de cosa juzgada.

Ahora esta modalidad de impugnación, tampoco puede confundirse con el recurso extraordinario (o acción) de revisión, por cuanto este mecanismo, entre otras tantas peculiaridades, procede contra sentencias ejecutoriadas, características que no son de resorte de la garantía universal de la “*doble conformidad*”.

En síntesis, ha de tenerse en cuenta que el sistema convencional, antes que apuntar a la doble instancia, procura garantizar la existencia de una sentencia doble conforme. Entre sus características se halla: i) facultad para atacar el primer fallo condenatorio, y ejercer el derecho a la defensa y contradicción amplia frente a la condena, ii) obligación de que los cuestionamientos del recurrente sean examinados por una instancia judicial distinta de quien impuso la condena impugnada, iii) el recurso debe ser ordinario, sencillo y eficaz que permita un amplio control formal y material de la condena, y iv) su propósito no puede surtirse con recursos extraordinarios como la casación o revisión y no es propiamente, una apelación, sino el derecho fundamental a la doble verificación de la primera condena.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, declaró que ese país

“violó” el derecho a las garantías judiciales del accionante, pues:

“(…) los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado”.

Ahora, el Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4º del artículo 5º del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹, sostuvo:

“(…) El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene 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 Comité recuerda que la expresión conforme a lo prescrito por la ley" no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Al contrario, lo que debe entenderse por "conforme a lo prescrito por la ley" son las modalidades de acuerdo con las cuales la revisión por un tribunal superior debe llevarse a cabo. El párrafo 5 del artículo 14 no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior (...), sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión (...). El hecho de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior.¹² Por

¹¹ EL artículo 1 del citado Protocolo establece: “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo”.

¹² Comunicación No. 1095/2002, *Gomariz vs. España*, dictamen del 22 de julio de 2005, párrafo 7.1.

*consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación*¹³.

*“(...) [E]l Estado Parte debe proporcionar al autor un recurso efectivo que permita la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior, [por tanto] tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas (...)”*¹⁴.

De la jurisprudencia citada emerge diamantino, el recurso de casación no es idóneo para satisfacer la “*doble conformidad judicial*”, por cuanto su tramitación está supeditada a ciertos requisitos legales, los cuales de no cumplirse, tornan impróspero el estudio de la providencia atacada, por tanto, es la impugnación directa de la decisión, la herramienta eficaz, con la que cuenta el procesado para la revisión de su sentencia condenatoria, así aquélla haya sido emitida por primera vez por un juez o tribunal en segunda instancia.

5. Aclarado lo anterior, indiscutible es, i) el Acto Legislativo 01 de 2018, le otorgó competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para resolver la solicitud de “*doble conformidad*” de la primera condena impuesta por los tribunales superiores, y ii) el recurso de casación no es el mecanismo idóneo para asegurar ese derecho.

Por tanto, no existe ninguna razón justificada para impedirle al tutelante acceder a la mencionada garantía,

¹³ Comunicación N° 1332/2004, *Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares vs. España*, dictamen del 4 de noviembre de 2002, párrafo 7.2.

¹⁴ Comunicación No. 1381/2005, *Jaques Hachuel Moreno vs. España*, dictamen del 25 de julio de 2007, párrafo 9.

pues de avalarse la determinación aquí confutada, se desconocería la aludida reforma constitucional, la cual tiene como finalidad esencial

“(...) adecuar las instituciones jurídicas de tal manera que se reconozca a los condenados en primera instancia, su derecho a la revisión de la sentencia por otro funcionario o corporación dentro de la estructura de la administración de justicia, tal como lo prevén tratados internacionales ratificados por Colombia”¹⁵.

6. Adicionalmente, la sentencia C-792 de 2014, si bien efectuó un minucioso examen de constitucionalidad de las normas acusadas, precisando el objeto y naturaleza jurídica del derecho a la impugnación de fallos condenatorios, nada refirió acerca de la forma como debe materializarse, ni el trámite a aplicarse.

Lo propio ocurre con relación al mencionado Acto Legislativo, por el cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se consagra el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria; empero, la corporación tutelada debe asegurarle al actor su garantía a la *“doble conformidad”*.

Si bien, la Sala de Casación Penal en el pronunciamiento AP1263 de 3 de abril de 2019, estableció unas reglas provisionales en aras de garantizar la *“doble conformidad”* y, en oportunidades anteriores, esta Sala ordenó a esa Colegiatura garantizar la *“impugnación especial”* teniendo en cuenta esas medidas, emerge diamantino que la protección suplicada debe prosperar,

¹⁵ Gaceta 167 de 2017.

porque al tutelante se le limitó la posibilidad de una verdadera revisión de la sentencia condenatoria, desconociendo con ello el contenido del Acto Legislativo 01 de 2018.

Lo anterior, por cuanto resulta evidente que dichas reglas, para el caso concreto, afectaron las garantías del condenado. Se debió, en primer lugar, desatar lo correspondiente a la “*doble conformidad*” garantizando al recurrente la satisfacción integral del debido proceso a través de un medio eficaz, sencillo y accesible y no como última instancia ante la inadmisión de la demanda de casación de modo que se revise con plena autonomía y ampliamente sin los preconceptos que aparejó el análisis casacional.

Además, advierte la Sala que ha de darse coherencia al sistema y asegurar una verdadera revisión de la primera sentencia condenatoria, a través de un juez independiente y diferente al que dictó el fallo condenatorio antes de que la decisión controvertida adquiriera la calidad de cosa juzgada y previo a la excepcionalidad del medio extraordinario.

El recurso de casación representa un proceso de construcción desde las entrañas del propio Estado de Derecho, con claridad desde la Revolución Francesa, en una tarea incesante y sin culminar aún. Es un instrumento que se ha asignado a las Cortes de Casación y en nuestro país a la Corte Suprema, consolidando más de ciento treinta y dos

años ininterrumpidos en pos de dar unidad al sistema jurídico, coherencia, estabilidad y seguridad jurídica, pero también abriendo sendas en la interpretación jurídica para hacer Estado de Derecho mediante la unificación de la jurisprudencia, la fijación de pautas jurisprudenciales; y en el marco del Estado constitucional con abierta misión para la protección de los derechos fundamentales y las garantías. Por ello, con razón se habla de ostentar la condición de Corte de cierre, cuyo recurso de casación es su tarea central, límite y cumbre en la decisión jurisdiccional por el acendrado carácter jurisdiccional y político que el recurso extraordinario ostenta.

Si está en el vértice, no puede confundirse con otro recurso, con mayor razón si tiene unas finalidades ligadas directamente con el Estado de Derecho y con los derechos fundamentales de la ciudadanía. No es apelación, no es revisión, no es doble conformidad; es el recurso, para llenar los vacíos, por ejemplo, en la interpretación de los otros recursos, inclusive en éstos momentos que se carece de disposiciones concretas con relación con la doble conformidad, atribución que deviene de la propia naturaleza constitucional del recurso de casación, prevista en nuestro ordenamiento desde hace más de ciento treinta dos años.

En el curso de un proceso mientras la sentencia no esté ejecutoriada culmina un juicio con el recurso de casación por regla general, para las causas donde esta excepcionalmente previsto, porque su naturaleza es

diferente a todos los demás y no puede confundirse con los otros.

Es extraordinario, es selectivo, fija líneas y criterios, es nomofiláctico, y para el caso concreto no puede someterse como antesala a otro recurso mientras no esté ejecutoriada la sentencia, ni como paso previo a otra impugnación prevista en las instancias. Tampoco puede confundirse con la revisión porque ésta es un juicio contra una sentencia ya ejecutoriada. La casación no es un nuevo proceso, sino conclusión del juzgamiento, en forma excepcional para algunos juicios que demandan para la Corte expresar la opinión para ejercer función nomofiláctica, para unificar jurisprudencia y materializar desde la máxima interpretación el camino para hacer viviente la Constitución en la actividad jurisdiccional.

De modo que, no puede confundirse ni relegarse en su tarea con relación a la doble conformidad o a la doble condena, porque este mecanismo apenas es desarrollo del derecho a obtener la revisión integral de la primera condena, o ante el derecho que se otorga a quien en segunda instancia es condenado por primera vez, o para quien es sancionado en juicios criminales de única instancia.

La doble conformidad o la impugnación especial, como nuevo recurso, obedece a las vicisitudes que ostenta el sistema procedimental colombiano pues tras adoptar el sistema acusatorio, mezcló híbridamente instituciones del sistema mixto inquisitivo con el paradigma acusatorio. Ello

ha conducido a desdibujar el sistema acusatorio puro para autorizar la apelación de la decisión absolutoria legitimando a la víctima, al Ministerio Público y al ente investigador o a la Fiscalía con disposiciones expresas en la Ley 906 de 2004.

El art. 29 de nuestra constitución, justamente refiriéndose a los derechos y garantías en el juicio criminal con relación al investigado y/o condenado expresa:

“(...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

El art. 8 de la Convención Americana en el numeral 2 dispone

“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”.

En la misma línea de pensamiento se halla el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando dispone que *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*, otorgando el

derecho al declarado culpable a acudir a un juez o tribunal superior para que su condena sea revisada.

Los dos instrumentos citados son compatibles con la norma constitucional local, el artículo 29 de nuestra Carta, cuando otorga el derecho al interior del juicio penal para el inculcado o para el “*sindicado*” como expone la ya citada regla 29 de la Constitución de 1991. Empero, como se ha otorgado la apelación del fallo penal absolutorio de primer grado a los demás participantes en el juicio penal, itérase, cuando la sentencia de primera instancia es absolutoria, es entendible que la de segundo grado pueda dar lugar a una eventual sentencia condenatoria.

Ello, justamente acontece en el caso del cual conoce en sede de tutela, esta Corte Suprema de Justicia, pues el juez de primera instancia absolvió y como apelaron los otros sujetos, el Tribunal de Popayán revocó la absolutoria para condenar. Este es un ejemplo, para los sistemas penales que otorgan el derecho de apelar la sentencia absolutoria a quien no es imputado o “*sindicado*”; y en nuestro caso, ante éste “*híbrido de sistema acusatorio*”.

Cuando es de ese modo, porque se revoca la sentencia absolutoria, indudablemente se resienten las garantías del imputado o sindicado, ahora condenado, ante el déficit de Estado de Derecho por no estar prevista una tercera instancia, como espiral impugnaticia; por supuesto, ante la

errada hermenéutica e imprevisión legislativa del sistema adoptado. Emerge, entonces, la odisea de la doble conformidad, verdadera fuente de alteraciones, pleitos, costos y múltiples interpretaciones, dolores de cabeza, que en casos como el presente, se hace patente.

La doble conformidad no es la casación, ya lo expuso esta Sala en providencias anteriores, tampoco es revisión; la casación no es doble conformidad, se itera, porque sería desnaturalizar cada recurso para tramar enredos y galimatías o para diluir los propósitos de la casación.

Si la casación es *cúlmen* en el juzgamiento de instancia, al hallarse la Corte Suprema en el vértice del sistema como Corte de Casación. No puede señalarse que primero debe tramitarse la casación y luego la doble conformidad, porque significaría que ahora la Corte de Casación es Corte de doble conformidad o juez de instancia esencialmente, de modo que cede su arsenal histórico a un recurso que emerge como resultado de imprevisiones legislativas. Pero además, desde la estructura propia de los recursos, la casación es limitada a unas causales precisas y a un modelo con propósitos singulares; la impugnación a la primera condena es amplia, abierta e ilimitada porque el juez de la doble conformidad debe revisar el todo, aún sin la presencia de reparos concretos, basta que el inculpado impugne en términos elementales y sin formalismos pero en tiempo, contra su condena, para que el superior estudie la totalidad del fondo del asunto.

En la casación los códigos fijan fronteras, pautas, taxatividad en las causales, pero ante todo supremos fines hermenéuticos y políticos que no pueden confundirse con la doble conformidad. En ésta, la duda persigue la decisión por cuanto el juez de primer grado absolvió, y alguna razón tendría para hacerlo, motivo por el cual cuando se revoca en segunda instancia una absolutoria hay serios elementos para ver encontradas jurídica y probatoriamente dos decisiones. La casación por el contrario enfrenta un fallo ante dos presunciones: la de acierto y legalidad. En fin, múltiples razones para no confundir.

En la lógica de las garantías y del debido proceso se altera el derecho del justiciable y la trascendencia de la casación para anteponerla a la doble conformidad, o para dejarla como paso previo a la segunda instancia del condenado, creando un entuerto y alterando el proceso.

En consecuencia, en casos como el presente a fin de observar el debido proceso, compete primero dar paso al derecho a la doble conformidad del condenado, respetando la autonomía e independencia judicial, como auténtica instancia, con las reglas de la apelación. Tramitada la doble conformidad o impugnación especial analizará el juez de ella, si concede la casación, si fuere el caso, según se cumplan o no los requisitos del legislador; luego verificará si se resuelve tramitarlo, en fin; pero la doble conformidad no tiene porque alterar la casación para tornarla en un mero trámite, anterior al de la doble conformidad, ni tampoco para convertir la impugnación especial en un apéndice de la

casación, porque los dos recursos son totalmente diferentes. La doble conformidad en un derecho supremo de quien a pesar de haber sido absuelto, por los avatares de la configuración del sistema, ahora en nueva decisión es condenado y, entonces, tiene derecho a formular la petición de una revisión amplia e ilimitada por un juez superior, autónomo, independiente e imparcial, sin preconceptos de la primera condena para establecer si la confirma o revoca.

Por tanto, la autoridad cuestionada debió tener en cuenta, se insiste, el numeral 7º del artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2018, que modificó el artículo 235 de la Constitución Nacional, que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores.

7. En consecuencia, se realizará el control constitucional inherente a la acción de resguardo, así como también el de convencionalidad, dimanante del bloque de constitucionalidad, según lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶, que exige a los países suscriptores procurar armonizar el ordenamiento interno al mismo, para evitar cualquier disonancia entre uno y otro. Así se consignó en sus preceptos primero y segundo:

¹⁶ Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado en Colombia por la Ley 16 de 1972.

“(…) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

“2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

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

De esta manera, las reglas de aquella normatividad deben observarse en asuntos como éste, *so pena* de incumplir deberes internacionales. Por tanto, es menester tener en consideración las prerrogativas procesales y la *“protección judicial”*, según las cuales, una persona podrá acudir ante las autoridades jurisdiccionales competentes para obtener la pronta y eficaz resolución de sus litigios, como desarrollo de la tutela judicial efectiva.

En el presente caso, como se dijo, la Sala de Casación Penal cercenó la posibilidad del aquí actor de contar con la garantía efectiva de la *“impugnación especial”*, soslayando con ello la enmienda constitucional contenida en el acto legislativo 01 de 2018, quebrantando el artículo 29 de la Carta Política, específicamente lo relacionado con el derecho a la *“doble conformidad”*, e infringiendo rectamente los cánones 8.1 y 25 de aquél tratado interamericano:

“(…) Art. 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (…)”.

“(…) Art. 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

“2. Los Estados Partes se comprometen: “a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; “b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y “c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (…” (Subrayas fuera de texto).

El citado instrumento contempla así una serie de “*garantías mínimas*”, previstas a favor de toda persona “*inculpada de delito*”. En el último de sus literales, el signado con la letra h), protege “*el derecho [a] recurrir [el] fallo ante juez o tribunal superior*”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es guía indiscutible para la interpretación del Pacto, ha entendido que el citado precepto se refiere e irradia a todas las distintas etapas del proceso penal, abarcando la investigación, acusación, juzgamiento y condena. Así puede apreciarse en el caso *Mohamed vs. Argentina*, del 23 de noviembre de 2012.

Asimismo, desde el ya citado y célebre caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*¹⁷, el órgano jurisdiccional interamericano viene considerando que la prerrogativa de recurrir el fallo fulge como “*garantía primordial*” o básica, debiendo respetarse en el marco del debido proceso legal, a fin de permitir la revisión por parte de un tribunal distinto y de superior jerarquía, de la sentencia adversa.

Ontológicamente, esa “*garantía mínima*” no puede confundirse con el también principio constitucional de la “*doble instancia*”, porque la “*doble conformidad*” atañe es a la posibilidad de la cual es titular el encausado para solicitar la revisión formal y material del fallo que le impone por primera vez la condena¹⁸.

Por tal razón, para esta Sala, en consonancia con el régimen convencional, el derecho de interponer un recurso frente a dicho proveído tiene que garantizarse antes de que éste haga tránsito a cosa juzgada, por cuanto se busca proteger el derecho de defensa otorgando, durante el proceso, la posibilidad de controvertirlo, evitando que quede en firme una decisión adoptada con vicios y contentiva de errores capaces de ocasionar un perjuicio injusto a los intereses de una persona.

La doble conformidad judicial ratifica el fundamento y brinda credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso

¹⁷ Fallado el 2 de julio de 2004.

¹⁸ En este sentido: MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2004. Pág. 707; también: SALAZAR GIRALDO, Gabriel Jaime. *La Doble Conformidad como Garantía Mínima del Debido en Materia Penal*. En: Revista Ratio Juris Vol. 10 N.º 21 (julio-diciembre 2015). Pág. 151.

que dispensa mayor seguridad y salvaguarda a las garantías del condenado¹⁹. No se satisface con la sola existencia de un órgano de grado superior, ante el que éste pueda tener acceso. Se trata de un tribunal o juez, que reúne características jurisdiccionales que lo facultan y legitiman para conocer el fondo del caso concreto, en aras de cumplir con lo requerido por la Convención Americana y la protección material, no meramente formal, de los derechos y garantías.

Por supuesto, este derecho de revisión por vía de alzada del fallo condenatorio no es una mera facultad procesal susceptible de ser –o no– reglamentada por el legislador doméstico, sino una genuina garantía concedida al condenado, cuyo desconocimiento trae aparejada la responsabilidad del Estado colombiano.

De allí que en el Estado Constitucional y Social de Derecho, ante la inercia o inactividad del Parlamento, sean los jueces los encargados de hacer cumplir la anunciada herramienta, pues:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino

¹⁹ Caso *Barreto Leiva c. Venezuela*, fallado el 17 de nov. de 2009.

*también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*²⁰.

El instrumento citado resulta aplicable por virtud del canon 9 de la Constitución Nacional, cuando dice:

“(...) Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (...)”

La regla 93 *ejúsdem*, señala:

“(...) Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

El mandato 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 1969²¹, debidamente ratificada por Colombia, estipula: *“(...) Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”*²², e impone su observancia en forma irrestricta cuando un Estado parte lo ha suscrito o se ha adherido al mismo.

7.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho

²⁰ Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. 26 de sept. de 2006.

²¹ Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

²² Aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985.

seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas *iusfundamentales*, así su protección resulte procedente o no.

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino *ex officio*²³.

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

7.2. El aludido control en estos asuntos procura, además, contribuir judicial y pedagógicamente tal cual se le ha ordenado a los Estados denunciados –incluido Colombia²⁴, a impartir una formación permanente de

²³ Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330

²⁴ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Excepción preliminar, Fondo,

Derechos Humanos y DIH en todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, jueces y fiscales²⁵; así como realizar cursos de capacitación a funcionarios de la rama ejecutiva y judicial y campañas informativas públicas en materia de protección de derechos y garantías.

Insistir en la aplicación del citado control y esbozar el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en providencias como la presente, le permite no sólo a las autoridades conocer e interiorizar las obligaciones contraídas internacionalmente, en relación con el respeto a los derechos humanos, sino a la ciudadanía informarse en torno al máximo grado de salvaguarda de sus prerrogativas.

Además, pretende contribuir en la formación de una comunidad global, incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las garantías fundamentales en el marco del sistema americano de derechos humanos.

9. Así las cosas, la salvaguarda impetrada será concedida.

3. DECISIÓN

Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párrs. 259 a 290, criterio reiterado Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 295 a 323.

²⁵ Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 229 a 274.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela solicitada por Ruffo Heliodoro Echeverry Moreno frente a la Sala de Casación Penal y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con ocasión del juicio adelantado en su contra por el delito de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir

En consecuencia, se le ordena a la primera corporación convocada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión y una vez reciba el expediente, deje sin efecto las providencias de 10 de julio de 2019 y 14 de diciembre de 2018 y todas aquéllas que de éstas dependan, y proceda a proveer, en primer lugar, sobre la “*doble conformidad*” o “*impugnación especial*” propuesta por el actor frente a la sentencia de 28 de marzo de 2017, y posteriormente desate lo correspondiente en relación con la demanda de casación.

SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados.

TERCERO: Si este fallo no fuere impugnado remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Con aclaración de voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-03906-00

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala que conoció la tutela formulada por Ruffo Heliodoro Echeverry Moreno contra la Sala de Casación Penal, respetuosamente me permito **ACLARAR mi voto** en los siguientes términos:

1. En el presente caso, mayoritariamente se consideró la viabilidad de la concesión del resguardo en el sentido de habilitar la impugnación especial de la «*primera condena*» penal (cuando aquella es emitida en segundo grado), garantizándosele al implicado la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional con competencia para conocer del asunto a fin de que resuelva bajo los parámetros de una decisión de instancia.

Al respecto, como soporte jurisprudencial se trajo a colación lo precisado en la sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional donde se exhortó al Congreso de la República a fin de que legislara sobre la «*regulación pertinente en aras de la implementación de dicha posibilidad*», y a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 que «*modificó de manera sustancial la atribución de la Sala de Casación Penal, para lo cual entre otras cosas, en el artículo 3º, numeral 7º, al modificar el artículo 235 de la Constitución Política, se consagró, dentro*

de las facultades del alto órgano ordinario en materia penal “resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena (...)».

De otro lado, se dijo que el referido Acto Legislativo, generó un estado de «trato desigual» respecto de los procesados no aforados, condenados por primera vez en segunda instancia, «sin que de manera alguna resulte justificable dicho provenir», debiéndoseles garantizar esa impugnación.

Finalmente, se estimó que el recurso de casación no se ofrece como un mecanismo idóneo para la salvaguarda de esa prerrogativa dadas las formalidades y el rigor técnico requerido, «la excepcionalidad de la tarea nomofiláctica, la unificación de la jurisprudencia y otras muchas particularidades que identifican en el derecho nacional y comparado [...] tornan inadmisibles y deleznable la aludida asimilación entre el recurso extraordinario de casación y el de apelación», mientras que la «impugnación [...] es universal, no sujeto a causales, permite denunciar todo tipo de error».

2. A partir de lo anterior, se *itera*, se acompaña el amparo y la protección del presupuesto analizado **pero con énfasis en las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional en las sentencias de unificación SU-217 de 21 de mayo y SU-373 de 15 de agosto, ambas de 2019**, que ratificaron lo indicado en la sentencia C-792 de 2014 donde esa Alta Corporación amplió la comprensión del

principio de la doble conformidad como derecho fundamental.

En las citadas providencias, el Tribunal de Cierre de la Justicia Constitucional, reiteró su postura frente a la necesidad de garantizar el señalado principio respecto de la primera condena proferida en segunda instancia del juicio penal, atribuyéndole la competencia para resolver esa impugnación a la Corte Suprema de Justicia, tal como quedó establecido a partir del Acto legislativo 01 de 2018, y exhortó una vez más al Congreso para que legisle, con urgencia, sobre el proceso que debe adoptar la Sala de Casación Penal para tramitarlo. Lo trascendente es que dichas decisiones unificaron el criterio sobre la preponderancia de la protección de ese derecho a través de la acción de tutela.

En anteriores oportunidades, y frente a debates sobre esta temática, el suscrito magistrado se apartó de la mayoría de la Sala, al considerar que para los efectos de la impugnación que se reclama, el recurso extraordinario de casación se advertía idóneo, y además porque no se encontraba diseñado un procedimiento específico que permitiera abordarlo, situaciones que actualmente están superadas; la primera, por los alcances que le ha dado la Corte Constitucional a la salvaguarda directa de esa garantía, como ya se puntualizó; y la segunda, porque la misma Homóloga Penal, estructuró recientemente un trámite interno para conocer de esa instancia especial.

Ahora bien, es menester dejar claridad sobre la necesidad de continuar con un criterio consolidado acerca de la procedencia del auxilio en estos eventos, pero no comparto los argumentos dirigidos a desestimar de plano la idoneidad del recurso extraordinario de casación como remedio especial de control judicial desde la efectividad que de él puede predicarse a partir de la estadística que arrojan las sentencias que son casadas y las que son inadmitidas, puesto que, aunque habrá de aceptarse que es disímil su naturaleza y por la complejidad en su formulación, tener como fundamento su porcentaje de éxito sería tanto como desechar la aptitud de los diferentes mecanismos constitucionales bajo esa misma medida, lo cual no puede ser de recibo.

3. Adicionalmente, considero importante resaltar que se torna innecesario en el ejercicio jurisdiccional cotidiano, incluir de forma genérica y automática una mención sobre el empleo del denominado «*control de convencionalidad*».

Ciertamente, de conformidad con la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, surge, entre otros deberes, el imperativo para sus jueces de examinar *ex officio*, en sus decisiones, la vigencia material de lo pactado.

De esta manera, el «*control de convencionalidad*» comporta una actitud de consideración continua que deberá acentuarse y manifestarse expresamente, tan solo en aquellos pronunciamientos donde se advierta comprometido o amenazado «*el efecto útil de la Convención*»²⁶, lo cual acontecerá en los eventos donde pueda verse «*mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*»²⁷; todo lo cual resulta ajeno al presente caso.

En los anteriores términos, dejo fundamentada mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado

²⁶ CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

²⁷ CIDH. Caso Heliodoro Portugal contra Panamá. Sentencia de enero 27 de 2009. Serie c No. 186, párrafo 180.