



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

STC16824-2018

Radicación n.º 11001-02-04-000-2018-01714-01

(Aprobado en sesión de doce de diciembre de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Decídese la impugnación formulada contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2018, por la Sala de Casación Penal, dentro de la tutela promovida por Efraín Fandiño Marín, frente a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ocasión de la causa criminal adelantada al aquí actor por el delito de “*fraude procesal*”.

1. ANTECEDENTES

1. El gestor exige la protección de las prerrogativas al debido proceso y “*doble conformidad*”, presuntamente vulneradas por la autoridad accionada.

2. Del ruego tuitivo y sus anexos se extrae como base de su reclamo, lo siguiente:

En contra de Efraín Fandiño Marín y otros, se adelantó causa penal por el delito de “*fraude procesal*”, asunto en el cual el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia absolutoria el 23 de marzo de 2018, decisión revocada por la corporación tutelada en proveído de 22 de junio pasado, donde se condenó a los investigados a la pena de 74 meses de prisión, la cual podrá cumplirse en sus lugares de domicilio.

Sostiene que en ese fallo el tribunal confutado señaló que contra el mismo “*(...) no procede [la] impugnación de que trata la sentencia C-792 de 2014 (...)*”, quebrantando su derecho de recurrir “*(...) la sentencia condenatoria por primera vez emitida en segunda instancia (...)*”.

Arguye que impetró “*impugnación y casación*”; empero, la corporación fustigada únicamente le dio trámite al remedio extraordinario¹.

¹ Revisado el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial se observa que mediante auto de 3 de septiembre pasado, el tribunal querellado remitió a la Sala de

3. Implora, se conceda “(...) *el derecho de impugnar la primera sentencia condenatoria (...)*”.

1.1. Respuesta del accionado

Manifestó no haber vulnerado ninguna garantía del actor, pues sus actuaciones se ciñeron “(...) *al procedimiento establecido (...) conforme a la norma vigente (...)*” aplicable al caso bajo estudio (fls. 179 a 184).

1.2. La sentencia impugnada

Desestimó el auxilio, tras advertir:

“(...) Si bien la sentencia de constitucionalidad base de la súplica de amparo que se impetra, bajo la premisa de una omisión legislativa que regule el derecho a la doble conformidad de la sentencia condenatoria proferida por primera vez por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, determinó la exequibilidad condicionada de las normas adjetivas entonces demandadas y exhortó al órgano legislativo para que supliera la ausencia de tal regulación, lo cierto es que aún no hay pronunciamiento por parte del legislador en ese sentido – emisión de norma procesal que regule el procedimiento del señalado recurso- y en consecuencia el ordenamiento procesal penal vigente sólo contempla el extraordinario de casación en contra de tales providencias (...)”.

“(...) Así, y conforme el disenso que le asiste al accionante, bien puede acudirse por intermedio de la referida exceptiva extraordinaria a postular la censura que por vía de tutela viene a proponer (...)”.

“(...) Ahora, el trámite surtido en la presente acción constitucional advierte que el defensor y aquí apoderado del

accionante impetró recurso de casación, situación que descarta por completo la intervención del juez de tutela en trámites ajenos a los de su competencia, porque le está vedado asumir funciones asignadas por la Constitución y la ley a otras autoridades, toda vez que, la actuación aún se encuentra en curso ante el Tribunal accionado para resolver si se concede o no el recurso extraordinario a partir del libelo que lo sustenta (...)" (fls. 252 a 262).

1.3. La impugnación

La interpuso el quejoso insistiendo en los argumentos de disenso expuestos en el escrito genitor (fl. 281 a 289).

2. CONSIDERACIONES

1. Se duele Efraín Fandiño Marín, porque el tribunal fustigado en el fallo condenatorio emitido en su contra "*por primera vez en segunda instancia*", negó su derecho a la "*doble conformidad*", pues allí se manifestó la improcedencia de la "*(...) impugnación de que trata la sentencia C-792 de 2014 (...)*".

2. Para entrar en tono con la discusión planteada por el tutelante, debe señalarse que el último de los citados pronunciamientos 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 Penal de esta Corte, pues 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 bien, que en la actualidad no haya un reglamento jurídico sobre la forma como se debe tramitar la impugnación de la “primera condena” cuando aquélla 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 alguna, 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 inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado 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 inculcado 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 substanciación 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; e) 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; f) 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; g) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; h) 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 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 ha 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 (...)”².

Ahora, la “*doble conformidad*”, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se caracteriza por “(...) brinda[r] mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (...)”³, 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 (...)”⁴; 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 Penal⁵.

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

² 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).

³ Caso *Barreto Leiva c. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 89.

⁴ Caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 161 y 164.

⁵ “(...) 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 (...)”.

*involucrado (...)*⁶, teniendo en cuenta que “(...) *la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en (...) indefensión (...)*”⁷ ante el poder punitivo del Estado.

Por otro lado, es inculcable 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 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, como quiera 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 constituciones 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

⁶ Caso *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 82.

⁷ Caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 89.

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 N° 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, a la hora de ahora 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 la dogmática constitucional para revocar en todas sus partes la decisión de primera instancia, accediendo a la súplica constitucional con el fin de proteger 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 amparo petitionado por no hallarse establecida ni atribuida la competencia en torno al conocimiento de las solicitudes de impugnación de la

primera condena⁸; 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 rogada 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.

Recientemente, 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, de su finalidad, relativa a

⁸ 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.

prohijar la prerrogativa a impugnar la primera condena, y de las dependencias creadas para conocer de los recursos erigidos respecto de tales decisiones (num. 6 y 7, art. 3º, Acto Legislativo 01 de 2018).

3. Descendiendo al caso bajo estudio, el tribunal fustigado infirió que la decisión emitida por esa corporación no era susceptible de “impugnar” en los términos de la sentencia C-792 de 2014, por cuanto el condenado tenía a su alcance el recurso de casación para controvertir esa providencia, apoyando tal afirmación en decisiones de la Sala de Casación Penal, quien ha sostenido que dicho mecanismo extraordinario

“(...) ofrece, por su parte, a los sujetos procesales, la posibilidad de denunciar no sólo errores de naturaleza jurídica como ocurre en buena parte de los regímenes penales, sino también probatoria y procesales (...) [pues], en el marco de la actividad jurisdiccional de [esa] Sala, como juez de casación (...) se la dotó de la facultad de superar los defectos de la demanda cuando advierta que se hace necesario para la realización de los fines del recurso o la protección de garantías y derechos fundamentales, lo que significa que la casación (...) ya no debía ser interpretada solo desde, por y para las causales, sino también desde sus fines, con lo cual adquiere una axiología mayor vinculada con los propósitos del proceso penal y con el modelo de estado en el que se inscribe (...)”⁹.

Aunque el anterior criterio intenta mostrar la casación, como una herramienta eficaz para asegurar al condenado un estudio de su caso ante el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, no puede creerse que ese mecanismo sea el idóneo para la protección del derecho a la

⁹ C.S.J. STP 13406 de 10 de abril de 2018.

segunda instancia. 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 inasimilable y deleznable la nivelación del recurso extraordinario de casación con la apelación. El primero es extremadamente formal y rigorista, apuntalado para dar unidad y coherencia lógica al ordenamiento, mientras que el segundo es universal, no sujeto a causales, permite denunciar todo tipo de error y es garantía para todos los condenados de la tierra en lo criminal.

Cortes de casación no existen por doquier, pero los jueces de apelación 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 la oficiosidad que se otorga a la Corte para estudiar el fondo del recurso de Casación, cuando este no cumple 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, circunscrito 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, pondrán 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 (...)”¹⁰.

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

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-792 de 2014.

el ámbito penal, por razones de justicia material; en consecuencia, se trata de una garantía de naturaleza convencional y constitucional¹¹ al interior del proceso penal en procura de tornar eficaz el debido proceso para el imputado, inculgado 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 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.

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, y iii) el recurso debe ser ordinario, sencillo y eficaz que permita un amplio control formal y material de la condena.

¹¹ 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.

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 Rohmoser 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 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹², 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

¹² 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”.

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.¹³ Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación¹⁴.

"(...) [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 (...)"¹⁵.

De la jurisprudencia citada fulge claro, 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 aquella haya sido emitida por primera vez por un juez o tribunal en segunda instancia.

4. Aclarado lo anterior, indiscutible es, i) el Acto Legislativo 01 de 2018, le otorgó competencia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para resolver la solicitud de "*doble conformidad*" de la primera condena emitida por los tribunales superiores, y ii) el recurso de

¹³ Comunicación No. 1095/2002, *Gomariz vs. España*, dictamen del 22 de julio de 2005, párrafo 7.1.

¹⁴ Comunicación N° 1332/2004, *Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares vs. España*, dictamen del 4 de noviembre de 2002, párrafo 7.2.

¹⁵ Comunicación No. 1381/2005, *Jaques Hachuel Moreno vs. España*, dictamen del 25 de julio de 2007, párrafo 9.

casación no es el mecanismo idóneo para asegurar ese derecho.

Por tanto, no existe ninguna razón justificada para impedirle al tutelante acceder a la citada garantía, pues de avalarse la determinación aquí confutada, se desconocería la citada 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”¹⁶.

5. 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*”, aplicando por analogía el trámite dado al recurso ordinario de apelación.

¹⁶ Gaceta 167 de 2017.

6. 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 Humanos¹⁷, 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:

“(...) 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

¹⁷ Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado en Colombia por la Ley 16 de 1972.

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 corporación querellada, cercenó la posibilidad del actor de impugnar la sentencia condenatoria emitida por primera vez en segunda instancia, quebrantando el artículo 29 de la Carta Política en su expresión del derecho a la “*doble conformidad*”, y rectamente infringió 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*¹⁸, 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 condena¹⁹.

¹⁸ Fallado el 2 de julio de 2004.

¹⁹ 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.

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 que brinda mayor seguridad y salvaguarda a las garantías del condenado²⁰. 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 del caso concreto, en aras de cumplir con lo requerido por la Convención Americana.

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

²⁰ Caso *Barreto Leiva c. Venezuela*, fallado el 17 de nov. de 2009.

los jueces los encargados de hacer cumplir el citado instrumento, 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 también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²¹.

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 1969²², debidamente ratificada

²¹ Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. 26 de sept. de 2006.

²² Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

por Colombia, estipula: "(...) *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*"²³, e impone su observancia en forma irrestricta cuando un Estado parte lo ha suscrito o se ha adherido al mismo.

6.1. 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 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*²⁴.

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

²³ Aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985.

²⁴ Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros ("Diario Militar") contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330

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.

6.2. El aludido control en estos asuntos procura, además, contribuir judicial y pedagógicamente tal cual se le ha ordenado a los Estados denunciados -incluido Colombia²⁵, a impartir una formación permanente de Derechos Humanos y DIH en todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, jueces y fiscales²⁶; 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.

²⁵ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Excepción preliminar, Fondo, 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.

²⁶ 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.

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.

7. Por lo discurrido, se concederá el amparo deprecado. Por tanto, se ordenará a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, asegurar el derecho constitucional a la doble conformidad de Efraín Fandiño Marín frente a la sentencia condenatoria, emitida en su contra, siguiendo los lineamientos expuestos en esta providencia.

3. DECISIÓN

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: REVOCAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo reclamado.

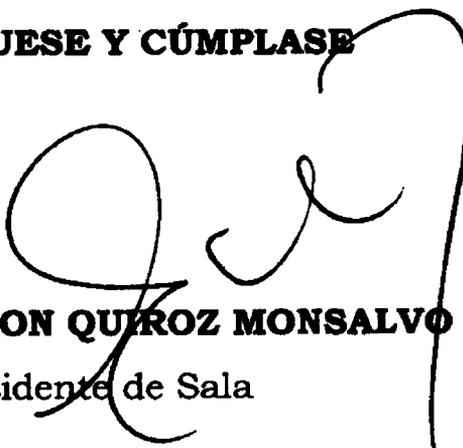
En consecuencia, se le ordena a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de cinco (5) días contados a partir de la

notificación de esta decisión, tramite la impugnación incoada por Efraín Fandiño Marín frente a la sentencia condenatoria emitida en su contra en la memorada causa, en aras de asegurarle el derecho constitucional a la doble conformidad, siguiendo los lineamientos expuestos en esta providencia.

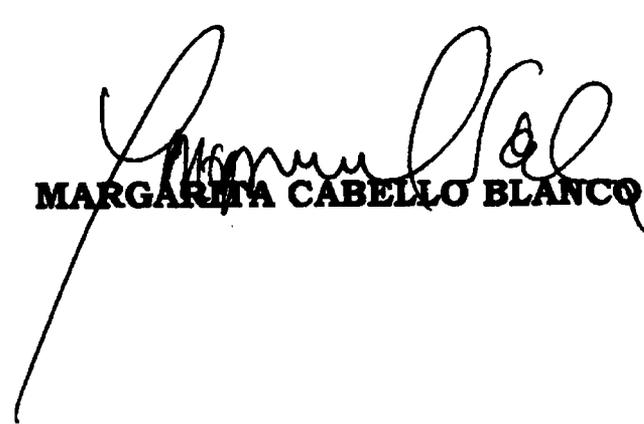
SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

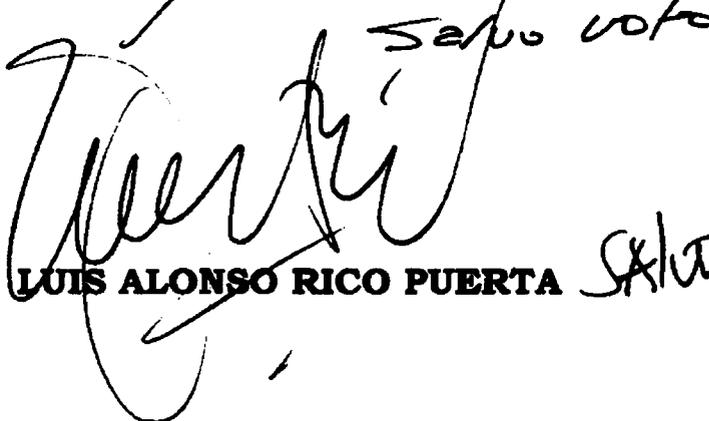


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Presidente de Sala



MARGARITA CABELLO BLANCO

ff
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Salvo voto


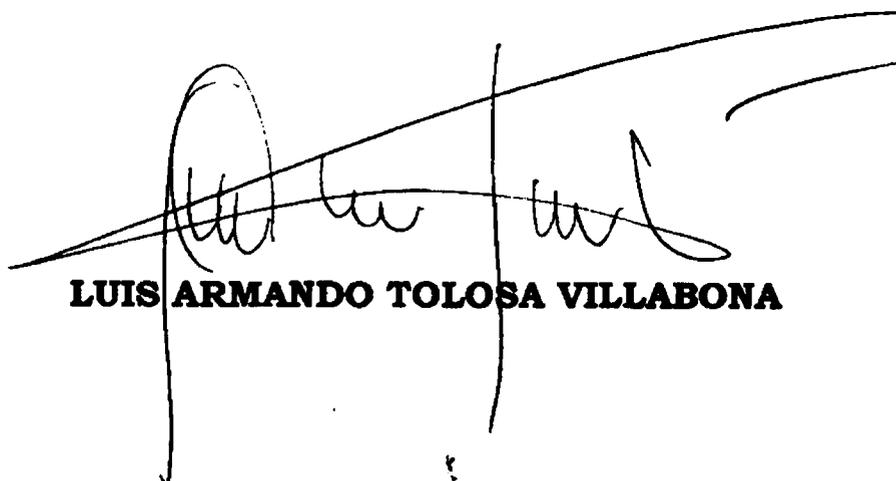
LUIS ALONSO RICO PUERTA

Salvo voto


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

AUSENCIA JUSTIFICADA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

STC16824-2018

Radicación n.º 11001-02-04-000-2018-01714-01

Con pleno respeto por los integrantes de la Sala que conformaron mayoría para la adopción de la sentencia proferida en el asunto de la referencia, procedemos a exponer las razones de nuestro comedido disenso.

En el presente caso, mayoritariamente se consideró que, aunque en la actualidad no existe un reglamento jurídico sobre la forma como se debe tramitar la impugnación de la «*primera condena*» penal, cuando aquella es emitida en segunda instancia, debe garantizársele a todo implicado la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional con competencia constitucional para conocer de ese específico asunto, ya que lo que se presenta es «*un vacío meramente formal*», y ante ello resultan aplicables «*las normas integradoras del bloque de constitucionalidad*», las cuales, permiten acceder a la «*doble conformidad*».

Al respecto como soporte jurisprudencial se trajo a colación lo precisado en la sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional 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 otro lado, se indicó que el referido Acto Legislativo, generó un estado de «*trato desigual*» respecto de los procesados no aforados, condenados por primera vez en segunda instancia, como quiera que en cuanto a tales condenas, «*nada se consagró en procura de garantizar el derecho a impugnarlas*».

Finalmente, estimó que el recurso de casación no se ofrece como una herramienta eficaz para asegurar al condenado un estudio de su caso ante el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, ya que no es un «*mecanismo idóneo (...) para la protección del derecho a la segunda instancia*», por cuanto se aduce «*es extremadamente formal y rigorista*», mientras que la «*impugnación (...) es universal, no sujeto a causales, permite denunciar todo tipo de error*».

Todo lo anterior, son aspectos de los cuales nos apartamos, dejando claro que nuestro desacuerdo no es frente al principio que aquí se analiza – la doble conformidad – el que por demás estimamos plausible y de imperiosa aplicación, sino porque creemos que no es la acción de tutela la vía jurídica para avocarlo y que debe ser la homóloga penal

la encargada de implementarla, así sea de manera transitoria, hasta tanto se profiera la regulación específica que fije un derrotero de ejecución, los términos y procedimientos, tal como lo disponen la sentencia C-792 de 2014 y la SU-215 de 2016 del máximo tribunal constitucional, pues mientras ello no suceda, seguirá siendo el recurso de casación el medio idóneo de revisión y control de los fallos dictados por el juez *ad quem*. Los criterios para apartarnos de la presente decisión son los siguientes:

1. La improcedencia de la salvaguarda cuando el proceso penal se encuentra en curso.

Jurisprudencialmente se tiene decantado que la acción de tutela, **dado su carácter eminentemente subsidiario y residual**, no fue establecido para sustituir o desplazar las competencias propias de las autoridades judiciales o administrativas, pues, mientras se tenga al alcance medios regulares de defensa judicial o los mismos estén siguiendo su curso normal, no es dable acudir a este remedio constitucional, a menos que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así mismo, dicho presupuesto comprende que los reproches frente a cualquier presunta irregularidad de índole procesal endilgables al operador jurídico, deben y pueden seguir siendo propuestos a través de los medios o instrumentos de defensa previstos por el ordenamiento jurídico si la causa judicial cuestionada está cursando, aún

si esa oportunidad se extiende hasta la sentencia que pone fin a lo actuado.

En tal sentido, frente a concretos casos en los que el proceso penal se halla en trámite, la Sala de Casación Penal en sede constitucional ha precisado:

«(...) la presencia de un proceso en curso, lleva aparejada la posibilidad de agotar, en su desarrollo, los medios defensivos que la normativa procesal contempla, requisito sin el cual la acción de tutela contra decisiones que en su trámite se produzcan, resulta francamente improcedente, como insistentemente lo ha defendido esta Sala, al punto que como opción extrema, ha dispuesto la posibilidad que por motivos como los expuestos en la demanda, se pueda acudir ante esta Corte por vía de casación, dado el carácter de control constitucional que tiene ese recurso» (CSJ STP6603-2017, 11 may. 2017, rad. 91826-00).

En todo caso, solo se admitiría la injerencia del juez de amparo en un trámite penal que aún transcurre, en el evento de probarse con suficiencia la existencia de un perjuicio irremediable, lo que aquí no ocurre, pues, de no ser de esa manera, y de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales y concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas, propiciando un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

Sobre el tema esta Sala también ha dicho:

«Recuérdese que la acción de tutela es un medio subsidiario llamado a aplicarse sólo cuando en el escenario natural del respectivo trámite judicial no logran protegerse los derechos fundamentales invocados, y en casos como el de ahora, únicamente es permitida la revisión del desarrollo procesal respecto de las garantías propias del juicio, pero en ningún momento puede entenderse como un mecanismo instituido para desplazar a los funcionarios a quienes la Constitución o la ley les han asignado la competencia para resolver las controversias judiciales, porque ese supuesto conduciría a invadir su órbita de acción y a quebrantar la Carta Política» (CSJ STC10279-2017, 17 jul. 2017, rad. 00687-01).

Al margen del problema jurídico planteado, como se viene indicando, para nosotros la improcedencia de la protección deriva del incumplimiento del presupuesto de la subsidiariedad, conforme lo prevé el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, dado que, mientras el proceso penal en cuestión esté activo, no es viable la intromisión del juez de tutela.

Según se aprecia de los antecedentes fácticos y de la verificación del historial del proceso, el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado en el asunto penal que se cuestiona fue interpuesto por la defensa del procesado y radicado en la Sala de Casación Penal desde el pasado 25 de septiembre, asignado por reparto al despacho del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, por lo que corresponderá a esa Sala resolver, en principio, sobre su admisión y su consecuente procedibilidad.

2. Idoneidad del recurso de casación en materia penal.

En precedencia se ha destacado el alcance y finalidad del examen que en dicha sede se ejecuta, análisis que implica también un escrutinio del cumplimiento de garantías procesales y derechos fundamentales al interior de la causa, lo cual constituye un estudio exhaustivo e integral de lo sometido a revisión. Sobre este medio de control, en materia penal, la Sala Especializada de esta Corporación ha señalado:

«Y respecto al recurso de casación, recuérdese que la ley adjetiva penal le tiene asignada como finalidad la efectividad del derecho material, entre otras, el respeto de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos a estos» (CSJ, STP17202-2014, 16 dic. 2014, rad. 77387).

Y en otro pronunciamiento, ésa Sala al resolver una demanda de tutela en la que se discutía la eficacia del recurso como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales resaltó:

«Tal realidad descarta por completo la acción constitucional, toda vez que la Corte al resolver el recurso podrá estudiar, si existe o no violación a sus derechos fundamentales, siendo éste el mecanismo idóneo de defensa judicial, e impide que la Sala emita cualquier pronunciamiento sobre la legalidad de las decisiones adoptadas en dicho fallo, so pena de incurrir en manifestaciones de prejuzgamiento, que más adelante podrían constituir motivos de recusación o impedimento.

Ello, por cuanto de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, la casación tiene por fines “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia”.

Si lo anterior es así, surge clara la improcedencia del amparo en tanto no constituye un mecanismo alternativo o supletorio al que

las partes puedan acudir el ejercicio de sus derechos. (...)» (CSJ. Sentencia 4 may. 2010, Rad. T-47710).

Y recientemente, en una salvaguarda donde se suscitó similar debate en torno a la procedencia del recurso de apelación contra la «primera condena» y la idoneidad de la casación como medio de defensa, dijo:

«(...) En síntesis, puede afirmarse que la idoneidad o inidoneidad de un recurso para garantizar el derecho a la doble impugnación, no deriva de su denominación, sino de la posibilidad de que un juez o tribunal superior pueda revisar la decisión, y que pueda hacerlo de manera integral, entendida por tal la que permite su auscultación fáctica, probatoria y jurídica.

Descendiendo al ámbito nacional, encontramos que el nuevo régimen de casación penal implementado por la Ley 906 de 2004, actualmente vigente, constituye un notorio avance en materia de protección de derechos fundamentales, como quiera que se concibió como un control constitucional y legal de los fallos judiciales de segunda instancia.

Esto implicó la ampliación de su alcance como mecanismo de control, al quedar regulado no solo como un juicio de legalidad, como se hallaba regulada en los ordenamientos procesales precedentes, sino también como un juicio de constitucionalidad, de protección de la indemnidad de la normativa constitucional, con el inequívoco propósito de hacer prevalecer los fines sobre las formas.

También implicó mutaciones en los fines de la casación, pues la finalidad nomofiláctica, que en sus orígenes se consideraba un simple ejercicio de defensa de la ley, terminó fundiéndose con la noción misma de justicia (función dikelógica), y con la defensa de principios y valores (función axiológica), en el propósito de que la efectividad del derecho material, como fin de la casación, se acoplara con un concepto dúctil de ley.¹

Los motivos de casación ofrecen, por su parte, a los sujetos procesales, la posibilidad de denunciar no solo errores de naturaleza jurídica como ocurre en buena parte de los regímenes

¹ C.S.J. AP, casación 24193, auto de 12 de diciembre de 2005.

penales, sino también probatoria y procesales, y por supuesto, garantías fundamentales. La causal primera recoge los errores de naturaleza jurídica, la segunda los errores de estructura procesal y de garantía, y la tercera los errores probatorios.

En el marco de la actividad jurisdiccional de la Sala, como juez de casación, también se introdujeron avances importantes, **por cuanto se la dotó de la facultad de superar los defectos de la demanda cuando advierta que se hace necesario para la realización de los fines del recurso o la protección de las garantías y derechos fundamentales, lo que significa que la casación, como lo destacó la Sala en decisión AP de 20 de octubre de 2005, ya no debía ser interpretada solo desde, por y para las causales, sino también desde sus fines, “con lo cual adquiere una axiología mayor vinculada con los propósitos del proceso penal y con el modelo de Estado en el que se inscribe”.**

Esta atribución le permite a la Sala revisar lo revisable, afirmación con la cual se busca significar que puede cumplir sin limitaciones la función de constatación y de corrección de la decisión, según las posibilidades y particularidades de cada caso, agotando el escrutinio de aquellos aspectos que generan inconformidad en el recurrente, sin importar de qué parte procesal se trate, erigiéndose, de esta manera, en custodio de los intereses de la justicia y de la correcta aplicación del derecho al caso que se le presenta.

El nuevo modelo casacional está también signado por una **abierta desformalización**. Las actas redactoras del código muestran el indeclinable propósito del legislador de hacer más flexible el recurso y de asegurar en el acceso al mismo, **pretensión que se revela en la eliminación del listado de requisitos formales de la demanda, que traía el anterior estatuto, y su reemplazo por un catálogo de exigencias mínimas, comunes a las de otros recursos de índole ordinaria, como la revisión y la apelación, y en la implementación de la insistencia como mecanismo de control.**

Lo anterior, para reiterar una vez más, que el modelo casacional acogido en el sistema procesal penal colombiano, es un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar el derecho a la impugnación cuando la primera condena ha sido proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior o el Tribunal Militar, porque (i) permite controvertir los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión, (ii) es de fácil interposición y fundamentación, y (iii) la sala puede superar los

defectos de la demanda cuando advierta que se hace necesario para la realización de los fines del recurso.

En conclusión, mientras la ley reglamenta el procedimiento y las condiciones dentro de las cuales debe interponerse y ejercitarse el derecho a la impugnación, la Sala considera que puede hacerse efectivo a través del recurso de casación, por las razones que dejan expuestas, y porque el de apelación, que el accionante demanda, resulta improcedente, por tratarse de un recurso de naturaleza distinta, previsto para garantizar el ejercicio de la doble instancia» (CSJ STP13406-2018, 10 oct. 2018, rad. 100470) Negrillas fuera de texto.

En suma, bajo la óptica trazada, el que se encuentre en trámite la casación convierte además, como se viene destacando, en anticipada la salvaguarda; lo que quiere decir que no puede abrirse paso ni siquiera como mecanismo transitorio, ya que, en un evento como el aludido, el interesado debe esperar la conclusión del asunto puesto a consideración del tribunal de cierre, encargado de dirimir el fondo de lo sometido a su juicio.

3. Incuria.

La procedencia del resguardo se encuentra supeditada al agotamiento previo de todos los instrumentos de defensa puestos a disposición del interesado, dado el carácter eminentemente residual de esta acción, pues de otra manera se convertiría en un mecanismo para revivir oportunidades clausuradas, lo cual terminaría cercenando los principios que gobiernan esta herramienta *iusfundamental*.

En lo relativo a ese tema, esta Corte ha sostenido:

«(...) [S]i [se] incurrió en pigracia y [se] desperdici[aron] las diferentes oportunidades procesales, es inadmisibile la pretensión de recurrir tal actuación por esta vía extraordinaria o de tratar de recuperar mediante ese instrumento tal posibilidad, puesto que no ha sido diseñado para rescatar términos derrochados, - pues los mismos son perentorios e improrrogables, (...) ni para establecer una paralela forma de control de las actuaciones judiciales, circunstancia que, acorde con reiterada jurisprudencia, impide la intervención del Juez constitucional en tanto no está dentro de la órbita de su competencia suplir la incuria, los desaciertos o descuidos de las partes en el ejercicio de sus facultades, cargas, o deberes procesales, pues esa no es la finalidad para la cual se instituyó la tutela (...)» (CSJ STC, 6 de julio de 2010, Rad. 00241-01; ratificada el 2 de marzo de 2011, Rad. 2010-000380-01).

En este evento, la solicitud de amparo no atiende el comentado requisito, pues el aquí actor, tuvo la posibilidad de interponer el recurso de reposición e incluso el de queja contra el auto que concedió el de casación y a su vez rechazó la apelación, si es que pretendía discutir la procedencia de la «doble conformidad» frente a la providencia que acababa de condenarlo; es decir, a través de esos medios de defensa judiciales pudo plantear el debate que expone por esta vía constitucional pero lo desaprovechó, conforme pudo constatarse.

En otra demanda de tutela de perfiles idénticos resuelta por esta Sala, sobre el particular se indicó:

«(...) Aduce el reclamante que la vulneración de sus garantías constitucionales se originó con el auto de 15 de marzo de 2018, a través del cual el Tribunal Superior de Medellín denegó el recurso de apelación que se formuló contra la sentencia que en segundo grado se emitió en el juicio penal adelantado en su contra, y a través de la cual se revocó el fallo absolutorio emitido en primer grado, y se le declaró culpable del delito que le fue imputado.

Sin embargo, realizado un estudio de las actuaciones que ocurrieron con posterioridad a la emisión de tal decisión, se advierte que el actor, pese a que tenía a su alcance medios de defensa idóneos para ejercer su derecho de defensa, no los empleó.

En efecto, revisado el expediente objeto de debate, no se observa que frente al mencionado proveído, la parte interesada haya formulado el recurso de reposición, mecanismos que, al tenor del artículo 176 de la Ley 906 de 2004, era procedente para cuestionar el contenido de aquella determinación.

En tal orden, si la queja del accionante se circunscribe a la decisión de no acceder a la aplicación de la sentencia C-792 de 2014, resulta evidente la ausencia del requisito de subsidiariedad, por cuanto no agotaron los medios ordinarios de defensa con los que contaba para discutir su legalidad.

Por consiguiente, si no se hizo uso de los mecanismos que le brinda la ley adjetiva para proteger sus intereses, la acción de tutela no emerge como el medio para enmendar la incuria y para proveer solución a las cuestiones que le correspondía dirimir al juez natural». (CSJ STC9101-2018, 16 jul. 2018, rad. 00946-01)².

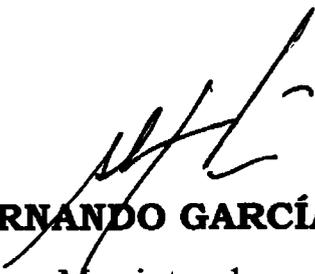
En ese sentido, cabe reiterar que la Sala ha sido enfática en precisar que «*si las partes dejan de utilizar los dispositivos de defensa previstos por el orden jurídico, - como aquí ocurrió -, quedan sujetas a las consecuencias de las determinaciones que le sean adversas (...)*» (CSJ, SC, 26 en. 2011, rad. 00027-01, reiterada entre muchas otras en, STC7002-2015, 4 jun. rad 00076-01, STC11348-2015, 27 ag. rad. 00156-01 y STC11856-2015, 4 sep. rad. 00162-01).

Así las cosas, se *itera*, la no utilización de los señalados medios de impugnación, reafirma la inviabilidad del

² Ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez

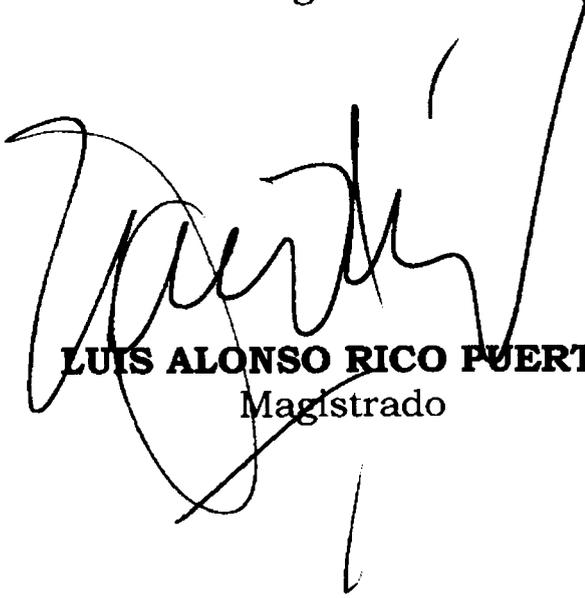
resguardo, ya que es deber del peticionario agotar todos los mecanismos de defensa antes de ejercerla.

En los anteriores términos, dejamos fundamentado el salvamento de voto, con reiteración de nuestro irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado