

**Segunda instancia para los aforados constitucionales:  
Una mirada desde el Estado social de derecho**

Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma Latinoamericana



**Segunda instancia para los aforados constitucionales:  
Una mirada desde el Estado social de derecho**

Autores:

Julio Alejandro Ruiz Monsalve  
Daniel Zapata Lopera

Asesora:

Betty Julieth López Pérez

Septiembre 2020

Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma Latinoamericana

## Tabla de Contenidos

Resumen.....	2
Introducción .....	3
Capítulo I Diferencias procesales entre la doble instancia y la doble conformidad .....	6
1. Definiciones y contexto .....	6
2. Descripción desde la ley, los postulados constitucionales y supraconstitucionales ..	9
3. Del problema en cuestión .....	12
4. Cumplimiento del primer objetivo planteado .....	17
Capítulo II Consideraciones sobre la retroactividad de la Ley .....	19
1. De los efectos de la Ley en el tiempo .....	19
2. De la retroactividad, ultraactividad y retrospectividad .....	23
3. Del Principio de favorabilidad .....	26
4. Del Bloque de Constitucionalidad .....	26
5. Posturas Constitucionales, Jurisprudenciales, Doctrinarias y Legales .....	28
6. Realidad de los aforados constitucionales en Colombia .....	35
Capítulo III. Análisis del caso en concreto .....	37
1. Identificación de la providencia .....	37
2. Hechos jurídicamente relevantes: .....	37
3. Fundamentos de la Acción de Tutela .....	39
4. Fallo Segunda Instancia .....	41
5. Consideraciones de la Corte .....	41
6. Cumplimiento del segundo objetivo planteado .....	50
Conclusiones .....	52
Bibliografía .....	56

## Resumen

La doble instancia y la doble conforme han sido por años aplicadas de manera limitada a una minoría en nuestro ordenamiento jurídico, ese estado de excepcionalidad, se presentó hasta el año 2014, cuando la Corte Constitucional en Sentencia C-792/14, ofició al legislador para que regulara el tema, el cual tuvo una respuesta omisiva dando como resultado la vulneración directa de derechos fundamentales estipulados en la Carta Política.

En este trabajo se pretende indagar por la desigualdad procesal en materia de impugnación de sentencias de los aforados constitucionales y de la aplicación de la retroactividad a los condenados en única instancia desde el año 2014 hasta el 2018, año en el que se expidió el Acto Legislativo de 2018, por medio del cual se regula y se garantiza el cumplimiento de esta garantía a los aforados en concordancia con el Artículo 29 CN.

**Palabras claves:** Estado Social de Derecho, Aforados Constitucionales, Doble Instancia, Doble Conforme, Principio Legalidad.

## Abstract

The double instance and the double compliant have been for years applied in a limited way to a minority in our legal system, this state of exceptionality, was presented until 2014, when the Constitutional Court in Sentence C-792 of 2014, officiated the legislator to regulate the issue, which had an omission response resulting in the direct violation of fundamental rights stipulated in the Political Charter.

This work aims to investigate procedural inequality in the matter of challenging the judgments of the constitutional graduates and the application of retroactivity to those convicted in a single instance from 2014 to 2018, the year in which the Legislative Act was issued of 2018, through which the compliance of this guarantee is regulated and guaranteed to the graduates in accordance with Article 29 CN.

**Keywords:** Social Rule of Law, Constitutional Levels Double Instance, Double Conformity, Legality Principle

## Introducción

La doble instancia y la doble conforme son formas de impugnar decisiones jurisdiccionales diferentes y han sido por años aplicadas de manera limitada a una minoría en nuestro ordenamiento jurídico, esa excepcionalidad se presentó hasta el año 2014, cuando la Corte Constitucional en Sentencia C-792/14, declara inconstitucional las expresiones referidas en los artículos de la constitución que no permiten la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias de los aforados constitucionales.

En este trabajo se pretende indagar por la desigualdad procesal en materia de impugnación de sentencias de los aforados constitucionales y de la aplicación de la retroactividad a los condenados en única instancia desde el año 2014 hasta el 2018, año en el que se expidió el Acto Legislativo de 2018, por medio del cual se regula y se garantiza el cumplimiento de esta garantía a los aforados en concordancia con el Artículo 29 CN.

Con base en lo anteriormente expuesto, se encuentra la importancia y la necesidad de abordar este tema partiendo de la afirmación de que el legislador no puede limitar el derecho a la doble instancia bajo ningún precepto, puesto que el Artículo 29 de la Constitución Política de 1991, establece que el debido proceso se aplicará a todo proceso judicial y por ser la doble instancia parte esencial del mismo, esta garantía deberá ser respetada, evento que en la actualidad jurídica a los aforados constitucionales no se les respeta.

Dentro del problema que se evidencia, sobre la segunda instancia para los aforados constitucionales, podría pensarse que el problema ha sido resuelto, con respecto al acto legislativo 01 de 2018, y que reforma la constitución en su artículo 186, queda establecido entonces que la sala de casación penal de la corte suprema de justicia conocerá de la apelación para los aforados.

Esto anterior para decir, que la problemática que compete estudiar en este trabajo es la vulneración de los derechos fundamentales de los aforados constitucionales desde 1991 hasta la fecha de hoy, que se han violentado por parte del Estado colombiano; la eventual revisión de las sentencias para quienes ya fueron condenados y que hasta la fecha no se anuncia o se evidencia una voluntad por parte del órgano judicial supremo colombiano.

Es por ello que surge la pregunta problematizadora de por qué en Colombia se sigue vulnerando el derecho de la segunda instancia para los aforados constitucionales siendo este un Estado Social de Derecho.

Dado que hoy se siguen vulnerando los derechos de impugnación, de modo de análisis, se ven involucrados los principios de:

A) Igualdad: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...) (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 13);

B) Imparcialidad: “implica que la resolución judicial de cualquier clase de proceso se adopte sin opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán ni sobre el resultado de los mismos ni con presiones o influencias externas al proceso (...)” (Sentencia C-396/07, 2007).

C) Legalidad: “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” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 93).

Atendiendo coherentemente con nuestra pregunta problematizadora, se postula como objetivo general analizar la desigualdad procesal en la que se ven inmersos los aforados constitucionales a la hora de impugnar sentencias desde 1991 hasta la actualidad.

Y Es así como se busca dentro de los objetivos específicos: i) establecer las diferencias procesales en las que se ven inmersos los aforados y no aforados constitucionales desde la perspectiva de la doble instancia y la doble conforme, y ii) revisar jurisprudencialmente la aplicación de la retroactividad en los casos de los aforados constitucionales desde la expedición del Acto legislativo 01 de 2018, esto con base en que actualmente no está claro cómo es la aplicabilidad de la segunda instancia para los aforados constitucionales en el Estado Social de Derecho.

En este trabajo se desarrollará un método descriptivo y hermenéutico, a través del estudio y análisis de diversas fuentes de información que servirán de base para detallar y realizar un escaneo del vacío jurídico existente, partiendo de premisas generales a particulares. Esto con el fin de, en el Derecho Procesal Penal Colombiano, identificar la relación que existe entre la vulneración del Derecho de Impugnación y la posible apelación de las sentencias ejecutoriadas entre 1991 hasta la actualidad.

Dentro de las fuentes que se pretenden analizar se encuentra jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, Doctrina general, Constitución política de Colombia de 1991, leyes nacionales, entre otras.

Para el desarrollo de los objetivos, se pretende por medio de las fuentes anteriormente mencionadas, establecer un caso en concreto que será un tema de análisis amplio por medio del cual se pretende plenamente abarcar la problemática planteada, para así demostrar las incongruencias que se visualizan previamente por parte de la Constitución, la jurisprudencia y las leyes que hoy en Colombia desarrollan los derechos fundamentales de impugnación y también los principios de Igualdad, Imparcialidad de las decisiones judiciales y Debido Proceso.

## **Capítulo I**

### **Diferencias procesales entre la doble instancia y la doble conformidad**

#### **1. Definiciones y contexto**

Es de vital importancia aclarar que la doble instancia y la doble conformidad son instituciones diferentes, la doble instancia es el derecho a impugnar toda decisión que afecte en términos generales la práctica de la prueba y casi toda decisión que tiene que ver con la libertad del procesado (Sentencia C-792/14, 2014). El artículo 31 de la Constitución Política de 1991 estableció el principio de la doble instancia como una garantía procesal en la que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Se presenta entonces la configuración de una regla general y por ende una excepción, donde la regla general es que toda sentencia tendrá posibilidad de ser apelada ante el superior jerárquico, en aras de acatar el mandato constitucional a la doble instancia; y como excepción, el legislador colombiano en el Código General del Proceso ha determinado que algunos procesos serán de única instancia. Mandamiento que a primera vista presenta un obstáculo al mandato constitucional de la doble instancia, evitando la materialización de una segunda opinión frente a un fallo en concreto, convirtiéndose en una vulneración a un derecho fundamental.

Al respecto la Corte Constitucional, en la Sentencia C-154/04 ha dicho: el artículo 29 constitucional prevé el derecho del debido proceso, como una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados. (...) De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental del debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley. (Citado por Jiménez & Yáñez, 2017, p. 92).

Aunado a lo anterior, en el Artículo 29 de la Constitución Política se encuentra una prohibición para el legislador de eliminar la doble instancia cuando se profiera sentencias en materia penal, dado que, en el inciso cuarto del presente artículo, se le otorga el derecho al condenado a impugnar la sentencia condenatoria.

Igualmente, en el inciso segundo del Artículo 86 (Constitución Política de Colombia, 1991), se estipula una prohibición más en el entendido de que se podrá impugnar todos los fallos proferidos por la rama judicial en los eventos de protección de derechos fundamentales mediante la acción de tutela.

En lo que respecta a la Corte, en reiteradas ocasiones ha sostenido que el principio de la doble instancia no forma parte integral del núcleo esencial del debido proceso, dado que el legislador puede fijar excepciones a dicho proceso a través de la estipulación de la única instancia, y en la Sentencia C-345/93 la Corte ha estipulado una salvedad, donde reza:

La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, -pues la ley puede consagrar excepciones-, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas. La doble instancia es apenas un mecanismo instrumental de irrigación de justicia y de incremento de la probabilidad de acierto en la función estatal de dispensar justicia al dirimir los conflictos (dada por la correlación entre verdad real y decisión judicial). Su implementación solo se impone en aquellos casos en que tal propósito no se logre con otros instrumentos. (Sentencia C-345/93, 1993).

En cuanto a Ramírez y Rojas (citado en Jiménez & Yáñez), este panorama jurídico relacionado con la reserva material que permite al legislador elaborar excepciones en la aplicación de la doble instancia y el ordenamiento jurídico colombiano, desde la expedición de la Constitución Política de 1991 se estructura a partir de un sistema de fuentes en donde el bloque de constitucionalidad –y por ende, la Carta de derechos–, es la norma jurídica que orienta la creación y la validez de las demás disposiciones, por lo que ninguna decisión judicial, y mucho menos una política pública de descongestión judicial, puede desatender los derechos fundamentales durante el desarrollo de un proceso. (Jiménez & Yáñez, 2017, p. 94).

Por ende es que los operadores de justicia, deben realizar una misma hermenéutica jurídica sobre el bloque de constitucionalidad y el valor de cada uno acorde a la Constitución Política de Colombia de 1991, tratados internacionales y convenciones sobre derechos humanos, reconocidos por Colombia; recordando que el país al ser un Estado Social de Derecho debe tener como máxima la Justicia.

Es significativo recordar que, la Corte ha establecido que cuando se encuentre en conflicto el interés general en el logro de la justicia apremiante y eficaz, y, los derechos fundamentales como el debido proceso y la defensa técnica, deben primar

estos últimos en cuanto a la protección de su contenido esencial. (Sentencia C-131/02, 2002)

En consecuencia, se hace necesario acudir a la ponderación para otorgarle una prioridad a alguno de los principios, siendo el debido proceso sobresaliente a los demás tal y como lo dice la Corte en Sentencia del MP Dr. Alejandro Martínez Caballero (1996) que hace referencia a la prevalencia del derecho fundamental al debido proceso:

Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta Suprema. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. (...)

(...) En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado. (Sentencia T669/96).

En efecto, la doble conformidad implica el derecho que tiene toda persona de apelar o impugnar la primera decisión de condena que existe en su contra, esa condena puede darse bien en primera instancia, en segunda instancia o en casación.

Cuando el fallo condenatorio se ha dado en una instancia posterior, se da el requisito fundamental para poder acceder a la llamada impugnación especial; en el caso de los aforados constitucionales se le ha dado tratamiento en el Acto Legislativo 01 de 2018, pero no se cuentan con los lineamientos que debe impartir el órgano legislativo y que le han otorgado - la Corte Constitucional -, tal obligación para dar pleno cumplimiento a las garantías fundamentales procesales y que son objeto de discusión sobre cómo se disponen desde el decreto, que ya tiene sus puntos de quiebre al ser objeto de estudio en el presente trabajo académico.

Bien dice la Sentencia C-792/14, que: “Toda persona tiene derecho a que se le garantice un recurso ordinario, accesible, efectivo e integral” (Sentencia C-792/14, 2014), lo cual puede interpretarse a que sin reparo, una persona tiene este derecho al ser condenado, sea la instancia que sea, y a nuestro parecer, más importante aun cuando es su primera condena, en cualquiera de las instancias que posiblemente pueda ser; es decir, la accesibilidad a este recurso no debe verse trabado por ninguna circunstancia, no debe ser negado de plano por ningún precepto jurídico, pues caben tratados que según la constitución tienen prevalencia en nuestro ordenamiento jurídico.

## **2. Descripción desde la ley, los postulados constitucionales y supraconstitucionales**

Desde 1991 las personas que tienen en su administración cargos de alto nivel político, jurídico y legislativo, tales como Fiscalía, Procuraduría y Contraloría General de la Nación, Magistrados, entre otros; por la especialidad de su función gozan de un privilegio constitucional, el cual tendrá lugar de aplicación en los litigios donde se vea inmerso alguno de estos funcionarios, trasladando la competencia jurisdiccional al máximo órgano judicial o legislativo.

La anterior afirmación se encuentra estipulada en el artículo 235 numeral 4.º de la Constitución Política de 1991, la cual estableció que los “altos funcionarios, en razón de su investidura, deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia - por ejemplo miembros del Congreso de la República o juzgados por esa misma corporación judicial -, previa acusación del FGN” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 235).

De igual modo, la Carta Política dispone que el Presidente de la República, los magistrados de las altas Cortes y el Fiscal General de la Nación tienen la condición de

aforados, en cuanto a su investigación y juzgamiento está atribuida al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes, y a la Corte Suprema de Justicia, en caso de delitos comunes (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 174, 175, 178, Numeral 3.º, 4.º y 5.º y Art. 235, Numeral 2.º).

Adicional a esto, ordenó que la Corte Suprema de Justicia tendría competencia para investigar y juzgar a los miembros del Congreso, previa acusación de la Fiscalía General de la Nación, a Ministros, al Procurador y Contralor General, Defensor del Pueblo, Procuradores delegados ante la Corte Suprema, el Consejo de Estado o Tribunales Superiores de Distrito; Directores de Departamentos Administrativos; Embajadores y Jefes de Misión Diplomática o Consular; Gobernadores, Magistrados de Tribunales, Generales y Almirantes de la Fuerza Pública (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 235, Núm. 3 y 4).

De otro lado, la doble conformidad es una garantía básica que implica el derecho que tiene toda persona a apelar o a impugnar la primera decisión de condena que existe en su contra, la cual puede darse en primera instancia, en segunda instancia o en casación; *vr. gr.*, una persona es absuelta en primera instancia y en segunda se le condena. O si una persona es absuelta en primera instancia, en segunda se ratifica y en el recurso extraordinario de casación la Corte la condena, esa persona tiene derecho a que se le aplique la doble conformidad y a que proceda una impugnación especial frente al superior jerárquico. (Fernández, 2019)

Posteriormente, en la Sentencia C-269/14, el alto tribunal manifestó que la obligación de cumplir de buena fe los tratados y la prohibición de justificar su incumplimiento mediante el uso de normas nacionales son compatibles con la Constitución Política, pese a la aparente contradicción entre el principio de supremacía constitucional y el de *pacta sunt servanda*, pues ambas normativas pueden armonizarse mediante el uso de tres reglas: (i) desaplicar los tratados internacionales que contradigan los preceptos de la Constitución, (ii) ajustar la legislación y prácticas internas cuando infrinjan las obligaciones internacionales asumidas y (iii) conciliar los deberes contraídos en el plano internacional con los que se derivan del ordenamiento interno (Sentencia C-269/14, 2014).

Las reglas actuales de la doble conformidad han sido creadas jurisprudencialmente y a lo largo del tiempo se han estipulado cuatro criterios en temas donde la persona ha sido condenada por primera vez en segunda instancia o casación (Patiño, 2019 y Salazar, 2019).

El primero es fundamental, todo individuo tiene derecho a que se revise la primera condena, lo que implica que se mantenga el derecho de acudir a la casación; el segundo

criterio busca mantener ese derecho de acudir a la apelación especial o al recurso extraordinario de casación; el tercer criterio, le da al procesado la potestad de apelar la primera condena directamente o por conducto de defensor; y el cuarto criterio estipula que este derecho no se rige por las normas técnicas del recurso extraordinario de casación, pero sí por el de apelación, pero se debe tener en cuenta que los términos procesales para acceder a esta son los estipulados en la casación (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 183).

La mínima garantía de la doble conforme obedece en atención a los mandamientos de la norma internacional expuesta en el pacto de San José (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969) “el artículo 8.2.h de la Convención Americana establece que: toda persona inculpada de delito tiene derecho a (...) recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. A partir de los mandamientos internacionales y la integración de la norma en el sistema jurídico colombiano, se convierte en fuente primaria del derecho.

Es así que se entiende desde la carta política nacional, la posición y valor que se le asignan en la vida jurídica en el ordenamiento interno y como la Corte Constitucional realiza un control de convencionalidad, acatando así los mínimos mandamientos internacionales que establecen tales pronunciamientos con carácter vinculatorio al Estado colombiano, y como en el año 2014 en la Sentencia C-792 la Corte Constitucional exhortó al legislador para que regule el procedimiento del derecho a la impugnación de la primera sentencia condenatoria en materia penal y exhorto que reiteró en la sentencia SU 218 del 2019 para que aquel órgano de representación política llene tal vacío jurídico y se eviten nuevas violaciones a los derechos fundamentales ya descritos con precisión.

Conforme a lo antedicho, debe entenderse el control de convencionalidad como un mecanismo jurídico de origen internacional que desarrolla la confrontación normativa de la norma internacional con la norma interna de cada Estado, en procura de la protección efectiva de los Derechos Humanos (Cubides, Chacón, & Martínez, 2015, p. 54).

Y también como,

La obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado. El juez nacional, así como todo aquel llamado a administrar justicia en el orden interno de los Estados, se erige como un verdadero guardián de la CADH. De este modo, el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes con la CADH, aplicando siempre el criterio de preferencia del estándar más alto de protección del ser humano. (Aguilar, 2020, p. 391).

### 3. Del problema en cuestión

Ahora debemos concentrarnos en qué ha pasado y cómo es el procedimiento en el que se ve inmerso un aforado constitucional a la hora de querer impugnar la decisión de primera instancia.

Es importante tener presente que, si bien la Carta Política de 1991 estipula el derecho fundamental a la doble instancia a todo ciudadano colombiano, estas personas que gozan del fuero constitucional, no han logrado acceder a esta garantía, algo seriamente preocupante, dado que actúan en contra del mandato del estado social de derecho.

Para los procesos en contra de Congresistas, en su momento la Sentencia C-545/08 ordenó separar las funciones de investigación y juzgamiento que se adelantan dentro de la misma Sala de Casación Penal, modificando el reglamento de la corporación, mediante el acuerdo 01 de 2009 se re-ordenó la distribución de funciones dentro de la Sala Penal, de modo que 3 magistrados se encargaran de la investigación y los 6 restantes de la etapa de juzgamiento, garantizando la independencia entre el investigador y el juzgador, aun cuando hicieran parte de la misma entidad (Sentencia C-545/08, 2008).

La Constitución de 1991 declaró a la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 234), y en la Sentencia C-792/14 (2014), le asignó la labor de juzgar a los funcionarios del más alto nivel en primera instancia, -Ministros, Procurador, Contralor, etc.-, haciendo imposible de que sus decisiones pudiesen ser impugnadas ante un superior jerárquico o funcional.

Como consecuencia de los reiterados llamados de atención de la Corte Constitucional para que se legislara en esta materia, so pena de estar inmersos en una posible condena por parte de la Corte IDH, en el año 2018 el Congreso de Colombia aprobó el Acto Legislativo 01, en virtud del cual se reconoció el derecho a la doble instancia para los aforados.

Con el Acto Legislativo 01 de 2018 expedido por el Congreso de la República de Colombia, se adaptaron los artículos 234 y 235 de la Constitución, agregando una Sala Especial de Instrucción y otra de Primera Instancia y dando a la Sala Especial de Instrucción la competencia para resolver las decisiones adoptadas por esa misma sala, por las Salas de casación y por los Tribunales Superiores, ya sea dentro de los trámites de instancia en los procesos ordinarios, en el trámite del recurso de Casación, o en los procesos contra aforados constitucionales.

Si bien el legislador tramitó el Acto Legislativo, a la fecha el Congreso de la república no ha reglamentado el procedimiento; por lo que las Salas han tenido que aplicar las normas vigentes, y en lo no regulado, han debido tomar decisiones con base en el precedente y jurisprudencia.

Para precisar, actualmente se cuenta con un aproximado de 233 aforados constitucionales con decisión en firme (Redacción Judicial, 2020), condenados por la Corte Suprema de Justicia, sin ser revisada en segunda instancia, vulnerando el derecho al debido proceso tal y como lo dispone el artículo 31 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el artículo 8.2, literal h de la CADH y el Artículo 14, numeral 5 del PIDCP suscritos por el Estado colombiano en 1973 y 1969 respectivamente, buscando esta normatividad que las decisiones judiciales erradas o arbitrarias queden en firme y permitiéndole a los sujetos procesales solicitarle a un juez o tribunal superior que revise, modifique o revoque una decisión judicial proferida cuando se sientan inconformes con ella.

Para el caso de los aforados constitucionales que es el eje principal de discusión en este trabajo, se ponen en cuestión si se vulneran los derechos fundamentales del debido proceso, acceso a la administración de justicia, a la defensa, a la igualdad y a la doble conformidad, pues existe en un caso hipotético planteado a continuación la posibilidad de vulnerarse tales garantías anteriormente mencionadas.

Es preciso traer el Acto Legislativo 01 del 2018 que modifica el artículo 235 de la Constitución y en su numeral 7 así:

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 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 (...) (Acto Legislativo 01, 2018).

Es decir, que la corporación mencionada, resuelve o toma tres decisiones que en su eventual orden corresponderían a superiores jerárquicos independientes que respeten principios rectores de:

- (i) Igualdad: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...) (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 13);

Frente al principio de igualdad, la Corte Constitucional ha establecido unos criterios para definir el principio de igualdad material, en la Sentencia C-178/14, establece unos criterios de comparación frente a “dos grupos” o “situaciones de hecho” así:

debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación. (Sentencia C-178/14, 2014).

En el caso en concreto o problemática potencial de ser analizada en base a estos criterios, encontramos la proposición de dar cumplimiento pleno a los postulados constitucionales y por supuesto a la norma de carácter internacional, la cual en sus mecanismos de integración tiene una rígida validez, ingresando al bloque de constitucionalidad, adicionando este aspecto como fundamental para analizar si aquella desigualdad que se ven inmersos los aforados constitucionales es acorde o resulta enmarcada dentro del principio de igualdad que desarrolla la Corte por medio de aquellos criterios.

Referenciando y comparando aquellos criterios sustentados por la Corte frente al principio de igualdad, encontramos que este en el caso concreto adquiere un alto valor, en cuanto relaciona derechos fundamentales como la libertad, la dignidad y la garantía fundamental del debido proceso; debido a esto, consideramos que no es posible dar un trato desigual frente a tales garantías procesales, en concordancia con aquella igualdad material, vulnera enormemente derechos de carácter nacional e internacional.

(ii) Imparcialidad: “implica que la resolución judicial de cualquier clase de proceso se adopte sin opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán ni sobre el resultado de los mismos ni con presiones o influencias externas al proceso (...)” (Sentencia C-396/07, 2007).

Es decir, que no suponga de ninguna presión por parte de quienes ya juzgaron, y referencia de manera sustancial al sentido de la independencia de poderes, en esa misma dirección independencia judicial que tiene todo juez, donde juega el papel primordial de la confianza y correcto cumplimiento de su misión al impartir decisiones trascendentales para el Estado y la sociedad que espera aquella garantía fundamental;

(iii) Legalidad: “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” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 93), según la Convención Interamericana se ha establecido la obligación de garantizar la impugación de la primera condena en contra de una persona;

Partiendo de que la doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley; constituyéndose en una garantía contra la arbitrariedad, y en mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública. (Sentencia C-095/03, 2003).

(iv) Doble instancia: “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” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 29).

Considerando la doble instancia como una garantía del individuo frente al Estado, que se debe respetar en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía, acorde a los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos parte de la CADH aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 16 de 1972, muestra de ello, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que nos dice que es una garantía que tiene “toda persona declarada culpable de un delito” (Naciones Unidas Derechos Humanos, 1966).

En la tesis doctoral del abogado Diego Alejandro González (2016), se concluye en que ni la norma constitucional ni la norma penal establece un superior jerárquico a la CSJ para los aforados constitucionales, por lo que sería inadecuado hablar de segunda instancia, ya que no se cumplen los estándares ni siquiera de los tratados internacionales que prevalecen a la Constitución Política y que como en el convenio de San José expresamente dicta que debe ser un órgano superior o independiente.

La notable diferencia que tienen los aforados constitucionales en la defensa de sus mínimas garantías genera una incertidumbre jurídica que la norma internacional ya ha indagado y ordenado resolver dentro de su jurisprudencia. Mediante el fallo caso *Mohamed vs Argentina* de 2012, en el cuál se le condenó en segunda instancia tras la absolución del procesado en su primera decisión, por el delito de homicidio culposo, originado en un

accidente de tránsito, la petición inicial propuesta por el señor Mohamed se presentó en 2005 y fueron aceptadas las alegaciones ante la violación de los derechos humanos dada la necesidad de obtención de justicia para la presunta víctima por la falta de cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con el informe de la Comisión se estarían vulnerando las garantías y principios, como el derecho de defensa, principio de legalidad y no retroactividad, así mismo, como el derecho a recurrir el fallo condenatorio y el derecho a contar con un recurso para subsanar las violaciones en el caso que el ordenamiento no le permitía ni preveía un recurso ordinario para recurrir la sentencia condenatoria de segunda instancia. Dentro de las consideraciones de la Corte la que más se resalta y que es de primordial importancia para entender la hipótesis que se defiende durante el actual trabajo de grado es la siguiente, se

ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 31).

Además de los hechos fácticos que motivaron a la Corte para dictar el fallo Mohamed vs Argentina, encontramos otros aspectos jurídicos para analizar, como es la dificultad para acudir a esta garantía, dado que no deben interponerse más requisitos a los ya estipulados en la Ley para acceder a la misma, con el fin de brindar una debida aplicación a los Derechos Humanos. La decisión de la Corte sobre el derecho a impugnar el fallo emitido en segunda instancia, fue la de otorgar la responsabilidad al Estado argentino y dispuso la oportunidad de recurrir el fallo condenatorio en contra de Mohamed, así como reconocer los daños y realizar las reparaciones económicas dispuestas en la Sentencia emitida.

La Corte Constitucional (2014) para el caso colombiano, ya ha tenido en cuenta disposiciones sobre el recurso especial, cuando en una instancia posterior a la inicial se ha efectuado una condena; en la Sentencia C-792/14, ya tiene en cuenta la vulneración del derecho de igualdad, que está consagrado en la carta política en el artículo 13 y que éstas deben ser: “susceptibles de revisión por un juez superior”.

La Sentencia C-792/14, marca un precedente muy importante en el ordenamiento jurídico Colombiano, ya que reconoce y realiza un control convencional sobre las disposiciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve y declara responsable al Estado de Argentina, analiza puntualmente mediante la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 (parciales) de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, ya que

tales artículos, en la norma mencionada, imposibilitaban el desarrollo de garantías mínimas fundamentales, en cuanto a los derechos de Defensa y Contradicción, y también la Corte Constitucional (2014) hace énfasis en la garantía así: “el derecho a la impugnación garantiza que los cuestionamientos esbozados por el recurrente sean evaluados por una instancia judicial distinta a quien profirió la sentencia original, para que sean al menos dos operadores jurídicos los que determinan la responsabilidad penal e imponen la sanción correspondiente”. La Corte concuerda con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y armoniza el ordenamiento jurídico con la norma supra nacional a la que Colombia ratificó en el año de 1973.

Para darle trámite a la posible extinción de la vulneración del derecho a la impugnación, la Corte Constitucional en su jurisprudencia más reciente ha intentado aclarar la relación entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la Sentencia C-370/06 (2006), manifestó que los tratados internacionales sobre derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario obligan a los Estados parte y a todos los órganos que los integran a respetar los derechos y libertades de las personas y a colaborar en la prevención de delitos y violaciones de los derechos humanos, para lo cual deben, entre otras cosas, investigar, juzgar y sancionar las conductas que atenten contra ellos, garantizar a las personas los recursos judiciales y administrativos necesarios y accesibles para protegerlos y ejercerlos de forma efectiva y repararlas cuando su vulneración no haya sido evitada.

#### **4. Cumplimiento del primer objetivo planteado**

Ante lo ya planteado, la pregunta sobre si el derecho a recurrir el fallo debe aplicarse de forma retroactiva a los aforados que fueron condenados en única instancia antes de que el Acto Legislativo entrara en vigencia sigue sin resolverse.

Una posible respuesta a este interrogante puede estar contenido en la Sentencia SU-217/19, proferida recientemente por la Corte Constitucional (2019), en donde al examinar en revisión el caso de un concejal del municipio de Gigante (Huila), resolvió proteger los derechos fundamentales invocados por el concejal, amparar su derecho a impugnar la sentencia condenatoria y ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dar trámite a la impugnación.

La Corte aceptó que el fallo debía ser revisado en sede de apelación, aunque esto implica que la doble instancia le fuera aplicada de forma retroactiva. Esta decisión nos lleva a pensar que el derecho a impugnar el fallo condenatorio también puede ser aplicado de forma retroactiva a todos los aforados cuyas sentencias condenatorias se profirieron en el

marco de procesos de única instancia, antes de que entrara en vigencia el Acto Legislativo 01 del 2018.

Para nadie es un secreto que en la actualidad hay demasiados postulados acerca de la fecha en que debió empezar a regir y por ende a aplicarse el Acto Legislativo 01 de 2018, por lo que la Corte en los últimos años ha emprendido una unificación de sus decisiones, buscando la no vulnerabilidad y el correcto uso del Acto Legislativo a todos los aforados, por lo que será este la entrada al segundo capítulo, donde buscaremos encontrar jurisprudencialmente, el momento exacto en que se debió dar aplicación a los mandatos del Acto Legislativo, lo anterior nos llevará a concluir nuestro segundo objetivo, el cual no es más que la aplicación de la retroactividad en el acto íbidem.

## **Capítulo II**

### **Consideraciones sobre la retroactividad de la Ley**

#### **1. De los efectos de la Ley en el tiempo**

El orden jurídico colombiano obedece a unas jerarquías jurídicas establecidas de tal modo que se dé pleno desarrollo del Estado Social de Derecho, como lo establece la carta política.

Entre otras acepciones más generales, la doctrina del derecho aproxima esta forma de organización política como el intento de aproximar el cumplimiento pleno del derecho y acercarlo al desarrollo del principio de igualdad, en defensa y protección de los derechos fundamentales de los integrantes y gobernados por el Estado.

En el ámbito colombiano, encontramos el reconocimiento de la definición de Estado Social de Derecho en un fallo de la Corte Constitucional de sus inicios, y se encuentra el origen y delimitación conceptual, y que a diferencia del Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho recuenta unos logros históricos en las transformaciones sociales y democráticas del mundo, dando entonces una “conjugación” del Estado de bienestar y el Estado Democrático.

Precisamos que el Estado Social es una transformación o podría llamarse evolución del Estado de Bienestar, que se dio en Europa a finales de la segunda guerra mundial, y definiendo al Estado Social como la forma de organización que “garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurando para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no de caridad” (Wilensky, 1975, citado en Corte Constitucional, 1992).

En la Constitución Política colombiana en su artículo 1 (Constitución Política de Colombia, 1991), establece que no solo el Estado colombiano prima o enfatiza en la defensa de la organización de poderes y la producción y aplicación del Derecho sino también en la defensa de los contenidos jurídicos materiales; reconoce unos valores fundamentales de todo ser humano llamándolos principios y otorgándoles esta calidad para plasmar en el sentido de ser imposible encontrar tales desarrollos constitucionales desprotegidos, en la forma de Estado como organización política que se establece en ella.

Los valores constitucionales al ser entendidos de manera general atienden un contexto interpretativo muy amplio, más aún, cuando se vive en una realidad tan desigual y donde se vulneran cotidianamente los mandatos constitucionales, se hace necesario un criterio único de interpretación de la Constitución y todos sus elementos que ejecutan la

organización política del Estado; es decir que la Corte C. es el órgano guardián de la Constitución colombiana, es quien determina la justicia constitucional.

De acuerdo con el artículo 239 de la Constitución Política, la Corte Constitucional de Colombia tendrá el número impar de miembros que la ley determine y según el artículo 44 de la ley 270 de 1996 (ley estatutaria de administración de justicia) la Corte estará integrada por 9 magistrados, la Corte fue instalada el 17 de febrero de 1992 y sus funciones están contenidas en el artículo 241 de la Constitución (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es importante delimitar las funciones de la Corte Constitucional, para más adelante realizar un análisis sobre el tema en específico que convoca la doble instancia, doble conforme y la retroactividad de la ley frente al decreto 01 del 2018 que modifica el artículo 235 de la Constitución.

El artículo 241 de la Constitución, sobre las funciones de la Corte, numeral 4. “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 241), no depara ningún límite para que un ciudadano colombiano interponga la acción de inconstitucionalidad, que se encuentra consagrada en el artículo 40: “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 40); y en el numeral 2 del artículo 242: “cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el título precedente (...)” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 242).

En la carta Constitucional, no se plantean límites para que algún ciudadano interponga acciones de inconstitucionalidad contra lo que crea pertinente y que vulneran los valores y principios fundamentales señalados en ella.

El artículo 241 Constitucional confirma en la función garantizadora y guardiana que tiene la Corte sobre esta, en ella se confían los derechos y garantías fundamentales, guardando la integridad y supremacía de la Constitución y para esto se atribuyen las funciones que comprenden los numerales 1, 4 y 5 (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 241), resolviendo las demandas de inconstitucionalidad que pueden presentar cualquier ciudadano contra actos reformativos de la Constitución, contra las leyes y contra los decretos con fuerza de ley que han sido dictados por el gobierno en representación del Presidente de la República de Colombia, con el objetivo de que sus magistrados determinen si lo controvertido se ajusta o no a los preceptos Constitucionales.

Desde hace aproximadamente 110 años existe la acción de inconstitucionalidad, “la acción pública de inconstitucionalidad que hoy tenemos en Colombia, con escasos cambios, data de 1910” (Mendieta, 2010, p. 69) y era la Corte Suprema de Justicia quien resolvía de tales controversias, y cómo ejemplo se tiene el artículo 42 de la Constitución de 1853 que refería dentro de las competencias de la CSJ: “establecía la obligación de esta corporación de decidir la nulidad de las ordenanzas municipales en caso de ser contrarias a la Constitución o a las leyes de la República” (Mendieta, 2010, p. 69).

Del mismo modo, se analizan los conceptos que tiene la Corte Constitucional en referencia a lo que atañe con el Estado Social de Derecho y que se busca cuando se realizan las claridades mediante pronunciamientos jurisprudenciales, en cuanto a los valores y garantías mínimas fundamentales que son de gran importancia y alto valor jurídico para la organización política democrática que se ha plasmado en la carta suprema y que hoy está a cargo del órgano guardián superior.

También existe una manera en que la Corte tiene contacto con las acciones de tutela, esta sucede mediante la acción eventual de revisión de las acciones constitucionales. La tutela básicamente es un recurso de amparo ejercido por cualquier persona que esté o haya sido vulnerada o amenazada en uno o más derechos fundamentales y que puede actuar en nombre propio, a través de un representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante un agente oficioso cuando quien se considere titular del derecho vulnerado no pueda por diferentes motivos promover su propia defensa.

Según el artículo 33 del decreto 2591 de 1991, dos de los nueve magistrados que integran la Corte, elegirán sin motivación expresa, es decir, a criterio propio, las sentencias de tutela que han de ser revisadas, cualquier magistrado de la Corte o el defensor del pueblo puede solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido que considere que la revisión es necesaria para aclarar algún derecho o evitar un perjuicio grave.

La Corte según el artículo 34 del decreto 2591 de 1991 dispondrá de la decisión en sala por 3 magistrados, y “los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente” (Presidencia, 1991), se refiere esto a que las decisiones que modifican la constitución en su manera de ser interpretada, son tomadas por la sala plena que está conformada por los 9 magistrados.

De las explicaciones anteriores sobre las funciones de la Corte Constitucional para determinar sus alcances y maneras en que intervienen la Constitución, resaltamos que sus interpretaciones son muy amplias y sus límites se encuentran definidos de manera colegiada, es decir, las decisiones que modifican la jurisprudencia y la manera de comprender las leyes y derechos fundamentales en armonía y concordancia con la Constitución son determinadas por la misma sala plena que la conforma, y así se le tienen

conferidas tales atribuciones de cierre y control a las decisiones de otros jueces de inferior jerarquía en la estructura de la justicia constitucional.

Los principios constitucionales, a diferencia de otros valores, dictan o consagran de manera general disposiciones fundamentales que limitan las garantías y permiten que las decisiones políticas en consecuencia se acomoden a tales preceptos que garantizan en su jerarquía una seguridad constitucional, por así llamarla; le otorga al juez incluso las disposiciones para ejercer la función constitucional, cuando así le corresponde atender y aplicar tales normas de manera inmediata.

De manera que desde el capítulo I de la Constitución se admiten acepciones ideológicas y permite que se tenga una base axiológico-jurídica, es decir, le da su propia naturaleza y establece el orden supremo de las interpretaciones que deben realizarse en el ordenamiento jurídico.

Los principios que se encuentran en la Constitución se les atribuye un valor superior por el hecho de pertenecer a ella misma, así lo expresa el artículo 4, que establece: “La constitución es norma de normas” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 4), es decir que todo fundamento establecido en ella prima y prevalece sobre cualquier otra ley o norma de inferior categoría y se aplicarán en el ordenamiento jurídico colombiano las disposiciones constitucionales.

Los principios fundamentales del Estado, al ser expresados en la Carta Superior de manera específica son de inmediato cumplimiento y aplicados de manera directa, la eficacia de ellos debe ser superpuesta por cualquier valor o norma que tenga desarrollo en el ordenamiento jurídico.

Cómo lo supone el artículo 229 de la Constitución: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 229), esto incluye todas las plenas garantías que la Carta prevé para el cumplimiento inmediato y directo de los principios que con anterioridad se han definido y otorgado para cada postulado constitucional.

Las decisiones tomadas por el juez constitucional, se ven como un acto de reforma de la constitución, pues no solo actúa como juzgador negativo al declarar inexecutable algún precepto constitucional o de índole fundamental por medio de las sentencias de tutela que revisa eventualmente, sino que determina los alcances de sus decisiones y ordena, es decir que ostentan una fuerza legislativa sobre el ordenamiento jurídico.

## 2. De la retroactividad, ultraactividad y retrospectividad

Para poder hablar de la retroactividad, debemos acudir a los efectos de la Ley en el tiempo, La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se han ocupado del asunto relativo a la aplicación de las normas jurídicas cuando han ocurrido tránsitos normativos de orden legal o constitucional. De esta manera, la jurisprudencia ha distinguido entre los fenómenos de aplicación inmediata de las disposiciones jurídicas, la irretroactividad, la ultraactividad, y la retrospectividad de la ley entendida en sentido amplio (Sentencia T-110/11, 2011).

La Corte Constitucional en Sentencia T-389/09 puntualizó que el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, “pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...”. De este modo, “aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma” (Sentencia T-389/09, 2009).

Por su parte, en lo atinente a la retroactividad de la ley, la jurisprudencia constitucional ha señalado “que la ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones ya definidas o consolidadas de acuerdo con leyes anteriores” (Sentencia C-177/05, 2005) mientras que la irretroactividad de la legislación es un dispositivo que se refiere

a la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva. El alcance de esta prohibición, consiste en que la norma no tiene per se la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. Ello sería posible sólo si la misma norma así lo estipula. (Sentencia T-389/09, 2009).

En definitiva, el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad

con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad (Sentencia T-110/11, 2011).

De igual manera, la Corte Constitucional en la Sentencia C-329/01 señala que “en principio toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1) que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y 2) que ocurran durante la vigencia de la ley” (Sentencia C-329/01, 2001).

Esto es, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, en principio, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que hayan empezado a regir –no tienen efectos retroactivos-, ni pueden aplicarse para gobernar acontecimientos que sean posteriores a su vigencia –no tienen efecto ultraactivo-. (Sentencia C-377/04, 2004).

La retroactividad y la ultraactividad de la ley tienen carácter excepcional y deben estar expresamente previstas en el ordenamiento. Tal es el caso del principio de favorabilidad en materia penal, por virtud del cual “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 29), o de los efectos atractivos de la ley procesal derogada en relación con los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua.

En ese contexto, de acuerdo con la Corte Constitucional, Sentencia C-377/04, retroactividad y ultraactividad son fenómenos simétricos, aunque de sentido contrario, en la medida en que se refieren a la aplicación de una ley para regular situaciones de hecho que han tenido ocurrencia por fuera del ámbito temporal de su vigencia.

Y ahora, ¿Qué pasa con los aforados sobre los cuales recae una condena en firme en la actualidad? El tema podría resolverse con el Acto Legislativo 01 de 2018 expedido por el Congreso de la República, pero hasta el momento ninguna de las entidades encargadas de hacerlo lo ha regulado, por ende, se insiste en la vulneración inminente a derechos fundamentales y al bloque de constitucionalidad por parte de Colombia.

Cuando se revisa esa garantía, materializada en el derecho a apelar una sentencia condenatoria, observamos que se hacen pronunciamientos por parte del órgano judicial donde se estipula que esta garantía tiene su génesis en el derecho internacional, y que al Colombia ratificar esos tratados - Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ratificado por el país y vigente desde el año 1976, así como de la Convención americana de

Derechos Humanos, vigente desde el año 1978- , se hacen de obligatorio cumplimiento acatarlos.

Y es de esta forma como se logra concluir que todos los condenados contaban con esta garantía desde el año 1978, momento en el que se ratifican esos tratados y convenciones internacionales, y el Estado no la ha estado haciendo efectiva, por lo que estaríamos bajo un fenómeno llamado omisión legislativa.

Al llegar a este punto, vemos que la obligación del Estado de cumplir estas obligaciones se hace más palpable desde el año 1991, cuando por medio del bloque de constitucionalidad las normas de orden internacional se pueden aplicar directamente a nivel interno y bajo la misma jerarquía de la Constitución. En esa medida, el Estado desde el año 1991 ha desconocido un derecho el cual debe entrar a garantizar, aun cuando en esas sentencias que son lesivas al procesado, ya opere el principio de cosa juzgada.

En conformidad con lo anterior, y partiendo de una posición doctrinaria, toda persona condenada desde 1991 en segunda instancia y sin poder impugnar la misma, ha estado inmersa en una vulneración al debido proceso y debe ser objeto de revisión con el fin de que se le subsane esa vulneración latente. Adicional, el Estado Colombiano debería de oficio disponer de todos los medios necesarios para acudir a estas personas con el fin de que sus sentencias sean revisadas y evitar seguir cayendo en esa vulneración.

No obstante, conociendo las limitaciones de cada una de las instituciones del Estado, podrían acudir ante la jurisdicción por medios de la acción de tutela, sin embargo es claro que bajo los presupuestos de la Sentencia C-792/14 (2014), cualquier juez que ejerza la función constitucional, se va a limitar a los términos previstos en esa sentencia y a sostener que la garantía solo empieza a operar a partir de la promulgación de la ley o eventualmente desde el día 22 de abril de 2016, cuando se venció el término que dispuso la Corte para solucionar esta problemática.

Tenemos que, es poco probable que una sentencia de tutela bajo estos presupuestos va a ser escogida para revisión por la Corte Constitucional, por tanto, la vía de la acción de tutela, para remediar esta vulneración puede eventualmente estar llamada a fracasar.

Desde luego, no podemos hablar de revisión sin el principio de *No reformatio in peius*, esto es, la imposibilidad de que cuando haya un apelante único, el superior que revise el caso no puede agravar la pena prevista por el juez inferior.

El principio de la no reforma en perjuicio, se desprende en cierta parte del ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción, pues se enmarcan dentro de la posibilidad de impugnar y controvertir aquella decisión judicial que es adversa a sus intereses; dentro del

cual se justifica la limitante de no perjudicarlo más cuando ejerza ese derecho, si no por el contrario al juez se le permite mejorar la condición del procesado o en otros confirmar el fallo de primera instancia, sin embargo, este principio solo se puede aplicar en la medida que el apelante sea único, es decir que solo el condenado sea quien apele la decisión.

En los términos de Nattan Nisimblant, este principio está ligado a la doble instancia, con un carácter proteccionista:

El principio de la doble instancia protege así mismo el principio de alteridad, sobre el cual descansa el sistema democrático moderno de pesos y contrapesos, donde las decisiones que van a afectar los derechos y los intereses de los asociados, y es precisamente bajo este concepto de control, es que se enmarca el derecho a no recibir una sentencia más gravosa por parte del superior, cuando el condenado sea apelante único (Nisimblant, 2011, p. 107).

En los términos de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-327/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz, esa corporación definió el principio y estimo que el mismo, “Es una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo” (Sentencia SU-327/95, 1995).

### **3. Del Principio de favorabilidad**

Apoyados en lo que dice, este principio busca brindarle la garantía al sujeto pasivo de la acción penal, haciendo que en caso en que se presente un conflicto entre dos normas jurídicas y que sean aplicables al caso en concreto, el juez le aplique la más favorable al procesado.

Este principio ha venido asentando sus bases debido al accionar de la política criminal en estos tiempos, pues han realizado cambios considerables en la sociedad, operada por el aparato estatal, buscando una mayor protección y participación de las víctimas del delito en el proceso penal, incitados por la jurisprudencia internacional en derechos humanos

### **4. Del Bloque de Constitucionalidad**

En el año 1991, con la constituyente se trae al ordenamiento jurídico colombiano, la figura del bloque de constitucionalidad, la cual, para autores como Manuel Fernando Quinche Ramírez, es de origen francés, más exactamente del Consejo Constitucional Francés, en el año 1958, en la cual se pretendía una integración normativa, para generar un bloque con una serie de normas que se consideraran de orden constitucional.

En Colombia se le dio sustento a esta figura bajo, los Artículos 53, 93 y 214, de la Constitución, sin embargo su mayor desarrollo se viene a dar en el año 1995, cuando por medio de la recién creada Corte Constitucional, se logra una integración entre normas internacionales de derechos humanos y de derechos internacional humanitario, con las disposiciones de carácter interno, así mismo se establece la distinción entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido amplio, permitiendo establecer el alcance de las normas que fuesen consideradas como de carácter constitucional y a la luz de las cuales se iban a realizar los denominados controles de constitucionalidad de las normas.

En la misma medida se establecen las obligaciones de los Estados en la ratificación de los tratados internacionales, los cuales son aplicables en Colombia de manera directa, gracias a ese bloque de constitucionalidad ya mencionado; dentro de esas obligaciones se menciona que: “la obligación de ajustar la legislación interna, así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales pactos” y “la obligación de evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos” (Ramírez, 2010, p. 91).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 93 de la Constitución, la Corte ha precisado que las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto deben analizarse siguiendo un criterio de interpretación sistemático y armónico, a partir de lo que ordena, prohíbe y permite la Carta de 1991.

En este sentido, los mandatos que se incorporan con el mayor estatus normativo por virtud de esta figura no tienen prevalencia sobre la Constitución misma, sino que dinamizan su sentido, en beneficio de un Orden Superior viviente que maximiza la garantía de los derechos y principios de las personas, si se tiene en cuenta, además, el criterio de favorabilidad al interpretar estas fuentes. Al respecto, en la Sentencia C-028/06 se afirmó que:

la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. (Sentencia C-028/06, 2006)

Recientemente, en la Sentencia C-327/16 se sostuvo una posición similar, en los siguientes términos:

Por lo tanto, la Corte ha considerado que las normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad deben interpretarse en armonía con la Constitución; es decir, el bloque de constitucionalidad impone una

interpretación sistemática que también debe responder a la interpretación más favorable para la protección de los derechos. Así, el control de constitucionalidad que invoque la vulneración de una disposición convencional debe realizar la verificación de su concordancia a partir del bloque de constitucionalidad, ello es, en armonía con las reglas constitucionales. (Sentencia C-327/16, 2016).

## **5. Posturas Constitucionales, Jurisprudenciales, Doctrinarias y Legales**

Dentro de las primeras apreciaciones que se tienen con respecto a la problemática abordada en el presente documento, entraremos a estudiar detenidamente los conceptos que son de absoluta importancia y pertinencia para el mismo; buscando encontrar las posturas jurisprudenciales de los órganos que establecen la interpretación de la Constitución y la Ley.

La necesidad que existe de garantizar completamente los derechos procesales y fundamentales que atañen a la libertad de todo ciudadano, donde ya explicamos porque se considera que aquella igualdad no puede ser exceptuada, ni siquiera por parte del legislador, por cuanto la libertad hace parte de la estructura intangible y más importante de la Constitución Política de Colombia de 1991.

En la Sentencia C-792/14, la Corte Constitucional realiza el estudio de una acción de inconstitucionalidad, donde la ciudadana María Mónica Morris Liévano demandó parcialmente unos artículos del código de procedimiento penal, concretamente la Ley 906 de 2004, tachados inicialmente por aquella de inconstitucionales y solicitando que mediante sentencia de carácter constitucional condicionada se aplique la garantía constitucional y se determine que: “toda sentencia que imponga una condena por primera vez en segunda instancia, puede ser apelada por el condenado” (Sentencia C-792/14, 2014).

Dentro de las razones que llevaron a aquella acción de inconstitucionalidad y que la Corte resuelve en el radicado C-792, encontramos normas de carácter internacional como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículos que ya hemos citado y fundamentado dentro del actual trabajo y que son objeto de nuestro estudio en toda la hipótesis que se ha planteado; también con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así mismo la demandante consideró que se vulneraban varios preceptos de la Constitución Política de Colombia.

El análisis que se realiza en aquella Sentencia, apunta de manera inicial a resolver unos puntos de la problemática que evidentemente perduró en el ordenamiento jurídico colombiano durante muchos años, pero que durante este estudio encontramos que la Corte no resolvió, dejó inconclusas gran parte de las evidentes vulneraciones a los derechos

humanos, civiles y políticos, y que hoy consideramos una absoluta falta a los postulados fundamentales consagrados en la Carta Política del 91.

La demanda de inconstitucionalidad apuntaba en principio a resolver puntualmente el hecho que origina a nuestro modo de ver, la problemática demostrada en sin fin de tesis académicas y que incluimos en el capítulo I de la nuestra, con la variante de que para nosotros y como se evidencia en el análisis que actualmente realizamos sobre esta, se siguen hoy en el año 2020, vulnerando y que para un futuro serán de un alto tema de discusión por la actualidad que llevan algunos de los personajes más mencionados en la dinámica política nacional.

Dada la historia de los condenados ya con sentencias ejecutoriadas y cumplidas, es de suma relevancia el estudio de la retroactividad en el reconocimiento de los derechos que evidentemente no se reconocieron y que al nunca haber sido así, consideramos y pretendemos demostrar que aún hoy se deben reconocer.

Las discusiones generadas inicialmente en la Sentencia Constitucional estudiada, fueron propuestas por parte de la academia y el Ministerio Público, quienes emitieron concepto sobre el tema que se demandó por vía de acción de inconstitucionalidad. En resúmen, argumentaban la ineptitud de la demanda, en tanto que el ordenamiento jurídico (para tal caso los artículos demandados de la Ley 906 de 2004) no prohibía la oportunidad para recurrir la primera condena; y que existía dentro del ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de acceder a dicha garantía, por medio de los recursos extraordinarios como revisión y casación, y aun así la tutela estaba disponible para entonces, cuando en la casación no se ha decidido adecuadamente de acuerdo con la evaluación de las pruebas competes.

Los conceptos que se emitieron por parte del Ministerio Público, se quedan cortos al análisis de fondo que se plantea por parte de la ciudadana demandante, el estudio que realiza es superficial y no delimita las vulneraciones en este caso del sistema de procedimiento penal que se desarrolla en Colombia y que atenta contra las disposiciones de carácter internacional, es decir, que tampoco realizó el estudio convencional, de alta pertinencia en cuanto aquellas normas que tratan sobre los Derechos Humanos, Políticos y Civiles.

Es claro aquí que dentro nuestro objeto de estudio, el derecho de impugnación no supone que de manera efectiva se obtendrá una revisión y por ende la libertad de quien ha sido condenado, o en nuestra pretensión de revisarse la condena ya cumplida, así limpiar y garantizar el buen nombre, derecho consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su

buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 15).

En consecuencia del derecho mencionado anteriormente, se da lugar a formular la discusión en si es posible acceder a tales revisiones incluso cuando las condenas ya han sido cumplidas por aquellas personas que tuvieron un proceso penal en donde no les fue posible acceder al derecho de la doble instancia. A nuestro modo de ver las situaciones expuestas, no son tan descabelladas, pues son los derechos constitucionales de carácter superior los que están expuestos anteriormente.

La Corte Constitucional en la misma Sentencia, ha definido que la excepción o limitación al derecho de contradicción, que es el tema central de nuestro trabajo, ha sido establecido por el legislador, quien es el competente para ejercer aquel límite de derechos fundamentales y es a este mismo a quien le corresponde: “definir los mecanismos a través de los cuales se materializa” este derecho de defensa (Sentencia C-792/14, 2014).

Al ser el órgano legislador quien define los límites o excepciones a los derechos fundamentales -que en el caso en concreto discutimos-, consideramos que el legislador se interpone ante el constituyente, ya que este último fue quién determinó los principios rectores que tienen como eje fundamental el Estado Social de Derecho colombiano. La Carta creada en 1991 y que establece de manera taxativa derechos fundamentales como los del debido proceso, derecho de defensa y contradicción, y los demás que al caso se desprenden de estos principales, hace necesario que la Corte Constitucional en obediencia a sus funciones de hermenéutica, con respecto a ese control Constitucional supremo que posee, imparta decisiones claras sobre los temas, y no de manera parcial decida sobre aspectos tan fundamentales e importantes.

La doble instancia tiene como finalidad u objeto, garantizar la posibilidad de que un superior u órgano diferente revise el fallo judicial que ha sido adverso a determinada parte en el proceso penal, es decir, que en un fallo judicial pueden existir errores, pues son seres humanos quienes imparten tales decisiones, basándonos en los derechos de igualdad que ya hemos fundamentados durante este trabajo de tesis de grado, existen probabilidades que durante el debido proceso que se ha llevado en determinado litigio de carácter penal, se hayan cometido faltas que se hacen necesarias revisar.

A lo anteriormente anotado, dadas las posibilidades de que los fallos condenatorios puedan ser errados, sea por el motivo que sea, incluso por las causas que hoy son las mismas para los recursos extraordinarios, fundamentamos la necesidad de incluir la garantía retroactiva, que les garantice la doble instancia para aforados constitucionales que ya han sido condenados y que por el tiempo que lo fueron no tuvieron la posibilidad de acceder a este derecho constitucional a impugnar las sentencias.

En Colombia encontramos casos de personas en los que se han afrontado procesos penales de única instancia, evidenciamos de manera potencial, situaciones en donde erradamente se han proferido decisiones que han perjudicado o afectado ya al sujeto, es decir, en Colombia se han vulnerado derechos fundamentales y existen posibilidades de remediar tales incumplimientos, pero carecen de interés quienes son competentes para resolver de fondo dicho proceso.

Otra de las posiciones que pretendemos sobreponer, es la necesidad de que en la estructura de los operadores judiciales sea otro independiente quien revise la segunda instancia, es decir, en el caso concreto la Corte Suprema de Justicia quien ha sido el órgano que dictó las sentencias que a la fecha están siendo cumplidas por los sujetos ya condenados, no debe ser el mismo órgano quien ejecute tal garantía, esto anterior en aras de garantizar plena confianza en las decisiones judiciales que se impartan en esta instancia, que igual que todas es de suma importancia para ejercer y garantizar la administración de justicia.

En las discusiones planteadas sobre la doble instancia encontramos falencias dentro de este requisito para garantizar el debido proceso, un procedimiento previo que dé la independencia entre quien investiga y quien juzga, pues como es de conocerse la Corte Suprema de Justicia ejerce su poder de manera unipersonal, es decir, indaga inicialmente las conductas que son conocidas por medio de una noticia criminal, petición especial, incluso de oficio, etc.

Luego la misma corporación adelanta la etapa de instrucción donde la misma Corte hace el trabajo que comúnmente se le adjudica a la fiscalía y por último la Corte también adelanta la etapa de juicio, que la realiza la sala de primera instancia. Es de aclarar que no son los mismos magistrados de la Corte los que adelantan todas las etapas, aquí se cuestiona es que la misma corporación ejecute toda la acción penal, incluso resuelva los recursos.

En el libro Procesos Contra Aforados Constitucionales -Parapolítica- de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra una compilación de autos y sentencias de la sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el período comprendido en Diciembre de 2007 a Septiembre de 2010, se comprende el proceso en un tono inquisitivo, algo que vulnera desde esa perspectiva en su manera filosófica el debido proceso y en sí, la esencia del Estado de Derecho.

Hasta aquí seguía generándose el debate que se pretendió resolver en la C-792/14, con relación a que si los procesos adelantados contra los aforados constitucionales vulneraban o violaban el debido proceso y realiza un recuento jurisprudencial.

La Corte Constitucional para ese entonces tenía una línea jurisprudencial que aceptaba tal proceso de única instancia, lo veía como una excepción que el legislador siendo competente había previsto y que por ende contemplaba todas las garantías para los aforados, al pertenecer a una posición que les permitía llevar un proceso “igualitario”.

El estudio de la Corte Constitucional se realizó en las Sentencias: C-142/93; C-411/97 y C-934/06 donde al respecto se dijo que los aforados gozaban con todos los mecanismos y que se tiene garantizado este derecho; al no contemplarse taxativamente este recurso, si existían otros como: recurso extraordinario de casación, la nulidad para ese entonces y la acción de revisión, la Corte mantuvo esa línea jurisprudencial y no dio señales hasta el año 2014 de retractarse y “comprometerse”.

Por lo visto en la historia de las decisiones de las Cortes, es de anotar que sus integrantes cumplen con unos períodos personales y que la visión de la realidad puede variar, la actualización del derecho con respecto a la dinámica social permite generar debates de las líneas jurisprudenciales por ejemplo; para nosotros es considerable que al cambiarse de modo sustancial la manera de interpretar la Constitución y la ley, trae consigo unas responsabilidades, y como describiremos en breve, la Corte Constitucional no se pronunció apuntando a resolver de manera total la problemática plateada durante lo largo de esta tesis de grado.

Finalizada entonces la discusión de sí se vulneraban o violaban los derechos procesales constitucionales, el discurso de la Corte Constitucional cambió y efectivamente reconoció aquellos derechos y garantías.

En nuestra opinión, es completamente necesario el camino que la Corte tomó, pues no sólo estaba aquí la interpretación de la Constitución en juicio, sino las disposiciones convencionales a las que la Carta Política les asigna un valor supremo, adicionándose al Bloque de Constitucionalidad entran perfectamente a regir tales disposiciones supranacionales que son tan necesarias para la democracia y para la total garantía de que las decisiones que se toman en aquellos fallos internos se ajustan a los estándares internacionales.

Si bien los procesos penales tomarían un rumbo más amplio en determinados casos, todo debería acordarse a la garantía de que las decisiones se tomen ajustadas en derecho, el afectado en determinado caso podría según la C-792/14: “atacar el contenido y las bases fácticas, probatorias y normativas del acto inculpativo.” (Sentencia C-792/14, 2014) y esto no implica volver a comenzar la actuación penal, se trata de igualar los derechos a los que todo ser humano juzgado por la justicia de Colombia pueda acceder, pues son los derechos fundamentales los que se limitan en estas decisiones.

Las opiniones doctrinales que la Corte cita en la C-792, apuntan en mayoría a la necesidad de controvertir las decisiones, en la democracia por ejemplo y el Estado de Derecho, la independencia de poderes es fundamental, las decisiones del ejecutivo son apeladas y revisadas por el poder judicial, garantizando así un equilibrio que apunte a la objetividad imparcial, en la misma medida se busca, desde nuestro punto de vista, no que se democraticen las decisiones judiciales, sino que se les dé el respaldo de que al poderse controvertir se garantizaran que no ha sido un solo operador quien ha dado su veredicto.

Con respecto a lo que atañe de la jerarquía, son los órganos colegiados los que imparten las decisiones finales, es decir, cuando un juez resuelve dictando fallo condenatorio o absolutorio quien resuelve tal decisión es el tribunal superior del distrito, esto según el Artículo 34 de la Ley 906 de 2004: “ (...) los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito” (2004). Ante esto se pretende que el órgano superior, parcial e independiente sea quien revise la decisión de primera instancia; aquí no existe algún reproche por la técnica del recurso de apelación y en sí su fundamento por el cual se dispuso.

Resulta elevada la categoría, para nuestro modo de entender, querer ponderar el derecho de impugnación a Derecho Humano, pues se contempla en el sistema mundial así, artículo 14.5 del PIDCP: “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 previsto por la ley” (Naciones Unidas, 1966, Art. 14.5). Lo anterior siguiendo con la coherencia del principio de legalidad, donde debe existir una norma preexistente, teniendo en cuenta también las normas procesales.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-792/14, indaga nuevamente y revisa los mecanismos existentes para interponer de alguna manera la impugnación ante una sentencia de carácter condenatorio, y los recursos existentes son de carácter extraordinario y no son de fácil acceso, comparados con el recurso de apelación, que en su admisibilidad no impone cargas y su finalidad corresponde, a no otra que la posibilidad de que la decisión sea nuevamente considerada por un funcionario diferente y hacemos el énfasis del deber que éste sea de una categoría u órgano diferente.

La Corte estableció y cambió su visión con respecto al recurso de casación por cuanto este limita el acceso al recurso, quiere esto decir que no toda sentencia condenatoria puede ser impugnada. Además de la acción de tutela y la acción de revisión en cuanto a que puntualmente establece de unos mínimos para adentrar a su admisibilidad y por ende la

revisión, lo cual carece de sentido para garantizar de manera igualitaria el derecho a la impugnación de una sentencia de manera retroactiva, como nosotros lo planteamos.

El único mecanismo que pretende atacar sentencias que han sido ejecutoriadas y por ende son de obligatorio cumplimiento es el recurso de revisión, contenido en el artículo 192, numeral 7 de la Ley 906 de 2004, a lo que puntualmente trae 7 hipótesis y que analizadas, existe una que se ajusta a nuestro criterio inicial: “Cuando mediante un procedimiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 192).

Ajustando los criterios que encontramos en la ley, existe la manera de que tales conceptos que las Cortes han emitido desde el 2014, sean revisables las sentencias que han sido ejecutoriadas y por ende están siendo cumplidas o incluso aún, ya se cumplieron; por razones análogas supranacionales, constitucionales y jurisprudenciales, no encontramos falencia o contradicción alguna que dé pleno cumplimiento a las visiones que se tienen actualmente.

La tendencia de la Corte Constitucional definitivamente cambió y orientó a “flexibilizar y ampliar” los mecanismos, palabras de la misma Corte a efectos de: “garantizar la corrección de las decisiones judiciales” (2014), es decir, dejar de desconocer y violar derechos de carácter fundamental.

Al entender de la Corte la Ley 906 de 2004 configura una “omisión legislativa” pues es la ley la que crea mecanismos de acceso a estos derechos, y los materializa para dar pleno cumplimiento a los mandatos constitucionales y convencionales a los que Colombia se acoge e integra en su bloque de constitucionalidad. La Corte, entonces tiene en cuenta que dentro de sus funciones para los casos en que se ha detectado la omisión legislativa, entra a subsanar tales omisiones, a palabras propias del juez constitucional.

La Corte establece que cuando existe un “déficit” de carácter procesal, la Corporación está habilitada para subsanar e introducir elementos normativos omitidos anteriormente en este caso por parte del legislador en la Ley 906 de 2004, y añade además que sin modificar considerablemente “los elementos estructurales del proceso penal”, es decir, desde nuestro punto de vista, la Corte no considera un límite con respecto a la introducción de fallos que llenen vacíos jurídicos que el legislador dejó.

La Corte se dispuso a resolver y declaró la inconstitucionalidad de los artículos del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, que hacen referencia a procesos de única instancia, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, es decir, que la Corte introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de

garantizar el derecho de doble instancia, pero no se pronunció con respecto a la retroactividad de dicho fallo.

Además de eso, exhortó al Congreso de la República para que en el término de 1 año contado a partir de la notificación por medio de edicto de la Sentencia C-792/14, regulara el derecho de impugnación y lo introdujera en la ley (Sentencia C-792/14, 2014). Al no encontrarse respuesta positiva por parte del legislador, por lo que se adquirió el derecho que procede a la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena, esto supone que debe reformarse la constitución.

El Acto Legislativo 01 de 2018: “por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria” (2018). Es decir que para el ordenamiento jurídico colombiano ya no existen más procesos penales de única instancia para nadie, ni siquiera para los aforados constitucionales, como se ha explicado anteriormente en esta tesis de grado, tanto la Sentencia C-792/14 como el Acto Legislativo deja inconclusa la aplicabilidad de las garantías fundamentales en el tiempo.

## **6. Realidad de los aforados constitucionales en Colombia**

Continuando con lo anterior, por medio de tratados internacionales a vocación universal se ha venido desarrollando y afirmando un régimen internacional de derechos humanos, de donde ciertas normas pueden revestir un carácter general e imperativo que ligaría incluso a los Estados no contratantes.

Los tratados internacionales son la única fuente formal en sentido estricto, es decir en los tratados como instrumento jurídicamente exigible a los Estados que los habrán ratificado.

Los tratados de derechos humanos son instrumentos jurídicos de protección de la dignidad del ser humano que desde 1945 la sociedad internacional se ha comprometido a promover, respetar y defender (Arboleda, 2009, p.174).

Ahora bien, en el caso en concreto, se evidencia que esa doble instancia materializada en la impugnación del fallo condenatorio, es adaptada por la Corte debido a su reconocimiento internacional, volviéndose esta de obligatorio cumplimiento en nuestra reglamentación interna.

Esta garantía viene desde el PIDCP ratificado por el gobierno nacional desde el año 1973 así como la CADH vigente desde el año 1978 y como se ha dicho trae consigo unos efectos de gran connotación pues se debe garantizar su cumplimiento desde 1973, tema que

el Estado Colombiano no ha estado haciendo efectivo, presentándose así una omisión legislativa por parte del Estado.

En Colombia, el principal instrumento es la CIDH o Pacto de San José, el cual fue ratificado y por ende de obligación cumplimiento y de control convencional tal y como se irá evidenciando en el Caso que analizaremos.

### **Capítulo III.**

#### **Análisis del caso en concreto**

##### **1. Identificación de la providencia**

Con el fin de ilustrar la teoría expuesta a lo largo de nuestro trabajo investigativo, a continuación realizamos un análisis de un caso de un aforado constitucional, en el que se evidencia la vulneración de derechos a la que han sido sometidos los aforados constitucionales en cuanto a la doble instancia.

Es así, como a través del presente capítulo, pretendemos brindar una mayor comprensión de la Sentencia SU-373/19 en la que se sitúa dicho caso, la cuál fue expedida por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger de la Corte Constitucional, el 15 de Agosto de 2019. En esta se tutela la protección al Debido Proceso del señor Martín Emilio Morales Diz, en adelante, MEMD; en cuanto la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le había negado el derecho a la Doble Instancia.

##### **2. Hechos jurídicamente relevantes:**

Los hechos que dieron lugar al proceso penal y posteriormente a la acción de tutela fueron los siguientes:

- a. La Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal, el día 3 de febrero de 2012 procedió a dar apertura a la investigación preliminar en contra del Señor Martín Emilio Morales Diz, (en adelante MEMD) por la presunta comisión de los delitos y según los hechos que pasan a describirse en adelante.
- b. Entre 2004 y 2007, MEMD fue elegido popularmente como alcalde del municipio de San Antero, Córdoba, y entre 2010 y 2018 como Senador de la República
- c. Yoiner Enrique Sánchez Gutiérrez, alias «el chiquito», el 23 de septiembre de 2011, presentó denuncia penal contra el señor MEMD ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por presuntamente acordar la constitución de una organización delictiva, con el fin de traficar estupefacientes desde el municipio de San Antero, Córdoba hacia Centro América entre el 2005 y 2012.
- d. De igual modo, habría convenido con el Alcalde de Chimá Córdoba y el grupo armado ilegal Águilas Negras, la expansión y consolidación del clan en la región, además habría sido el determinante del homicidio del señor Wilmer José Pérez Padilla, exalcalde del municipio de San Antero, ocurrido el 1 de julio de 2009

- e. En la misma medida, en el transcurso de la investigación, el señor Salvatore Mancuso aseguró que MEMD, fue apoyado por las AUC para las elecciones locales en el año 2003
- f. El día 17 de marzo de 2016, MEMD fue privado de su libertad por imposición de medida de aseguramiento en establecimiento penitenciario y carcelario, esto por ser el presunto determinante del delito de homicidio agravado y de coautor del delito de concierto para delinquir agravado, en concurso material heterogéneo con los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, administración de recursos de grupos armados al margen de la ley, tentativa de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo y porte de armas y munición de uso privativo de las fuerzas armadas.
- g. El 27 de octubre del mismo año se llevó a cabo la audiencia de acusación realizada por la CSJ sala de Casación Penal, por los delitos imputados
- h. El 02 de febrero de 2017 se celebró la audiencia preparatoria y el Juicio se llevó a cabo entre el 24 de abril y el 27 de noviembre del 2017.
- i. A principios del año 2018, el Congreso de la República aprobó el Acto legislativo 01 de 2018, “Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria” (Acto legislativo 01, 2018), que como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo trajo un cambio significativo para los aforados Constitucionales, concediéndoles una garantía no otorgada desde el año 1991.
- j. Posteriormente, en sesión de la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal del 4 de abril de 2018, el magistrado sustanciador del proceso, Eyder Patiño Cabrera, puso en consideración de los demás magistrados de la Sala un proyecto de decisión, en el cual se ordenaba la remisión del expediente, por competencia, a la Sala Especial de Primera Instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018. Esto, con el fin de “respetar la garantía de la doble instancia, el derecho fundamental de impugnación de la condena, el principio de favorabilidad y para no incurrir en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Acto legislativo 01, 2018).
- k. No obstante, el mismo día, la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reafirmó su competencia para juzgar y emitir sentencia en única instancia en el proceso adelantado contra el actor y requirió al magistrado

sustanciador para que «presentara un proyecto de decisión, en el menor tiempo posible».

- l. Finalmente, mediante Sentencia del 31 de Mayo de 2018, la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –con ponencia del magistrado Eyder Patiño Cabrera, quien salvó su voto a esta decisión – condenó al accionante, en única instancia, a 302 meses de prisión (25 años), 46.600 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 240 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado, en concurso homogéneo sucesivo y en concurso heterogéneo con los punibles de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cometido en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de coautor; tentativa de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en condición de coautor; y porte de armas y munición de uso privativo de las fuerzas armadas, también como coautor.
- m. Una vez notificado el fallo, MEMD, procedió a impugnar la Sentencia fundamentado en el Acto Legislativo 01 de 2018, en el Pacto Internacional de Derechos Humanos y en la CADH, buscando el cumplimiento de la garantía aquí otorgada, a la doble instancia.

Sin embargo, por auto del 6 de julio de 2018, la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la CSJ, rechazó por improcedente el recurso formulado argumentando que la decisión se daba ante la inminente entrada en funcionamiento de la Sala Especial de Primera Instancia.

### **3. Fundamentos de la Acción de Tutela**

Con base en los hechos anteriormente narrados es que MEMD, el 11 de septiembre de 2018, decidió interponer Acción de Tutela en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad; solicitando como pretensión principal la Nulidad de todas las actuaciones adelantadas por la Sala con posterioridad al 19 de Abril de 2018, cuando la Corte requirió al MP para que registrara proyecto de fallo y lo remitiera a la Sala de Primera Instancia para que profiriera el fallo.

Frente al debido proceso, alegó que la CSJ en razón de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2018, había perdido la competencia para emitir una sentencia condenatoria de única instancia y que por ello le estaban vulnerando el derecho

Para fundamentar la vulneración al derecho a la igualdad, precisó que en el caso del exsenador Luis Alfredo Ramos Botero, la Sala de Casación Penal decidió remitir las actuaciones a la Sala Especial de Primera Instancia, a fin de que esta dictara sentencia de primer grado, agregando que podría ser basado en una discriminación racial, pues Ramos es de color blanco y él es afrodescendiente; señalando que no existe un solo elemento «objetivo, razonable y proporcional» que justifique que estos asuntos hubiesen sido resueltos de manera diferencial.

### **i. Fallo Primera Instancia**

Mediante Sentencia del 26 de septiembre de 2018, la Sala Casación Civil de la CSJ, ordenó a la Sala de Casación Penal dejar sin efecto el fallo condenatorio en contra del accionante con fecha de 31 de mayo de 2018 y remitir el expediente a la Sala Especial de Primera Instancia, para que sea esta quien emita el fallo en primera instancia y garantizarle la garantía a una doble instancia, tal cual lo ordena el Acto legislativo 01 de 2018 toda vez que cuando se emitió el fallo, ya había entrado en vigencia el Acto en mención.

Por otro lado, la Sala indicó que no existe ninguna justificación para que en el caso del ex congresista Luis Alfredo Ramos Botero sí se hubiese remitido el expediente a la Sala Especial de Primera Instancia, y en el asunto de la referencia no, pues, independientemente de que, a diferencia del citado exsenador, el actor sí estuviera privado de la libertad, ambos procesos se encontraban en la misma fase, esto es, se había calificado el mérito del sumario antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 y estaba pendiente la emisión de la respectiva sentencia.

Concluye el Juez de tutela en primera instancia que la Sala al atribuirse la competencia para decidir en única instancia vulneró los derechos fundamentales a doble instancia y a la igualdad

### **ii. Impugnación Fallo**

El 28 de septiembre de 2018, El presidente de la sala Luis Antonio Hernández Barbosa, Magistrado de la Sala de Casación Penal de la CSJ, solicitó la revocatoria de la sentencia de tutela que amparó los derechos fundamentales invocados.

Además, sustentó su recurso aceptando que frente al Acto legislativo 01 de 2018 se tienen 2 interpretaciones, la que defiende la decisión de la Sala de Casación Civil, consistente en sostener que las normas superiores que regulan la competencia de las salas especiales allí creadas son de aplicación inmediata; y la interpretación de la Sala de Casación Penal, que defiende que dichas normas solo pueden producir efectos jurídicos a condición de que las salas especiales entren en funcionamiento. En este sentido, argumentó

que la acción de tutela no es el mecanismo para imponer por vía de autoridad cuál es la interpretación adecuada sobre la eficacia de la citada reforma constitucional.

Agregó que, si bien el Acto legislativo está vigente desde su promulgación, su eficacia si requiere de la existencia de las instituciones por él reguladas y que por lo tanto la jurisdicción de los aforados constitucionales entraba en un limbo inconcebible y que tales ciudadanos quedaban por fuerza de esa interpretación sin juez y al margen de la posibilidad de que se decida su situación jurídica.

Finalmente dijo que la sala que él preside no vulneró el derecho a la igualdad del accionante toda vez que, mientras al momento de proferir sentencia, este estaba detenido, el exsenador Ramos Botero estaba en libertad, situación que imponía el deber de decidir rápidamente el caso del actor.

#### **4. Fallo Segunda Instancia**

En fallo del 31 de octubre de 2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo de los derechos fundamentales del señor MEMD, aceptando los argumentos del presidente de la Sala de Casación Penal, en cuanto a la producción de efectos jurídicos se produjo solo cuando se materializaron otros aspectos relacionados con la implementación de la norma, esto es cuando se invistieron los magistrados designados con competencia para ejercer las funciones que constitucionalmente fueron asignadas.

Frente al tema de la desigualdad procesal, acudiendo al caso de Ramos, precisó que como no se había podido acudir a la mayoría necesaria para la aprobación del proyecto de sentencia, al momento en que se integraron las salas dispuestas por el Acto Legislativo, se remitió una vez se integraron.

#### **5. Consideraciones de la Corte**

##### **i. Procedencia Tutela**

La Corte hace un estudio detallado de la Sentencia C590/05 y procede a calificar cada uno de los requisitos ubicándolos al caso en concreto, donde concluye que por ser la pretensión de la presente tutela proteger unos derechos fundamentales, estar legitimadas las partes por activa y pasiva, no haber otra acción judicial para acudir a la garantía que se busca, y al no ser una sentencia de una acción de tutela sino de carácter penal esta acción si procede en el caso en concreto.

## **ii. Defecto Orgánico y violación a la Constitución Nacional**

Desde una perspectiva orgánica, la vulneración al debido proceso podría darse dice la Corte, bajo el precepto de que quien falle no sea el realmente competente para hacerlo, y nos hace una revisión desde la teoría general del proceso, esto es, definiéndonos que es un juez natural y posteriormente nos habla de jurisdicción y competencia, y que en resumen, la actuación judicial está enmarcada dentro de las reglas constitucionales y legales que determinan la jurisdicción y la competencia, las cuales, en caso de ser desconocidas o desbordadas, conllevan la configuración de un defecto orgánico, y por ende, la vulneración del derecho al debido proceso. En todo caso, para que se configure esta causal no es suficiente alegar la falta de competencia del funcionario judicial, sino que corresponde demostrar que desde todo punto de vista la autoridad judicial no estaba investida de la potestad de administrar justicia.

Ahora bien, en cuanto a la violación directa de la Constitución, lo fundamentan en el artículo 04 de la constitución, partiendo de que la Constitución es norma de normas y por ende esta tendrá una prelación ante cualquier otra norma y que al contener mandatos de aplicación directa por las diferentes autoridades, entre ellos los jueces y que no hagan caso a ella, resulta posible que una decisión judicial pueda ser discutida a través de la acción de tutela y más en el presente caso que se está actuando en contra del artículo 29 de la misma.

## **iii. Derecho a Impugnar la Sentencia en Única Instancia**

En este punto es vital partir de 3 postulados que ha tenido la Corte sobre la constitucionalidad de las normas que, con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, establecían que los procesos penales adelantados contra altos funcionarios del Estado por la Sala de Casación Penal de la CSJ eran de única instancia:

- A. Sentencia C-142/93: Aquí la Corte estableció que las disposiciones dadas en los Códigos de Procedimiento Militar, eran compatibles con la doble instancia, fundamentando que acorde al Artículo 29 de la CN, las sentencias condenatorias emitidas en primera instancia por la sala de Casación de la CSJ si podían ser objeto de impugnación mediante la acción de revisión, el recurso extraordinario de Casación y la solicitud de nulidad de los actos procesales; concluyendo que de alguno u otra forma todo reo puede impugnar la sentencia condenatoria.

Finalmente, termina afirmando que el hecho de que la CSJ conozca en única instancia no siempre quiera decir que esto perjudica a sus beneficiarios pues se está bajo la ventaja de la economía procesal y el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores

- B. Sentencia C-411/97, por medio del cual se declara exequible la palabra única, contenida en el artículo 68.2 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal, 2004), allí la Sala Plena precisó que la función de definir las instancias procesales en las distintas materias corresponde al legislador (Código de Procedimiento Penal, 2004, Art. 31 y 150.2) y que “el principio de la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto, como resulta del precepto constitucional que lo consagra (artículo 31 C.P.), a cuyo tenor “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley” (subraya la Corte)” (Citado en Corte Constitucional, 1997).
- C. En la Sentencia C-934/06, la Sala consideró que el juzgamiento por el órgano de cierre de la jurisdicción penal, es en sí una fiel aplicación al debido proceso, sobre los aforados constitucionales, fundamentando además que el Artículo 8 de la CADH no contiene el mandato de establecer la doble instancia en aforados toda vez que cada Estado dispone de un margen de configuración en la materia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte en la presente Sentencia, concluyó que en su momento a los aforados constitucionales no se le vulneró el derecho al debido proceso, por la doble instancia por dos razones: En primer lugar, porque tal facultad se sustentaba en las normas legales que regulaban la materia, las cuales, a su vez, eran el desarrollo de lo estatuido en la propia Carta hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional. Y en segundo lugar, en la medida en que la restricción a dicha garantía tiene como compensación otros beneficios con los que no cuentan los demás ciudadanos, como lo es el hecho de ser investigado y juzgado por un órgano de las más altas calidades, que no solo es la cabeza de la jurisdicción ordinaria, sino que, además, tiene carácter colegiado.

Dicho esto, en el tema objeto de estudio, la Corte ha tenido también varios pronunciamientos con los cuales se ha ido evolucionando en la jurisprudencia constitucional sobre la existencia del derecho a impugnar la sentencia condenatoria en materia penal, entre ellos está la Sentencia C-792/14, la Sentencia SU215/16 y la Sentencia SU217/19, donde prevén la existencia del derecho a impugnar la sentencia condenatoria que se dicte en el marco de un proceso penal, mediante el cuestionamiento de todos los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia, ante un juez diferente –no necesariamente de mayor jerarquía– del que impuso la condena.

#### **iv. Alcance del Acto Legislativo 01 de 2018**

Lo primero que debemos tener presente es que toda norma comienza a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, exactamente, después de su notificación y publicación dado que es a partir de allí que dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad.

En consideración, dice la Corte que el artículo 85 de la CN, establece que los derechos consagrados a partir del Artículo 29, “son de aplicación es inmediata”, por ende, se puede interpretar que no necesitan regulación alguna de previo desarrollo legislativo o administrativo para su eficacia y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo.

Aclarando que este artículo no es absoluto, también dependerá de los supuestos fácticos y jurídicos del caso, básicamente todo dependerá de la dimensión de la vulneración de derechos del ciudadano y que por lo tanto, es deber del juez constitucional determinar en el caso concreto cuál es el grado de eficacia directa del derecho de aplicación inmediata y los medios para garantizar su efectividad, cuando su regulación constitucional es solamente enunciativa y cuando su contenido no ha sido desarrollado por el legislador.

Frente al derecho fundamental al debido proceso, ha dicho la Corte que El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria (...) algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la *no reformatio in pejus*, o el principio de favorabilidad. (Sentencia C-371/11, 2011).

Conforme a la jurisprudencia, “los derechos fundamentales se amplían con el paso del tiempo y dependen de lo que una sociedad considera fundamental en un momento histórico y a partir del concepto de dignidad humana” (Sentencia C-818/11, 2011), de suerte que su contenido cambia y se expande con los años, es posible identificar algunas garantías, además de las señaladas en el párrafo anterior, que forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. En la Sentencia C-166/17, la Sala Plena de la Corte Constitucional mencionó las siguientes:

el derecho al juez natural, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia e imparcialidad del juez, el derecho a presentar pruebas y controvertirlas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y el derecho al defensa entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. (Sentencia C-166/17, 2017).

Adicionalmente, la Corte ha manifestado que el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso está integrado por 1) motivación de las decisiones, 2) tutela judicial efectiva, 3) principio de non bis in ídem, 4) respeto por la prescripción de la acción penal, 5) principio de in dubio pro reo.

En resumen, en virtud del principio de supremacía constitucional, el artículo 4 de la Constitución de 1991, tiene plena fuerza normativa. Aunque de este principio se siguen tres consecuencias básicas, la esencial para resolver el problema jurídico que plantea el asunto de la referencia consiste en que algunos derechos, como a impugnar la primera sentencia condenatoria –núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso–, tienen eficacia jurídica directa, es decir, pueden ser exigidos de manera inmediata, incluso cuando su regulación constitucional es escasa o solamente enunciativa – como ocurre en el presente caso– y no han sido desarrollados por el legislador. Y que como se indicó anteriormente, la vulneración de esta cláusula constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

#### **v. Principio de Legalidad en materia Penal**

La Corte ha establecido que este es el principio rector de todo el actuar judicial, en base a que nada ni nadie, puede actuar conforme a lo que no esté prescrito, definido o establecido de forma clara, expresa y precisa en la ley siendo este principio debe estar siempre primando sobre cualquier otro.

En el ordenamiento jurídico interno, el legislador tiene los deberes de 1) definir de manera clara las conductas consideradas como delito, 2) señalar su pena o sanción a la que dé lugar, 3) indicar la competencia y jurisdicción de cada delito, y 4) establecer las reglas procesales y sustantivas aplicables al caso en concreto; con el fin de garantizar y aplicar el debido proceso, salvaguardando la seguridad jurídica.

Adicional a esto, la Corte nos habla de las cuatro dimensiones del principio de legalidad, siendo la Primera, la reserva legal, lo que quiere decir que los numerales anteriormente mencionados corresponden es al legislador hacerlos y no a jueces o a la administración de justicia;

La Segunda, nos habla de que la reserva de ley no es suficiente para garantizar el debido proceso, de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, esto es, si la ley puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, y que por ende la ley debe ser previa.

La Tercera, nos dice que la reserva legal y la prohibición de la retroactividad tampoco son suficientes, y la Cuarta, nos dice que ni la reserva legal, la prohibición de la retroactividad ni el principio de taxatividad pueden proteger la libertad de las personas, y que por ende, «para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa

el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas»

Por otra parte, el artículo 29 de nuestra carta política, establece que su efecto es inmediato y se debe respetar el principio de favorabilidad, tal como se decía anteriormente; y lo que realmente interpreta la Corte es que ese artículo 29 CN prescribe que al momento de la ocurrencia de los hechos tipificados como delito exista un tribunal competente y un procedimiento para juzgar tales hechos, lo cual no significa que ese procedimiento no pueda cambiar durante el trámite o que la competencia quede inmodificablemente definida

Finalmente, la Corte termina concluyendo que: 1) las normas que regulan los procedimientos tienen efecto general inmediato, por cuanto el proceso es una situación jurídica en curso y, en consecuencia, no consolidada, 2) tal efecto no desconoce, per se, el principio de legalidad en materia penal, por cuanto este se refiere primordialmente a las leyes sustanciales que definen los delitos y las penas; y 3) el principio de favorabilidad es una excepción de naturaleza constitucional al efecto general inmediato de las disposiciones procesales y al principio de irretroactividad de ley penal, que no puede ser desconocido por el juez, en la aplicación de preceptos sustanciales o procesales, bajo ninguna circunstancia.

#### **vi. Del caso en Concreto**

La Corte hace un análisis desde 2 circunstancias, la primera en base al actuar de la Sala de Casación Penal en cuanto a la inexistencia física de la Sala Especial de Primera Instancia y que esta supuso para la Sala de Juzgamiento, la imposibilidad real e insuperable de remitirle el expediente con el fin de que esta fuese quien fallara en primera instancia y hacer efectivo el derecho al accionante de impugnar el primer fallo como manda el Acto Legislativo 01 de 2018, tal como lo hizo a partir del 18 de Julio de 2018, fecha en la que se creó la Sala Especial de Primera Instancia.

Y en segundo lugar, como no se habría podido crear la Sala que conocería en primera instancia, la Sala de Casación Penal, no podía quedarse a esperar a que la constituyera para tomar una decisión, debía definir la responsabilidad del señor Morales en el menor tiempo posible, dado que una omisión de esa naturaleza habría implicado la vulneración de un derecho fundamental y el desconocimiento del deber de administrar justicia con celeridad y diligencia porque muy posiblemente el fallo hubiese sido expedido no en Mayo sino en Noviembre de 2018, aproximadamente.

Dicho lo anterior, la Sala concluye entre tantas cosas, lo siguiente:

- A. La Sentencia condenatoria del 31 de mayo de 2018 en única instancia no incurrió en ningún defecto orgánico dado que la Sala Especial de Primera Instancia no había entrado en funcionamiento y además la Sala de Casación

Penal no debía esperar a que la crearan, pues debía proteger el derecho fundamental del actor al debido proceso y cumplir con su obligación de administrar justicia de forma celeridad, y, porque no estaba habilitada por una norma legal para suspender el proceso por un cambio en la competencia, adicionalmente asegura que para que se configure un defecto orgánico no es suficiente alegar la falta de competencia del funcionario judicial, sino que corresponde demostrar que desde todo punto de vista la autoridad judicial no estaba investida de la potestad de administrar justicia.

- B. Tanto la Sentencia condenatoria del 31 de mayo de 2018 en única instancia, donde señala en su numeral noveno que contra esta providencia no procede recurso alguno y como el auto proferido el 6 de julio de 2018, por medio del cual la Sala de Juzgamiento rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia condenatoria, si incurrieron en una vulneración directa a la Constitución Nacional y que aunque la Sala de Juzgamiento tuviera la competencia para fallar, no tenía la potestad de restringir de manera absoluta la eficacia directa del Acto Legislativo 01 de 2018 en cuanto a la doble instancia.
- C. El Acto Legislativo 01 de 2018, forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso lo que supone que tiene eficacia jurídica directa, es decir, que puede ser exigido de manera inmediata, incluso cuando su regulación constitucional es escasa o solamente enunciativa, como ocurre en este caso.
- D. Así no estuviese reglamentado el AL 01 de 2018, la Corte contaba con más opciones con el fin de otorgarle el acceso a una segunda instancia al accionante, ya fuese ajustando el reglamento a la nueva norma constitucional tal como se lo permite el numeral 6 –ahora numeral 9– del artículo 235 de la Constitución y; la designación de conjueces, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 99.6 y 103 de la Ley 600 de 2000, los cuales sí habrían protegido el derecho del señor Morales a impugnar el fallo condenatorio.

La Sala, no vulneró su derecho a la igualdad, toda vez que, está demostrado que si bien el 19 de abril de 2018 el magistrado ponente registró los dos proyectos de sentencia, en el caso del exsenador Ramos no hubo consenso en la discusión, por lo que los magistrados que integran la Sala formularon observaciones y objeciones al proyecto de fallo, situación que impidió dictar sentencia en ese caso y que fue resuelta una vez integraron la Sala Especial de Primera Instancia y que este era causal de justificación del porqué del trato diferencial.

**vii. Transcripción de algunos numerales de la parte resolutive**

“Resuelve (...)

SEGUNDO: REVOCAR la Sentencia proferida el 31 de octubre de 2018 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Martín Emilio Morales Diz

TERCERO. - DEJAR SIN EFECTOS el numeral noveno de la parte resolutive de la Sentencia condenatoria adoptada el 31 de mayo de 2018 por la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente radicado con el número 49.315.

CUARTO. - DEJAR SIN EFECTOS el auto aprobado el 6 de julio de 2018 por medio de cual la Sala de Juzgamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia rechazó por improcedente el recurso de apelación presentado contra la Sentencia referida en el numeral anterior.

QUINTO. - ORDENAR a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que dé aplicación a lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, en lo que corresponda, para efectos de la sustentación y trámite del recurso de apelación formulado por el señor Martín Emilio Morales Diz contra la sentencia condenatoria emitida en su contra el 31 de mayo de 2018.

SEXTO. - ORDENAR a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que dé aplicación a lo preceptuado en el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución, a cuyo tenor le corresponde resolver la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena. Con esta finalidad, y de ser necesario, deberá proceder a la designación de conjueces.

SÉPTIMO. - EXHORTAR, una vez más, al Congreso de la República, a que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho a la impugnación de la primera Sentencia condenatoria en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 235, numerales 2, 6 y 7, de la Constitución”. (Sentencia SU-373/19, 2019).

En consecuencia con este fallo, evidenciamos la vulneración de derechos a la que estuvo sujeto el señor MEMD, en cuanto a la doble instancia y el principio de legalidad. Además de lograr recurrir a la impugnación, también le abre el camino a las demás personas, que como él, cuentan con el fuero especial para que impugnen la sentencia condenatoria, siendo esto un gran avance para alcanzar la confianza en la justicia.

### **viii. Análisis e Interpretación**

Lo primero sobre lo que nos pronunciaremos será del procedimiento Penal en el que se vio inmerso el aquí accionante, en cuanto a la imputación realizada y la condena emitida.

Evidenciando que la diferencia entre lo acusado y lo condenado parte básicamente del cuestionamiento acerca de la calidad de determinador de homicidio agravado, esto pues, por falta de elementos materiales probatorios no se pudo evidenciar la participación como determinador del accionante en el hecho en contra del ex alcalde de San Antero. En los demás hechos se logró comprobar la participación del señor MEMD en los delitos narrados

En el escrito de la acción de tutela, el accionante pretende que se le ampare el derecho al debido proceso partiendo de dos vulneraciones, la del debido proceso y la del derecho a la igualdad. Frente al debido proceso, lo alega desde la perspectiva de la doble instancia, el defecto orgánico y la vulneración a la constitución, lográndose demostrar que si bien, hay una vulneración directa a nuestra carta política, no se puede hablar de un defecto orgánico pues al momento de darse el fallo condenatorio en contra del señor MEMD la Sala Especial de primera instancia, aún no estaba constituida, y por ende no habría lugar a una vulneración desde el punto de vista orgánico.

Cabe resaltar que aunque la Sala Especial no estaba conformada, la Corte no debía rechazar de plano la impugnación como lo hizo en el fallo de primera instancia, por el contrario, debía realizar todos los actos necesarios para garantizarle ese derecho a la doble instancia, ya fuese con el llamado a conjueces o con la división de cargos de la Sala, donde seis Magistrados conocen en primera instancia y tres Magistrados de la doble instancia, lo cual está permitido por la ley.

Otra de las vulneraciones que alega el accionante fue la del derecho a la igualdad, toda vez que cuando el magistrado ponente presentó a la Sala de la Corte la intención de fallo del caso del señor MEMD, también presentó la del exsenador Ramos Botero, donde en el primer caso la Sala en pleno no tuvo reparo alguno y bastó una reunión para convenir el fallo mientras que en el segundo caso la Sala tuvo que reprogramar audiencia para debatirlo. Suceso que conllevó a que el proceso de Ramos Botero se postergara en el tiempo y cuando se constituyó la Sala Especial de Primera Instancia, su proceso debió ser trasladado a la misma por lo que se le garantizó el derecho al debido proceso mientras que en el caso del señor MEMD no, motivo por el cual sustentó una supuesta discriminación racial, alegatos que no tienen cabida, toda vez que todo se debió a motivos del paso del tiempo y a las diferentes posturas frente a la participación o no del señor Ramos Botero en los delitos acusados.

El fallo de la acción de tutela expedido por la Corte Constitucional es acorde a derecho, protege y garantiza un derecho fundamental, regulado por tratados internacionales y por la normas internas, dándole fin a una vulneración directa a la constitución y ordenando una corrección inmediata a los sentidos de fallo expedidos por la CSJ sobre los aforados constitucionales.

## **6. Cumplimiento del segundo objetivo planteado**

La elaboración del segundo objetivo, tuvo como eje central la retroactividad de la ley y su aplicación a un caso en concreto; hablando desde el comportamiento de la ley en el tiempo, prosiguiendo con posturas jurisprudenciales y doctrinarias tal como la Sentencia C792/14 para finalmente hacer el análisis detallado de la Sentencia SU373/19.

La importancia del análisis de la Sentencia C-792/14 es fundamental para nuestra monografía que eventualmente venimos realizando a lo largo del año 2019 y 2020, pues aterriza la realidad de los aforados constitucionales, quienes son los sujetos de estudio en el presente. Y es en esta Sentencia, donde la Corte Constitucional por medio de la resolución de una Acción de Inconstitucionalidad promovida por una ciudadana que resalta las desigualdades y demanda por inconstitucionales varios artículos del código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004), haciendo que la Corte cambie su línea jurisprudencial y admita aplicar los derechos fundamentales de la Doble Instancia y Doble Conforme para los aforados constitucionales.

Queda también demostrada una falla legislativa por parte del Congreso, pues es quien la Corte exhortó para que diera desarrollo y tomara decisiones de carácter político, donde queda claro la ineptitud legislativa del Congreso de la República. Adicional, desde la Sentencia SU-373/19, logramos evidenciar los reiterados llamados de atención que le ha hecho la Corte al Legislativo, incitando a la regulación del Acto Legislativo 01 de 2018 y su aplicabilidad en el tiempo a partir de su promulgación. Tema que había tenido diferentes interpretaciones pero que es a partir de la sentencia de unificación en mención, que la Corte estipula la manera en que se debe entender, interpretar y aplicar.

Finalmente, es importante mencionar que mientras elaborábamos el presente capítulo, la CSJ Sala de Casación Penal por auto AP2118 – 2020, brindó a todos los aforados condenados en primera instancia, a las personas condenadas en segunda instancia y en sede de casación entre el 30 de enero del 2014 y el 17 de enero de 2018, la oportunidad de impugnar la sentencia.

Lo anterior, con base en que fue a partir del año 2014, que se exhortó al Congreso de la República para que en el periodo de un año regulara el derecho a impugnar la sentencia condenatoria garantizando el derecho a la doble conforme y a la doble instancia

según el caso. Y que sería a partir de ese momento en que aplicaría esa garantía y ante un superior jerárquico o funcional de quien expidió la condena en primera instancia.

## Conclusiones

Tras lo expuesto en los capítulos anteriores, damos cuenta de que en el Estado social de Derecho colombiano existen aún una cantidad de desigualdades procesales sobre quienes tienen la calidad de aforados constitucionales y sobre quienes no la tienen.

Durante el primer momento de estudio “casuístico” o jurisprudencial pudimos ver la evidente desigualdad procesal y la inminente vulneración y violación de los Derechos Humanos, Constitucionales, Civiles y Políticos en los que desde la promulgación de la Carta Fundamental de 1991 e incluso antes se ven inmersos los aforados constitucionales. Y aún luego de expedido el Acto Legislativo 01 de 2018 quedan todavía inquietudes que motivan a indagar en el tema.

Para nosotros la segunda instancia planteada en el Acto Legislativo expedido, no cumple a cabalidad con los requisitos que la norma internacional así lo ordena, pues interfiere con los fundamentos de imparcialidad, al ser la misma corporación quien conoce de la apelación de éstas impugnaciones, dejando a un lado el sentido de superior jerárquico.

La Corte Constitucional en Sentencia C-095/03 define la doble instancia y establece que es necesaria y exige la presencia de una “estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa”, concepto que apoya nuestra propuesta de la creación de un órgano de cierre que se disponga únicamente a conocer de los recursos de apelación interpuestos a las decisiones de la CSJ.

Además de esto, tampoco se conoce que sucedería en el caso en que se le condene a un aforado constitucional en su segunda instancia, momento en el que se vería la doble conformidad o apelación especial, al no existir como decíamos anteriormente, un órgano diferente, imparcial, que garantice la posibilidad de corregir posibles errores, pues es una de sus finalidades.

Con el fin de solventar la vulneración de esta garantía constitucional que se ha venido presentando, al no existir dicho órgano superior que le garantice la posibilidad de plena conformidad a las normas y tratados internacionales suscritos por el Congreso de la República, no puede hablarse del cumplimiento pleno del derecho, en el sentido estricto tendría que existir un órgano diferente a la Corte Suprema de Justicia, que en tales casos se recurra para así generar la confianza de que la imparcialidad de las decisiones se cumplen a cabalidad

Por dicha razón consideramos inconcebible que la misma corporación trate de corregirlos; es claro que han existido excepciones que deben ser “razonables y

proporcionales” según la Corte Constitucional, y que no vulneren el derecho a la igualdad y respeten las garantías fundamentales del debido proceso, como lo son, los derechos de defensa, de contradicción y de acceso a la administración de justicia, por lo tanto según lo expresado durante el planteamiento del problema y desarrollo teórico de éste, creemos que se da un trato desigual.

Desde 1991 los aforados constitucionales en materia penal, no contaban con la posibilidad de impugnar las sentencias que han sido desfavorables para éstos; es por ello que reiteramos que en Colombia debe existir un órgano definitivo de cierre, que cumpla exclusivamente con revisar la impugnación de sentencias proferidas contra aforados constitucionales sin excepción alguna, así mismo como las apelaciones especiales o doble conformidad cuando su primera condena se ha dado en el recurso de apelación.

En el Acto Legislativo 01 de 2018, se resuelve un problema evidente que desde hace décadas en el Estado Social de Derecho se ha violentado, como lo es el derecho a la doble instancia para aforados constitucionales. El cual no tuvo la intención de resolver para quienes ya fueron condenados, quienes ya cumplieron su pena, quienes posiblemente tuvieron un procedimiento y un proceso penal erróneo; planteada esta problemática, es indiscutible la necesidad de indagar sobre la retroactividad de estas decisiones.

Nuestra apreciación sobre el problema que se planteó a lo largo de nuestra monografía es evidente, existen a la fecha violaciones a derechos fundamentales, la Corte Constitucional así lo ha reconocido y planteado, ha brindado unas soluciones que no han sido contundentes y congruentes con las apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia, tanto así que en los últimos días a nivel nacional se han podido evidenciar.

Lo anterior, toda vez que no es lógico que en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, los ciudadanos deban acudir a la acción de tutela para lograr garantizar un derecho constitucional dada la omisión del Congreso de la República de regular el acceso a a impugnación del fallo de primera instancia o doble conforme.

Por consiguiente, siendo coherentes con nuestro primer postulado que concluye sobre la importancia de la creación de un órgano diferente a la Corte Suprema de Justicia, resolvemos también, de acuerdo con los fundamentos teóricos citados durante toda la monografía, indicando la necesidad de garantizar en el tiempo, la posibilidad de apelar o recurrir las decisiones tomadas en única instancia por la Corte Suprema de Justicia.

Las apreciaciones anteriores tienen sentido en cuanto a que los fenómenos que aquí evidenciamos son de carácter altamente importante, pues fueron los derechos declarados como categorías superiores los que aquí se ponen en tela de juicio. Atendiendo la jurisprudencia internacional y en vista de las decisiones que recurrentemente se toman en la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible que todas las personas juzgadas durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1991 tengan derecho a recurrir las decisiones, sin la necesidad de acudir a otros mecanismos para su realización.

Seguidamente, en nuestro segundo análisis contenido en capítulo II: Consideraciones sobre la retroactividad de la ley, hicimos un estudio más detallado de la Sentencia C-792/14, donde encontramos unas eventuales inconsistencias por parte de la Corte Constitucional:

o La primera se denota en cuanto a que la Corte dentro de sus límites para resolver las decisiones, determina que cuando existen vacíos legislativos o normas que no son acordes con los presupuestos constitucionales, puede “llenarlos”, legislando entonces de manera que se reconozcan derechos que evidentemente van a seguir violentándose.

o La Corte Constitucional exhorta al Congreso de la República para que en el término de un año, contado desde el momento de promulgación de la Sentencia C-792/14 se legisle sobre el tema y se desarrolle el derecho a la Doble Instancia y Doble Conforme. (Sentencia C-792/14, 2014).

Frente a la retroactividad de la ley, la CSJ Sala Casación Penal, el día 3 de septiembre del presente año por auto AP2118 – 2020, estipuló que podrán ser objeto de impugnación los fallos condenatorios dictados desde el año 2014 hasta el año 2018 a los aforados constitucionales y a los ciudadanos sin fuero constitucional condenados en segunda instancia. Desde este punto de vista, los requisitos para que las sentencias condenatorias sean revisadas son: 1) haber impugnado la sentencia condenatoria o haber interpuesto recurso extraordinario de casación, según el caso; 2) que dicha impugnación hubiese sido inadmitida siendo fiel muestra de la imposibilidad de acceder a la justicia; y 3) que la Corte no se hubiera pronunciado de fondo en la impugnación, puesto que, si lo hizo, quedaría satisfecha la garantía de la doble instancia y doble conforme.

Lo anterior fue con base en el precedente que creó la Corte Constitucional el pasado mes de julio, donde a un ciudadano colombiano, en calidad de aforado constitucional se le tuteló el derecho a la doble instancia.

La doble instancia materializada en la impugnación del fallo condenatorio, es adaptada por la Corte debido a su reconocimiento internacional, volviéndose esta de obligatorio cumplimiento en nuestra reglamentación interna desde 1991.

Es por esto que la retroactividad que plantea la CSJ para el acceso a la posible revisión en cumplimiento a las sentencias de unificación expedidas por la Corte Constitucional, deja en una condición desigual a los aforados y no aforados condenados

entre el año 1991 y 2014, perpetuando así una vulneración de derechos fundamentales y el no acceso a las garantías planteadas.

Cómo esta garantía viene desde el PIDCP ratificado por el gobierno nacional desde el año 1973 así como la CADH vigente desde el año 1978, este pronunciamiento no subsana la vulneración latente de todos los condenados en primera instancia, toda vez que dejan por fuera de la garantía a las personas condenadas desde 1991, momento en el cual se hacía exigible el cumplimiento de los mandatos internacionales, al tener igual fuerza de ley que la misma Constitución por la expedición del Bloque de Constitucionalidad, y por ende la garantía de los derechos fundamentales suscritos por Colombia en los diferentes tratados internacionales, se vuelven de obligatorio cumplimiento y toda vulneración debe corregirse inmediatamente.

Como bien se ve, en Colombia esa vulneración lleva veintinueve (29) años y muy posiblemente ya hayan aforados constitucionales con condena cumplida, evidenciándose a nuestro punto de ver, una falla en el servicio de justicia por parte del Estado, lo que podría llegar a grandes sanciones por parte del Consejo de Estado.

En síntesis, en Colombia no ha existido un interés político para legislar sobre el tema que durante años ha violentado el Estado Social de Derecho colombiano, cuando se ha intervenido el tema se evidencian grandes vacíos jurídicos de carácter fundamental que terminan dejando temas de análisis; las altas Cortes en especial la Corte Constitucional ha delimitado su alcance en las decisiones que ha tomado sobre el tema, algo que ha sido causante de las violaciones a la Constitución, tema que a nuestro punto de ver, debe ser revisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## Bibliografía

Aguilar, G. (2020). Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de los tratados. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 19. 357-398. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v19/1870-4654-amdi-19-357.pdf>

Arboleda, M. (2009). *Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado*. Bogotá: Leyer.

Campos, J. (2016). El derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad: una contradicción inexistente. *Revista Judicial*, (118), 147-158. Recuperado de: [https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista\\_118/PDFs/08\\_archivo.pdf](https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista_118/PDFs/08_archivo.pdf)

Código de Procedimiento Penal - Ley 906 (2004). (República de Colombia). *Código Penal: Ley 599 de 2000. Códigos de Procedimiento Penal: Ley 906 de 2004 - Ley 600 de 2000 (19ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Legis.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*, San José, Costa Rica. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Congreso de Colombia (2004). *Ley 906 de 2004*. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)

Congreso de Colombia (2018). *Acto legislativo N° 01 de enero de 2018*. Recuperado de: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%2018%20DE%20ENERO%20DE%202018.pdf>

Constitución Política de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia - 1991(38ª Ed.)* Bogotá, Colombia: Legis.

Corte Constitucional (1992). *Sentencia No. T-406/92* [MP. Ciro Angarita Barón]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Corte Constitucional (1993). *Sentencia No. C-142/93* [MP. Jorge Arango Mejía]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1993/C-142-93.htm>

Corte Constitucional (1993). *Sentencia No. C-345/93* [MP. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-345-93.htm>

Corte Constitucional (1995). *Sentencia No. SU-327/95* [MP. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU327-95.htm>

Corte Constitucional (1996). *Sentencia T-669/96* [MP. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-669-96.htm>

Corte Constitucional (1997). *Sentencia C-411/97* [MP. José Gregorio Hernández Galindo]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-411-97.htm>

Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-329/01* [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-329-01.htm>

Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-836/01* [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional (2002). *Sentencia C-131/02* [MP. Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-131-02.htm>

Corte Constitucional (2003). *Sentencia C-095/03* [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-095-03.htm>

Corte Constitucional (2004). *Sentencia C-154/04* [MP. Álvaro Tafur Gálvis]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-154-04.htm>

Corte Constitucional (2004). *Sentencia C-377/04* [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-377-04.htm>

Corte Constitucional (2005). *Sentencia C-177/05* [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-177-05.htm>

Corte Constitucional (2005). *Sentencia C-590/05* [MP. Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>

Corte Constitucional (2006). *Sentencia C-028/06* [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>

Corte Constitucional (2006). *Sentencia C-370/06* [MPs. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis & Clara Inés Vargas Hernández.]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>

Corte Constitucional (2006). *Sentencia C-934/06* [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-934-06.htm>

Corte Constitucional (2007). *Sentencia C-396/07* [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>

Corte Constitucional (2008). *Sentencia C-545/08* [MP. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-545-08.htm>

Corte Constitucional (2009). *Sentencia T-389/09* [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-389-09.htm>

Corte Constitucional (2011). *Sentencia C-371/11* [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-371-11.htm>

Corte Constitucional (2011). *Sentencia C-540/11* [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-540-11.htm>

Corte Constitucional (2011). *Sentencia C-818/11* [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-818-11.htm>

Corte Constitucional (2011). *Sentencia T-110/11* [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-110-11.htm#\\_ftn27](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-110-11.htm#_ftn27)

Corte Constitucional (2012). *Sentencia C-254A/12* [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-254A-12.htm>

Corte Constitucional (2014). *Sentencia C-269/14* [MP. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-269-14.htm>

Corte Constitucional (2014). *Sentencia C-792/14* [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm>

Corte Constitucional (2016). *Sentencia C-179/16* [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-179-16.htm>

Corte Constitucional (2016). *Sentencia C-327/16* [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-327-16.htm>

Corte Constitucional (2016). *Sentencia SU215/16* [MP. Maria Victoria Calle Correa]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU215-16.htm>

Corte Constitucional (2017). *Sentencia C-166/17* [MP. José Antonio Cepeda Amarís]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-166-17.htm>

Corte Constitucional (2019). *Sentencia SU217/19* [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU217-19.htm>

Corte Constitucional (2019). *Sentencia SU218/19* [MP. Carlos Bernal Pulido]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU218-19.htm>

Corte Constitucional (2019). *Sentencia SU373/19* [MP. Cristina Pardo Schlesinger]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU373-19.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009*. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012* [MP. ]. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf)

Corte Suprema de Justicia (2010). *Procesos contra aforados constitucionales - parapolítica-: compilación de decisiones de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá, Colombia: Centro Internacional de Justicia Transicional.

Corte Suprema de Justicia (2020). *AP2118-2020*. Recuperado de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/09/05/doble-conformidad-impugnacion-especial-4/>

Cubides, J., Chacón, N. & Martínez, A. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94

Fernández, W. (2019, 11 de septiembre). La condena del absuelto y la doble conformidad judicial. *Legis Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/la-condena-del-absuelto-y-la-doble>

Fundación Acción Pro Derechos Humanos (1984). *Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Recuperado de: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1984-Protocolo07-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm>

González, D. (2016). “La doble instancia es una garantía del Estado social de derecho”. *Legis Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/constitucional-y-derechos-humanos/la-doble-instancia-es-una-garantia-del>

González, D. (2019). El viacrucis de la doble instancia para aforados. *Legis Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/relaciones-exteriores-e-internacional/el-viacrucis-de-la-doble-instancia-para>

Jiménez, M. & Yáñez, D. (2017). Los procesos de única instancia en el código general del proceso: la garantía constitucional del debido proceso y la doble instancia. *Prolegómenos*, 20(39), 87-104. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2725>

M. P. Patiño, E. (2019). *Sentencia AP1263-2019*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá, Colombia. Recuperado de: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1abr2019/AP1263-2019\(54215\).PDF](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1abr2019/AP1263-2019(54215).PDF)

M. P. Salazar, P. (2019). *Sentencia AP3982-2019*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá, Colombia. Recuperado de: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1oct2019/AP3982-2019\(51142\).PDF](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1oct2019/AP3982-2019(51142).PDF)

Martínez, J. (2016). *El recurso adecuado y efectivo para proteger el Derecho de Impugnación y el Principio de la Doble Instancia* (tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Mendieta, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. *Vniversitas*, (120), 61-84

Naciones Unidas Derechos Humanos (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Nisimblant, N. (2011). *Derecho probatorio*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Ortiz, J. (2006). La doble instancia en materia penal. Estado actual y perspectivas de futuro. *Revista Persona y Derecho*, 55, 701-709. Recuperado de: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/14694>

Perea, A. (2018). *Análisis Crítico de la Única Instancia para los Aforados Constitucionales* (tesis de pregrado). Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia.

Presidencia de la República de Colombia (1991). *Decreto <Ley> 2591 de 1991*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html)

Ramírez, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías. Límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, L. & González, A. (2017). La Constitución Política de Colombia y su excepción al principio de la doble instancia en materia penal para aforados. *Hipotesis libre*, (17). Recuperado de: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/275/272>

Ramírez, M. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Redacción Judicial. (2020) Los 24 condenados por la Corte Suprema que serían beneficiados por fallo de Andrés Felipe Arias. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-24-condenados-por-la-corte-suprema-que-serian-beneficiados-por-fallo-de-andres-felipe-arias-articulo-920953/>

Roa, J. (2014). *Violaciones al debido proceso en causas penales seguidas a congresistas colombianos en la Constitución vigente* (tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Rojas, M. (2011). *Apuntes sobre la ley de descongestión 1395 de 2010* (2a Ed.). Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley

Taylor, S. & Bogdan, R. (1987). *Introducción a métodos cualitativos de investigación*. Barcelona, España: Editorial Paidós.

Yáñez, D. & Yáñez, J. (2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), pp. 7-34. Recuperado de: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/17>