

EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PARA LOS AFORADOS CONSTITUCIONALES EN CONCORDANCIA CON EL RECONOCIMIENTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD Y FAVORABILIDAD EN COLOMBIA.

Laura Juliana Ramírez Díaz¹

RESUMEN

En Colombia desde la promulgación de la constitución de 1991, se reconoció el derecho a la doble instancia en materia penal, aplicado a la población en general a excepción de aquellos servidores públicos que estuviesen investidos por fuero constitucional, ya que ellos bajo mandato constitucional eran investigados y juzgados en procesos de única instancia; es así, como en 2014, la Corte Constitucional en sentencia C 792 reconoció la omisión normativa no solo en los casos en que se veían inmersos los aforados constitucionales, sino además en los casos en que se dicten sentencias condenatorias por primera vez en segunda instancia en procesos “ordinarios”, ya que se violaba el derecho al debido proceso y demás garantías procesales.

De esta forma, se emitió el Acto Legislativo 01 de 2018, en el cual se reguló el cumplimiento de la doble instancia para aforados constitucionales y el reconocimiento a la doble conformidad o derecho a la impugnación, no obstante, no se legisló sobre un sistema de transición normativa, entre los ya condenados bajo legislación anterior y la recién emitida reforma, siendo punto de discusión la aplicación retroactiva y favorable de la norma. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia resolvió dicho conflicto al emitir la sentencia SU 142 de 2020, decidiendo solicitud de aplicación retroactiva de los beneficios dados por el Acto Legislativo

¹ Abogada egresada de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja (Boyacá), Estudiante de la especialización en Derecho Penal y Procesal Penal con materias finalizadas de la misma universidad. El presente artículo de investigación presentado como requisito para optar el título de especialista en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja, bajo la asesoría del Doctor Manuel Rodríguez Acevedo. Correo electrónico: laura.ramirez27@gmail.com.

01 de 2018 al exministro Andrés Felipe Arias, y regulando de esta misma forma el reconocimiento bajo los mismos términos a aforados condenados, pero que sus fallos aún estuviesen generando efectos jurídicos a futuro luego de la entrada en vigencia de la reforma constitucional.

PALABRAS CLAVE: Doble instancia, Doble conformidad, Aforados Constitucionales, , Principio de Legalidad, Principio de Retroactividad, Principio de Favorabilidad, Debido Proceso, Garantías procesales, Sentencia C 792/14, SU 146/20, Acto Legislativo 01 de 2018.

ABSTRACT

In Colombia, since the promulgation of the 1991 constitution, the right to double instance in criminal matters was recognized, applied to the population in general, with the exception of those public servants who were invested by constitutional jurisdiction, since they were investigated under constitutional mandate. and judged in single-instance processes; This is how, in 2014, the Constitutional Court in judgment C 792 recognized normative omission not only in the cases in which the constitutional judges were immersed, but also in the cases in which convictions were issued for the first time in second instance in processes “ordinary”, since the right to due process and other procedural guarantees were violated.

In this way, Legislative Act 01 of 2018 was issued, by means of which compliance with the double instance for constitutional appraisers and the recognition of double conformity or right to challenge was regulated, however, no transition system was legislated regulation, between those already sentenced under previous legislation and the recently issued reform, being a point of discussion the retroactive and favorable application of the norm. Finally, the Supreme Court of Justice resolved said conflict by issuing judgment SU 142 of 2020, deciding to request the retroactive application of the benefits given by Legislative Act 01 of 2018 to former Minister Andrés Felipe Arias, and regulating in this same way the recognition under

the same terms to sentenced offenders, but that their rulings were still generating legal effects in the future after the entry into force of the constitutional reform.

KEY WORDS: Double instance, Double compliance, Constitutional Appraisals, Principle of Legality, Principle of Retroactivity, Principle of Favorability, Due Process, Procedural Guarantees, Judgment C 792/14, SU 146/20, Legislative Act 01 of 2018.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de investigación tiene como temática principal el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal de la doble instancia y la doble conformidad en Colombia en relación con el reconocimiento al principio de favorabilidad y el reconocimiento retroactivo de la ley penal para los aforados constitucionales. Esta es una problemática social y jurídica que se presentó debido al desconocimiento de dichas garantías judiciales a personas condenadas penalmente por primera vez en segunda instancia y a servidores públicos cobijados bajo fuero constitucional, además que dichas garantías no solo están reconocidas a nivel constitucional sino convencional, al estar inmersas en el Bloque de Constitucionalidad.

La investigación realizada a dicha problemática pretende indagar acerca de la brecha de desigualdad que se dio antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 para los casos anteriormente mencionados, y cómo luego de promulgada dicha reforma constitucional se podría acceder a las garantías judiciales de la doble instancia y el derecho a la impugnación de forma retroactiva y favorable para quienes tuviesen derecho a la misma, bajo un marco de transición normativa dado por la sentencia SU 142 del 2020.

Es así como, a grandes rasgos se abordarán conceptos tales como: ¿Qué es un fuero?, ¿Qué clases de fuero existen en Colombia?, ¿Qué implicaciones conlleva el estar cobijado por un fuero constitucional?, entre otros interrogantes que están estrechamente ligados frente a los altos funcionarios condenados penalmente en procesos de única instancia, a los cuales no se les daba un reconocimiento al

debido proceso y sus garantías, pues a través de este derecho se materializa el límite al *ius puniendi*; De esta forma, surge la pregunta problema de la presente investigación del cómo y quiénes serían beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2018, bajo el marco de los principios de Favorabilidad, Retroactividad, Seguridad Jurídica y Cosa Juzgada.

Es por ello que, para dar un correcto abordaje al tema, se dará desarrollo de manera integral a un objetivo general y tres objetivos específicos, expuestos mediante capítulos lo cuales nos darán orientación acerca de: I) Establecer y dar un abordaje a la Doble Instancia y la Doble Conformidad como derechos reconocidos en la Constitución Política y normatividad internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 8.2 H, el cual trata acerca de las garantías judiciales y los derechos que tiene el procesado e inculcado dentro de un juicio penal, adicional al desarrollo jurisprudencial y legislativo que se ha dado en Colombia sobre el reconocimiento de dichas garantías para todo ciudadano en general, II) Analizar el alcance e importancia de los principios dentro de un ordenamiento jurídico, y cómo estos al ser mandatos de optimización que irradian validez a todas las decisiones tomadas bajo un Estado de Derecho, son de primordial aplicación en cualquier caso, dando posteriormente un enfoque a los principios que interesan dentro de la presente investigación como son: La Favorabilidad y Retroactividad, y cómo surge una correlación entre los mismos, III) Un abordaje completo sobre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, cuál ha sido su alcance, la transformación a la Doble Instancia y la Doble Conformidad, y cómo mediante el mismo se emite la sentencia SU 142 del 2020, en la cual se regula el sistema de transición normativa para el reconocimiento de la favorabilidad y retroactividad, asegurando los principios de Cosa Juzgada y Seguridad Jurídica.

La metodología utilizada será mediante una investigación tipo teórica con un enfoque empírico cualitativo y método de investigación inductivo deductivo, lo

anterior por cuanto el artículo se desarrollará bajo lineamientos de pensamiento lógico y de constructos racionales intangibles que se reflejan en la realidad jurídica y social del ordenamiento nacional, además que al ser una investigación de carácter humanista y con base en la exégesis la cual analiza la problemática social y cultural que permitirá comprender y evaluar el objeto de estudio propio de un contexto jurídico-social actual.

Las principales fuentes consultadas se encuentran en jurisprudencias de Altas Cortes como: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, además de la Constitución Política de 1991, normatividad nacional y fuentes dogmáticas de complemento a la presente investigación.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el ordenamiento jurídico-procesal colombiano existen principios, reglas y valores que rigen la actuación judicial, ya sean estos de carácter constitucional, convencional o legal, que deben regir y dirigir todo procedimiento judicial en aras que las decisiones tomadas por el servidor judicial sean conforme a la constitución nacional, y donde esta a su vez irradie validez a las demás normas del ordenamiento.

El artículo 31 de la constitución política de 1991, expresa que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”, dicho artículo trae inmersos principios y derechos tales como la legalidad, el debido proceso, la *non reformatio in peius*, y la doble instancia o principio de la doble conformidad; siendo este último una posibilidad que se tiene para enmendar o corregir errores en que haya incurrido el fallador al momento de tomar decisiones de carácter judicial por una aplicación indebida o por desconocer la Constitución o la Ley.

El principio de la doble instancia tiene como núcleo estructural el derecho a la contradicción y a la impugnación, siendo este la manifestación de desacuerdo a toda providencia judicial emitida por el funcionario competente, a través de diferentes medios como son los recursos ordinarios y extraordinarios; el artículo 29 de la Constitución Política dice que toda persona tiene derecho “... 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.”. Es así como resulta pertinente traer a colación la sentencia C 095 de 2003 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, donde la Corte Constitucional señala que:

La institución de la doble instancia subyace los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen 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, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta. (C 095, 2003)

Bajo esa misma premisa la Corte considera que si bien el Principio de Doble instancia es “independiente”, este tiene multiplicidad de finalidades como permitir que la decisión adoptada en primera instancia sea revisada por un funcionario de mayor jerarquía, pero con la misma competencia, por vulneraron de derechos y garantías o por una indebida aplicación de la norma sin importar su rango, con el único y principal fin de evitar errores judiciales. (PRETELT, 2012) Por otra parte se realiza un análisis de la relación entre el principio de doble instancia y el de doble conformidad, puesto que el segundo tiene sin duda un interés estatal en propender por garantizar la libertad de la persona y evitar que el Estado sea condenado pecuniariamente por los errores judiciales que se pueden cometer al fallar no conforme a derecho contra una persona.

Bajo este entendido, una providencia posterior a la referenciada anteriormente, y que es de suma importancia a tener en cuenta es la C 792/2014 M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ demandante María Mónica Morris Liévano, siendo esta sentencia considerada hito acerca del tema de la doble instancia; se inicia esta acción de inconstitucionalidad contra los artículos 20, 32 161, 176, 179, 179b, 194 y 481 de la Ley 599 del 2000 debido a que según la accionante los artículos demandados no prevén el derecho a la impugnación o apelación de los fallos que establecen una condena por primera vez en la segunda instancia, es decir, que si bien el ordenamiento consagra el derecho a apelar sentencias condenatorias, no tiene en cuenta la posibilidad de impugnar fallos que revocan sentencias absolutorias en primera instancia pero que imponen condena en la segunda, y es así como se desconocería no solo el derecho del debido proceso sino de la igualdad, por establecerse una omisión legislativa. Es así como la Corte ha expresado que la impugnación a la sentencia condenatoria es un derecho inmerso en la defensa y contradicción a que tiene derecho toda persona, lo cual encuentra sustento en fundamentos constitucionales y convencionales de relevancia jurídica.

Así mismo, la Corte en la mencionada providencia considera que “la impugnación es un derecho subjetivo de quien resulta condenado en un proceso penal y la doble instancia es una garantía genérica del debido proceso” (Ariza, 2019), es decir que, ese derecho subjetivo es la facultad propia de cada persona para ejercer una acción cobijado o amparado bajo una norma, en este caso de la Constitución Política. En la demanda de inconstitucionalidad presentada por la accionante, deja ver y analiza la Corte en que efectivamente se está vulnerando y limitando el derecho a la impugnación en los procesos referidos de única instancia o cuando se dicta fallo condenatorio en segunda instancia, si el primero hubiese sido absolutorio puesto que:

A través del derecho a la impugnación se otorga, por un lado, una herramienta específica y calificada de defensa a las personas que han sido declaradas

penalmente responsables y a las que se les ha impuesto una condena, y por otro, una garantía de corrección judicial de la sentencia inculpativa por medio de la exigencia de la doble conformidad judicial. (GUERRERO, 2014)

Y siendo así, sin duda se estaría limitando dicha garantía y principio general de todo proceso judicial y administrativo, que es de jerarquía constitucional y convencional amparada bajo el artículo 29 y 31 de la carta, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por la Ley 16 de 1972, donde cualquier sujeto procesal puede ampararse bajo ella cuando, por ejemplo, haya sido vencido en un juicio penal, y no este conforme con dicho fallo condenatorio, pues este es un presupuesto para que se configure dicho derecho subjetivo a impugnar o apelar; así las cosas, esta corporación considera bajo un estricto análisis, que existe un vacío legislativo por la limitación a este derecho no solo a quienes hayan sido condenados en segunda instancia sino también se verían sin duda afectados los aforados constitucionales. Finalmente la Corte falla declarando la INCONSTITUCIONAL CON EFECTOS DIFERIDOS a las expresiones demandadas, es decir que, el artículo demandado no salió inmediatamente del ordenamiento al momento de la declaratoria de inconstitucionalidad sino que se dio un plazo de un año al legislativo para que se subsanaran dichas falencias, es así como en el año 2018 se emitió el Acto Legislativo 01 el cual se desarrollará con énfasis más adelante, donde sus principales destinatarios fueron los aforados constitucionales y su derecho a la doble instancia. (C 792, 2014)

En este punto se deben resolver interrogantes tales como, ¿Qué es el fuero constitucional?, ¿Quiénes son aforados?, ¿Qué clases de aforados hay?, ¿Qué es la comisión de aforados? ¿Quiénes hacen parte de ella?, entre otras preguntas.

El Fuero Constitucional es una figura jurídica especial considerada como una “garantía de que gozan determinados servidores públicos en virtud del cargo que

ostentan, que les da la posibilidad de ser juzgados por funcionarios y a través de procedimientos especiales.” (ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, 2017). Esto se aplica a personas denominadas “aforados”, y son aquellos que, por su posición jerárquica en el orden político-gubernamental, tienen un trato y juzgamiento diferente (art. 32 Ley 906 de 2004). En Colombia existen dos clases de aforados, que son:

1. **AFORADOS CONSTITUCIONALES:** están regulados por la Constitución Política en sus artículos 174 y 235², entre los cuales podemos encontrar, por ejemplo, a Senadores, Magistrados de las altas Cortes, Almirantes de la Fuerza Pública, Gobernadores.
2. **AFORADOS LEGALES:** a esta clase de aforados los determina la Ley, como es el caso del vicesfiscal, viceprocurador, servidores pertenecientes al Tribunal Superior Militar, el Registrador Nacional del Estado Civil, los Directores Seccionales de Fiscalía, entre otros.

Además, en el Acto Legislativo 02 del 2015, o también conocido como la Reforma al Equilibrio de Poderes, se crea un organismo jurídico denominado “Comisión de Aforados” (antes Comisión de Acusación de la Cámara), la cual está integrada por

² ARTÍCULO 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.

ARTÍCULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3. 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 4. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 006 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vice fiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

cinco magistrados, y sus principales funciones son las de investigar y acusar ante el Congreso en pleno acciones de índole política e indignidad por mala conducta, es decir temas de índole disciplinario y en asuntos penales conocerá la Corte Suprema de Justicia, donde los funcionarios objeto de juzgamiento serán funcionarios judiciales, como: Magistrados de las Altas Cortes y el Fiscal General de la Nación. (MINISTERIO DE DEFENSA , 2015)

Desarrollando ya de forma sucinta las dos temáticas anteriores del Principio de Doble Instancia y el Fuero de Constitucionalidad, es de suma importancia tener en cuenta y relacionar estas dos figuras jurídicas en una única noción, y teniendo en cuenta si es posible el desarrollo y aplicación de estas a la luz del principio de retroactividad de la norma para un reconocimiento de la ley más favorable al reo.

Es importante realizar un recuento histórico acerca de los procesos llevados contra los aforados constitucionales, que será el principal énfasis, dejando de lado a los aforados legales, desde el año 91. Es así como la Constitución Política establece la competencia dada a la Corte Suprema de Justicia no solo para investigar y juzgar a los aforados (Art. 235 C.P.) con una previa acusación elevada por la Fiscalía General de la Nación, sino que se determinó como órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, es decir, la máxima autoridad de dicha Jurisdicción; así los procesos llevados por la Sala de Casación Penal contra los aforados serían considerados de única instancia, debido a que no se encontraba órgano o funcionario superior a este Tribunal, aunque dentro de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) se facultaba a la Sala Plena a conocer las impugnaciones contra sentencias que hubiese proferido la Sala de Casación Penal, sin embargo en 1996 mediante sentencia C-037 se dijo que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional estaban de acuerdo con los procesos de única instancia para los aforados constitucionales pues no iban contrario a derecho, adicionando que el ser juzgado ante un alto tribunal es la mayor aspiración de todo procesado, (GIRALDO, 2019), siendo en si la providencia emitida por esta corporación como contradictoria e incoherente con el

ordenamiento jurídico, debido a que, señalan igualmente que si bien la Constitución de 1991 en el ámbito penal plasmó el derecho a impugnar en su artículo 29, y en del Bloque de Constitucionalidad se tienen Convenciones y Pactos internacionales sobre DD.HH en los cuales se dice que se debe tener derecho a impugnar o apelar una sentencia que sea de carácter condenatorio; pero la Corte se alejó y desconoció estos lineamientos que sin duda se debían tener en cuenta, hasta que en 2014 con la sentencia C 792 que se desarrolló anteriormente, la Corte Constitucional reconoció dicho error, pues consideró la existencia de una antinomia entre el precedente, la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad y la ley, teniendo como argumento principal la existencia de un vacío legislativo y el reconocimiento a la limitación que se le daba a impugnar como derecho fundamental a los aforados constitucionales, y así exigiendo al Congreso expedir norma que regulara dicha problemática jurídica.

Es así como nace el Acto Legislativo 01 de 2018, en el cual se modificaron los artículos 234 y 235 de la Constitución Política³, debido a que la Corte Suprema de

³ Acto Legislativo 01 de 2018

ARTÍCULO 2. Adicionar el artículo 234 de la Constitución Política, el cual quedará así:- En el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena. La Sala Especial de Instrucción estará integrada por seis (6) Magistrados y la Sala Especial de Primera Instancia por tres (3) Magistrados.

ARTÍCULO 3. Modificar el artículo 235 de la Constitución Política, el cual quedará así:

2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.

6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Justicia como máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y como órgano competente para investigar y juzgar a los aforados constitucionales; quedaría estructurada internamente por la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales que así garantizaran la separación tanto de la etapa de instrucción y la de juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera, es decir que, se adicionó la Sala Especial de Instrucción y otra Sala que conocería de primera instancia, que sería la de juzgamiento, y así dando la competencia a la Sala de Casación Penal la competencia para conocer las sentencias impugnadas emitidas por la Sala de primera instancia. Sin embargo, dicho Acto Legislativo presentó vacíos al no reglamentar el procedimiento que se debía llevar a cabo ni hubo pronunciamiento de los casos que ya habían sido fallados de forma condenatoria, si fuese posible aplicar el principio de retroactividad y favorabilidad o si ya al ser cosa juzgada no procedía ninguna garantía a favor de los ya condenados.

Conforme a lo anterior, en el año 2019 la Corte Constitucional decidió no dar efectos retroactivos a la garantía de la doble instancia para los aforados por cuanto solo se podía aplicar a personas que hubiesen sido condenadas en única instancia o en segunda instancia y que no hayan podido impugnar por ningún medio la providencia desfavorable, con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018.

PREGUNTA PROBLEMA

¿De conformidad con el principio de favorabilidad es posible dar aplicación con efectos retroactivos al Acto Legislativo 01 del 2018 a los aforados constitucionales condenados antes de su entrada en vigencia, en relación a su derecho a la doble instancia e impugnación?

OBJETIVOS

I. OBJETIVO GENERAL

Establecer si de conformidad con el principio de favorabilidad es posible dar aplicación con efectos retroactivos al Acto Legislativo 01 del 2018, a los aforados constitucionales condenados antes de su entrada en vigencia, en relación con su derecho a la doble instancia e impugnación.

II. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Comprender sobre el principio de doble instancia y doble conformidad bajo una óptica histórica, doctrinal y jurisprudencial en Colombia.
2. Analizar las dimensiones y características del principio de favorabilidad en relación con la retroactividad normativa.
3. Realizar un estudio al acto legislativo 01 de 2018, y cuál es su alcance de aplicación.

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene como fin estudiar la tensión existente entre el principio de favorabilidad en relación con la retroactividad normativa y el principio de doble instancia, este último tomado como derecho que se debe garantizar a toda persona procesada y condenada en el territorio Colombiano; con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modifica los artículos 186, 234 y 235 de la constitución política y se implementa el derecho a la doble instancia de los aforados constitucionales y a impugnar la primera sentencia condenatoria que se emita en segunda instancia, nace el debate jurídico, en cuanto al reconocimiento tardío del derecho a la doble instancia de los aforados condenados antes del 18 de enero de 2018, y la aplicación al principio de favorabilidad para dar efectos retroactivos al Acto Legislativo mencionado, y así garantizar la revisión de

la sentencia condenatoria contra servidor público aforado por parte de funcionario judicial competente superior, a quien falló en primera instancia.

METODOLOGÍA

I. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de TIPO TEÓRICO por cuanto esta se desarrollará sobre un objeto ligado al pensamiento lógico y constructos racionales intangibles que se reflejan en la realidad jurídica y social del ordenamiento nacional; adicionalmente para desarrollar dicha investigación se requiere la aplicación de un pensamiento racional que se refleja mediante el análisis de fuentes tales como libros, artículos, códigos y demás instrumentos de información necesarios para indagar con precisión y certeza.

II. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

El enfoque es de carácter EMPÍRICO-CUALITATIVO debido a que la investigación a desarrollar es de carácter humanista, constructivista e interpretativa, la cual sin duda alguna está ligada a una problemática social y cultural que permitirá posteriormente describir, comprender y evaluar el objeto de estudio que es propio a un contexto jurídico-social actual y real que se represente a través de casos distintivos y ejemplificantes relacionados con la investigación a desarrollar.

III. METODO DE INVESTIGACIÓN

El método será INDUCTIVO-DEDUCTIVO teniendo en cuenta que se expondrán dos principios constitucionales contrapuestos, como lo son el principio de doble instancia y el principio de favorabilidad, los cuales serán utilizados de una forma correlacional que permitirá generar en primer término, un concepto individual de cada uno de ellos, y posteriormente llegar a un razonamiento general donde se aplicarán métodos tanto inductivos como deductivos, partiendo de casos

particulares, y así establecer un conocimiento que podrá ser aplicable a todos los casos de forma general o situaciones similares a partir de la antinomia presentada entre los principios mencionados, para llegar a un conclusión lógica, racional y jurídica acorde a la realidad.

CAPÍTULO I

1. EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA Y DOBLE CONFORMIDAD: HISTORIA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

El *Ius Puniendi*⁴, es entendido como la facultad que tiene todo Estado constituido para castigar o sancionar a sus ciudadanos mediante procedimientos restrictivos y represivos a través del derecho público, del cual se desprenden grandes e importantes ramas, como: el derecho penal, el derecho disciplinario, y el derecho administrativo de carácter sancionador; no obstante dicho poder en cabeza del Estado, no es absoluto, pues existen principios limitadores tales como el principio de legalidad, donde se ven inmersos conceptos jurídicos sobre las características de la Ley penal, la cual debe ser previa, escrita y estricta, de igual forma el principio de seguridad jurídica, el principio de intervención mínima, que resulta indispensable para la no intromisión injustificada por parte del Estado, el principio de proporcionalidad, y el principio del debido proceso, el cual se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana y que hace referencia expresa al derecho que tiene toda persona “*a impugnar la sentencia condenatoria*”; Es así como mediante los recursos impugnatorios se plasma una limitación y control al *Ius puniendi* que es ejercido también por los operadores judiciales sujetos al imperio de la ley, que tienen la potestad de castigar y sancionar conductas contrarias a derecho que pongan en peligro la armonía

⁴ El derecho de castigar del Estado o *Ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades. (Cuenca, 2007)

social; puesto que la condena en cualquier tipo de proceso judicial, sin importar su naturaleza, es considerada como una manifestación de ese poder estatal, el procesado tiene la facultad de acudir a medios impugnatorios que le permitan apelar la sentencia que no esté a su favor, ya sea porque este viciada por errores formales o materiales, siendo dichos medios limitadores al poder punitivo estatal; De esta forma, la sentencia impugnada será conocida por funcionario judicial superior independiente e imparcial para que se llegue a dar un análisis profundo para la reconsideración o confirmación de la pena a imponer, es decir, que tanto un recurso ordinario como extraordinario tiene el carácter de limitador al *ius puniendi*, adicionalmente el impugnar es un derecho de todo procesado en virtud del debido proceso, la contradicción, la doble instancia y la doble conformidad.

Desde la entrada en vigencia de la constitución política de 1991, se inició a regular lo concerniente al derecho a impugnar la sentencia condenatoria por quien resultare afectado, es así como el artículo 31 constitucional se refiere expresamente a esta posibilidad de contradicción mediante el recurso ordinario de apelación o la consulta interpuesta contra la providencia desfavorable al sujeto procesal interesado para que esta sea estudiada por otro operador judicial diferente y neutral a quien haya dictado sentencia en primera instancia, invoca dicho artículo que: “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”, es así como se ven reflejados en este aparte varios principios y derechos tanto de rango constitucional como procesal, tales como la legalidad, el debido proceso, la *non reformatio in peius*, y la doble instancia o principio de la doble conformidad; no obstante este concepto fue acogido desde el año 509 a.C. por el derecho consuetudinario en Roma, conocido como *provocatio ad populum* o “la provocación al pueblo”, el cual se fundamentaba en la posibilidad que tenía el pueblo de apelar las decisiones tomadas por los magistrados de tribunales en la antigua roma, sin embargo los efectos que tenía esta figura no se basaba en que

el pueblo tuviese la potestad para decidir sobre la pena a imponer sino que la potestad conferida era detener el proceso penal y así la autoridad judicial competente reconsideraba la pena (CONCEPTO DEFINICIÓN, 2021).

Es así, como la posibilidad de apelar una decisión judicial que afecte al procesado ha tenido también un desarrollo jurídico de carácter internacional, pues el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, tienen como función principal promover el cumplimiento y defensa de los derechos humanos de todo ciudadano. Es preciso traer a colación como punto de referencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 8.2 H, el cual trata acerca de las garantías judiciales y los derechos a que tiene lugar el procesado e inculpado dentro de un juicio penal, aduciendo que “ 2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... H) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*”; esta norma de carácter internacional funciona como parámetro de convencionalidad obligatorio para los Estados parte del “deber ser” legislativo relacionado con no solo el derecho a la doble instancia sino demás garantías como lo son la contradicción, el debido proceso y otras, a que tiene derecho el procesado.

En el caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú del 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estudia la denuncia presentada por varios ciudadanos peruanos por la presunta violación a garantías judiciales e inobservancia por parte del Estado peruano, de sus garantías judiciales y la inobservancia del deber de adecuar la legislación interna conforme a los lineamientos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que los cuatro civiles chilenos fueron detenidos en Perú, procesados por la justicia militar, juzgados por un tribunal militar y condenados a la pena de cadena perpetua por el delito de traición a la patria. (Gonzalez, 2020), los

procesados en primer término, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado de Instrucción Militar Especial, sin embargo posteriormente interpusieron recurso de nulidad contra la sentencia de segunda instancia emitida por el Consejo Supremo de Justicia Militar por cuanto, consideraron que el *Ad Quem* no había cumplido con la finalidad de la que habla la Convención Americana de Derechos Humanos, pues si bien fue un superior quien falló en primera instancia, este formaba parte de la estructura judicial militar, puesto que este segundo juzgador no contaba con independencia para fallar, ya que no se garantiza imparcialidad de dicho órgano jurisdiccional superior para emitir sentencia ajustada a derecho. Es así, como la Corte analiza la violación del artículo 8.2 H, aduciendo que esta garantía descrita en la norma tiene un carácter de inderogable puesto que el derecho que tiene una persona a recurrir un fallo condenatorio implica:

Una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados en conformidad a los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención, antecedentes que no se cumplieron en la presente causa, habiéndose en consecuencia violado el artículo 8, párrafo 2, letra h) de la Convención. (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú , 1999, pág. 59).

Posteriormente la Corte analizó a profundidad que, si bien procedió el recurso interpuesto por los interesados, y se falló posteriormente por tribunal superior militar reafirmando la condena inicial, este fallo no cumplía a cabalidad con lo dicho en la Convención (Art. 8.2 H), por cuanto si bien conoció en segunda instancia órgano o tribunal superior para la reconsideración de la pena impuesta mediante sentencia condenatoria de primera instancia, este órgano no era legítimo para fallar; lo anterior ligado estrechamente a la figura del juez natural, puesto que se considera que el servidor judicial debe ser competente, independiente e imparcial para emitir cualquier tipo de decisión, es decir que, para el caso en

concreto el tribunal que falló en segunda instancia no cuenta con estas características, puesto que hace parte de la estructura militar, no contando con la debida independencia e imparcialidad que se requiere para ser fallador. Es así, como la Corte Interamericana sentó uno de los más importantes precedentes en relación al Debido Proceso Legal, a la Doble instancia y al debido reconocimiento de las garantías judiciales.

Asimismo, y adentrándonos al tema que nos concierne, como son las sentencias condenatorias emitidas en única instancia contra aforados constitucionales; el caso Barreto Leiva vs. Venezuela del 17 de noviembre 2009, se adecúa al objeto de estudio que se pretende desarrollar en el presente artículo, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos estudia la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por la detención arbitraria y por el no reconocimiento e inobservancia del Debido proceso al ciudadano víctima, quien no tuvo derecho a apelar el fallo condenatorio en su contra por cuanto que fue la Corte Suprema de Justicia quien indagó, investigó y emitió sentencia en única instancia en su contra. Es así como la Corte entra a analizar que a lo largo de los años la corporación ha sido repetitiva en aducir que:

El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. (CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, 2009, pág. 19)

Y en relación a la calidad de aforado de un servidor público la Corte considera que:

“Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer

fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”. (CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, 2009, pág. 19)

Mientras que la figura de la doble conformidad es considerada como una total y completa revisión a la sentencia de carácter condenatorio, pues se confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. (CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, 2009, pág. 19)

Finalmente, la Corte consideró declarar responsable al Estado de Venezuela por la violación al Derecho de recurrir la sentencia condenatoria consagrado en el artículo 8.2 H de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que se impuso condena por parte de un tribunal, el cual conoció en única instancia y así el condenado no tuvo la oportunidad de apelar dicha providencia desfavorable en su contra; asimismo la Corte concluyó que aunque la condena sea proferida por órgano jurisdiccional de cierre, como es la Corte Suprema de Justicia debe existir dentro del marco legislativo y legal de cada estado un recurso eficaz capaz de dar garantías judiciales al condenado para ejercer su derecho de contradicción contra el fallo condenatorio para que este sea objeto de análisis profundo y objetivo, por medio de la creación de tribunales o salas inmersas dentro del órgano judicial colegiado de mayor jerarquía para fallar en materia penal para que estas conozcan de la segunda instancia de procesos fallados por la misma corporación pero en diferente sala, donde su competencia solo sea la de indagar, investigar y fallar en primera instancia; la consideración

dada por la honorable Corte Interamericana de Derechos humanos, fue acogida por Colombia en el año 2018 mediante el Acto Legislativo 01, sin embargo este tema se desarrollará a profundidad posteriormente.

Otro importante caso que debemos traer a colación es Liakat Ali Alibus vs. Surinam del 30 de enero de 2014, el cual hace referencia al proceso penal llevado contra Alibux Ministro de Finanzas en el periodo de 1999 y 2000, por el delito de falsificación y otros; en el desarrollo del proceso penal, el procesado adujo como medio de defensa que existía un claro desconocimiento e incompatibilidad de la Constitución de Surinam en su artículo 140, el cual estableció el procedimiento para enjuiciar a funcionarios públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones y la LAFCP (Ley sobre Acusación de Funciones con Cargos Políticos), con la Convención Americana de Derechos Humanos la cual se pronunciaba sobre la adecuación legislativa de los Estados parte para que no sea procedente ningún proceso de única instancia, adicionando el desconocimiento a la aplicación de retroactividad, puesto que el procesado fue acusado por primera vez antes de la entrada en vigencia del LAFCP. Es así como la Corte, bajo una óptica fundada sobre las garantías judiciales estipuladas en el artículo 8.2 H y su alcance consideró que:

La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. En razón de lo anterior, la Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo tiene como objetivo principal proteger el derecho de defensa, puesto que otorga la oportunidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión judicial en el evento que haya sido adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores o malas interpretaciones que ocasionarían un perjuicio indebido a los intereses del justiciable, lo que supone que el recurso deba ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Este derecho permite corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, por lo que genera una

doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. (Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, 2014, pág. 29)

Adicionalmente la Corte hace referencia acerca de la obligación que tienen los Estados para que se legisle internamente, de manera tal que se asegure el derecho a interponer el recurso correspondiente contra la sentencia condenatoria y a que se respete toda garantía tanto sustancial como procesal; adicionalmente, que dicho recurso no tenga para su procedencia diversidad de formalidades que puedan generar un obstáculo para cumplir con su finalidad, la cual es darle revisión a la condena impuesta por parte del competente, lo anterior bajo consideración del apelante, pues este lo considera perjudicial, es decir que, cualquier impugnación hecha a la providencia condenatoria debe proceder con el cumplimiento de un mínimo de requisitos para que se cumplan con las garantías alegadas, lo anterior teniendo un marco de referencia convencional-normativo, como es la Convención Americana de Derechos humanos, en especial el artículo 8. Finalmente, la Corte decide no tener en cuenta las excepciones presentadas por el Estado de Surinam en el presente caso, igualmente declara que si bien el Estado demandado no es responsable sobre la violación a los principios de retroactividad y legalidad, y al derecho a la protección judicial, este si se le es declarado responsable por la visible violación al derecho a impugnar el fallo condenatorio del funcionario público ante servidor judicial superior a quien emitió la primera providencia desfavorable, con fundamento en lo expuesto anteriormente.

En Colombia, se han realizado varios pronunciamientos por parte de las Altas Cortes respecto de la problemática jurídica en que se veían inmersas aquellas personas procesadas y juzgadas por el Sistema Penal con tendencia acusatoria que no contaban con las oportunidad de impugnar o apelar el fallo condenatorio puesto que si bien, este tema se reguló parcialmente con la expedición de la Constitución de 1991, el ordenamiento colombiano desconocía el reconocimiento

de dicho derecho a la doble instancia a personas que hayan sido condenadas en única instancia, como lo son los aforados constitucionales, o quienes hayan sido condenados en la segunda instancia únicamente, siendo este último concepto conocido como la doble conformidad. Es así, como se realizará un recorrido histórico al desarrollo legal y jurisprudencial de los más importantes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia referente a estos temas de relevancia jurídica.

1.1 LA DOBLE CONFORMIDAD: CONCEPTO, DESARROLLO Y ACTUALIDAD.

Como primer punto a desarrollar, la Doble Conformidad es un principio “innovador” procesalmente, pues si bien este se desprende del Debido Proceso, como concepto general, y a su vez del derecho a la defensa, se debe entender este como el derecho que tiene cualquier procesado a impugnar la providencia condenatoria, este derecho íntimamente ligado y desarrollado a nivel tanto constitucional como convencional, así lo adujo la sentencia C 792 de 2014, donde su magistrado ponente el Doctor Luis Guillermo Guerrero adujo que la doble conformidad debe ser tomada como un derecho constitucional y convencional, puesto que este derecho se otorga con el fin de asegurar la decisión judicial cuando se impone condena para que esta sea justa y correcta desde un punto de vista material, es decir, que la pena impuesta sea correcta, proporcional y ajustada a los hechos, además de reiterar que “...es un derecho subjetivo que integra el núcleo básico del derecho a la defensa...” (C 792, 2014); es así, como podemos inferir que la doble conformidad, desde una óptica epistemológica del deber ser, es un derecho constitucional el cual es reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 15, numeral 5)⁵. Actualmente se encuentra en estudio el Proyecto de Ley Estatutaria N° 129 de

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 15. Numeral 5. “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”

2021 ante la comisión primera de la Cámara de Representantes “Por medio de la cual se garantiza el derecho fundamental a la doble conformidad y se dictan otras disposiciones”, donde su principal objetivo es:

garantizar los derechos fundamentales a la doble instancia, doble conformidad y a la favorabilidad en el ámbito penal, para todas las personas que hayan sido o sean sujetos de una sentencia penal condenatoria de única instancia, incluidos los aforados juzgados por la Corte Suprema de Justicia. Así mismo se busca que el recurso de doble instancia y doble conformidad se interprete como una garantía atendiendo al principio de favorabilidad del condenado. (Cuellar, 2021, pág. 3)

Adicionalmente, el Representante Henry Cuellar quien presentó dicho proyecto de Ley, justifica la radicación del mismo aduciendo que la iniciativa legislativa tiene una finalidad de reconocimiento al ejercicio pleno del derecho a la impugnación contra las sentencias de carácter condenatorio, sin excepción alguna y que además de ello esta Ley se aplique de manera retroactiva; lo anterior con bases normativas nacionales e internacionales que amparan la promulgación de este nuevo dispositivo jurídico, el cual adicionaría apartes al Estatuto de la Administración de Justicia⁶ sobre las competencias de la Corte Suprema de Justicia, e impulsaría el cumplimiento del mencionado Acto Legislativo 01 de 2018, el cual será de profundo estudio y análisis posteriormente.

1.2 LA DOBLE INSTANCIA: NATURALEZA, ANTECEDENTES Y AVANCE NORMO-JURISPRUDENCIAL.

La Doble instancia es considerada un principio necesario e infaltable en un Estado de Derecho para garantizar la posibilidad de concurrir ante un juez superior de quien ha decidido en primer término para que analice, estudie y si es de su

⁶ Ley 270 de 1996.

convencimiento, modifique la sentencia condenaría contra el procesado. (Hernández, 2016, pág. 6)

Para Luigi Ferrajoli, existe un sistema de impugnaciones, en el cual se encuentra la doble instancia, donde esta es una garantía de la legalidad y de responsabilidad como limitante contra la arbitrariedad estatal; teniendo en cuenta que si bien los jueces están sometidos al imperio de la ley, estos son independientes para el estudio y toma de decisiones, como principal garantía de la arbitrariedad; pues considera Ferrajoli que, a falta de un doble examen por parte de un órgano judicial superior se verán afectados los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces, dejando a consideración la arbitrariedad estatal, el abuso o el error que pueden ser reparados en una segunda instancia. (Ferrajoli, 1996)

Sin embargo, la Corte Constitucional explica con más claridad dicho concepto de la doble instancia, aduciendo que:

El principio de la doble instancia, garantizado constitucionalmente (Art. 31 C.P.), se constituye en una piedra angular dentro del Estado de derecho, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso. Así, en materia penal, resulta de singular importancia que el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia, pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas y llegar, por tanto, al convencimiento de que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente. (C 037, 1996)

1.2.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Ahora bien, respecto de la doble instancia, y como se expuso anteriormente en los artículos 29 y 31 de la vigente Constitución Política Colombiana, se reguló inicialmente este derecho a que se pueda impugnar una sentencia condenatoria, para que esta sea conocida por un órgano judicial superior, además de quienes podían y tenían la potestad para alegar su aplicación en un proceso penal, sin embargo se dejó de lado y sin regulación alguna a aquellas personas que eran procesadas por diversos delitos teniendo una calidad jurídica y judicial especial, como lo son: los servidores públicos aforados que hayan sido condenados; no obstante el anterior Código de Procedimiento Penal, el Decreto 2700 de 1991, el cual dispuso en su artículo 16, que *“Toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas.”*, sin embargo este apartado no se refirió a temas concernientes al vacío normativo que evidentemente se estaba presentando; es así como en el año 2000, se deroga dicho Decreto, y entra en vigencia la Ley 600, conocida para ese momento como el nuevo C.P.P. el cual tendía a emplear un sistema procesal mixto con rasgos inquisitivos, y donde este regulaba la posibilidad de impugnación en su artículo 18, el cual decía expresamente que *“Las sentencias y providencias interlocutorias podrán ser apeladas o consultadas, salvo las excepciones que consagre la ley.”*, sin embargo nuevamente no se regula lo concerniente a la doble instancia para aforados condenados en única instancia, y en aquellos casos en que el procesado sea condenado por primera vez en segunda instancia; es así, como se generaba una clara limitación por parte de esta Ley a poder impugnar, por cuanto existían disposiciones de carácter excepcional para que se tuviese la posibilidad de gozar del pleno ejercicio al derecho de la doble instancia. Finalmente, se expide la Ley 906 de 2004, el cual es el actual Código de Procedimiento Penal, regula la doble instancia principalmente en el artículo 20 como un principio procesal, el cual reza *“Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo*

las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación. El superior no podrá agravar la situación del apelante único.”, sin embargo, esta última regulación no se encuentra conforme con lo dicho por el derecho internacional.

A continuación, se ilustrará los diferentes y principales cambios legislativos en Colombia sobre la Doble instancia y Doble Conformidad, cuáles han sido sus modificaciones en la historia nacional, y su alcance:

| | DOBLE INSTANCIA | DOBLE CONFORMIDAD |
|-----------------------------|---|--|
| DECRETO 2799 DE 1991 | <p>Artículo 16. <i>“Doble instancia. Toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas”</i></p> <p>Sin embargo, el recurso ordinario de apelación estaba regulado respecto a: la competencia, termino, procedencia, etc.</p> | No existía normatividad ni regulación sobre el tema. |
| LEY 600 DE 2000 | <p>Artículo 18. <i>“Las sentencias y providencias interlocutorias podrán ser apeladas o consultadas, salvo las excepciones</i></p> | No existía normatividad ni regulación sobre el tema. |

| | | |
|------------------------|---|--|
| | <p><i>que consagre la ley.”</i></p> <p>En esta norma se limita la procedencia de la apelación, siendo procedente solamente contra providencias de primera instancia, lo anterior dispuesto en los artículos 111, 118 y 191 de la derogada norma.</p> | |
| LEY 906 DE 2004 | <p>Artículo 20. <i>“Doble Instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación. El superior no podrá agravar la situación del apelante único.”</i></p> <p>Es el actual C.P.P., en esta normatividad al momento de su entrada</p> | No existía normatividad ni regulación sobre el tema. |

| | | |
|-------------------------------|---|---|
| | <p>en vigencia, dio pie a que existiera un control legal y judicial a los fallos condenatorios de segunda instancia; sin embargo, es de aclarar que no todas las sentencias condenatorias eran susceptibles de impugnación.</p> | |
| <p>LEY 975 DE 2004</p> | <p>Artículo 26. <i>“Recursos. La apelación solo procederá contra la sentencia y contra los autos que resuelvan asuntos de fondo durante el desarrollo de las audiencias, sin necesidad previa de interposición del recurso de apelación”</i></p> <p>Esta Ley si bien no modificaba o adicionaba ningún aparte normativo al código de procedimiento penal; regulaba lo concerniente</p> | <p>No existía normatividad ni regulación sobre el tema.</p> |

| | | |
|------------------------------------|--|--|
| | a la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y donde se evidencia que nuevamente se limitaba a quienes se les aplicara esta Ley, su derecho a impugnar en relación con la doble instancia y doble conformidad. | |
| ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018 | Este último pronunciamiento del legislativo estableció el derecho a la impugnación haciendo especial referencia a los aforados constitucionales que fuesen condenados; reformando artículos constitucionales como lo son: 186, 234 y 235, reformando así la estructura, competencia y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia, quien funge como juzgador en dichos casos. | Mediante la modificación realizada al artículo 235 constitucional, en el numeral 7, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, conocerá de la solicitud de doble conformidad judicial de primera condena de la sentencia proferida por magistrados de la misma sala en asuntos específicos, y de los fallos que profieran Tribunales Superiores de Distrito Judicial o Tribunales Militares. |

Cuadro de elaboración propia

1.2.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Las decisiones emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, quienes son órganos jurisdiccionales de cierre, y donde sus pronunciamientos, pueden configurarse como “precedente judicial”, que a su vez son criterios auxiliares de la actividad judicial que deben tener en cuenta los jueces al momento de tomar ciertas decisiones en casos análogos o que presenten una similitud fáctica, y que con posterioridad pueden convertirse en ⁷*doctrina probable*, es decir que, la doctrina del precedente vinculante implica que la decisión tomada por una alta Corte, con anterioridad y con un patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un nuevo caso análogo por sus hechos o circunstancias; no obstante el juez puede alejarse excepcionalmente de dicho precedente cuando existan motivos suficientes y razonables, (Medina, 2006). Es así, como iniciaremos este análisis jurisprudencial con las sentencias emitidas por estas Altas Cortes.

1.2.2.1. PRONUNCIAMIENTOS DE CORTE CONSTITUCIONAL

En primer lugar, la Corte Constitucional como principal órgano garante para la protección y respeto de la constitución política, al cual le compete velar por el estricto cumplimiento de la Carta Política; en el año 1996 mediante sentencia C 142, el Tribunal entró a estudiar la constitucionalidad de normas demandadas por cuanto el accionante consideraba que los procesos de única instancia de ciudadanos, y en particular de altos funcionarios públicos cobijados con el fuero, violaban normas constitucionales concordantes con pactos internacionales sobre derechos humanos inmersos en el bloque de constitucionalidad. Es así, como la Corte consideró que la normatividad demandada, desconocía la “preciosa garantía”, la cual es entendida como una garantía que goza todo sindicado a que

⁷ C 537 DE 2010-“*La doctrina probable es definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo similiter judicatarum.*”

tanto el *a quo* como el *ad quem* estudien, analicen y decidan en derecho la situación jurídica del interesado; de igual manera la Corte hace referencia al debido proceso penal y sus componentes, como lo es el que “*Todo sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria*”; entendiendo que, el impugnar una sentencia es el oponerse a lo resuelto por la misma, y que el recurso de revisión en los casos de proceder la única instancia, el cual es de competencia de la Corte Suprema de Justicia era un medio impugnatorio ideal para cumplir con lo dicho en el artículo 29 de la constitución (debido proceso), finalmente, se toma una clara postura aduciendo lo siguiente:

Cuando la Corte Suprema conoce en única instancia del proceso, como ocurre en tratándose de los altos funcionarios, el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia. No es acertado afirmar que el fuero consagrado en la Constitución perjudica a sus beneficiarios. (C-142, 1993).

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte decide declarar EXEQUIBLE todas las disposiciones demandadas, debido a la existencia de medios impugnatorios, como lo son los recursos ordinarios y extraordinarios, los cuales eran medios suficientes para que el condenado manifestara su desacuerdo ante la decisión desfavorable, en conclusión, la Corte adujo que “*En una u otra forma, haciendo uso de uno o más de los recursos que existen, todo reo puede impugnar la sentencia condenatoria.*” (C-142, 1993)

Por lo anterior, se hace imperioso el realizar una corta reseña a una figura jurídico legislativa importante en Colombia, para así poder dar continuidad y estructura

cronológica al presente artículo; Es el bloque de constitucionalidad⁸, el cual fue implementado a partir de 1995 con la sentencia C 225, la cual resolvió un problema de exégesis entre la supremacía constitucional y la prevalencia de tratados relacionados con los derechos humanos que fueron reconocidos, ratificados e incluidos en el ordenamiento jurídico nacional; dicha figura tiene especial relevancia para el desarrollo y evolución de diferentes problemáticas socio jurídicas que llevan inmersos derechos humanos internacionalmente reconocidos, y que a nivel nacional no se deben desconocer bajo ninguna óptica, como lo son las garantías procesales. De esta manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente al reconocimiento del derecho a la doble instancia como derecho humano plasmado en los convenios y tratados internacionales, como la Convención Interamericana de Derechos humanos⁹; es así, como en la sentencia T 477 de 1995, abordó la eficacia jurídica que deben tener los tratados internacionales sobre los derechos humanos en Colombia, y donde concluyó que estos claramente cuentan con una fuerza vinculante dentro del ordenamiento nacional, que se da por medio del bloque de constitucionalidad, y que su desconocimiento lleva a que se haga un control por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante cualquier situación en la cual proceda denuncia formal; posteriormente la Corte mediante sentencia T 568 de 1999, plantea que los pronunciamientos de los organismos internacionales son vinculantes, y que además de ello, estos son competentes para *“para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que ha asumido”*, finalmente, en 2003 la Corte Constitucional emitió sentencia C 067, donde esta es de gran relevancia jurídica, pues recordó que los

⁸ C 225 DE 1995. *“Son aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución por diversas vías y mandato de la propia constitución”*

⁹ La Convención Interamericana de Derechos humanos, menciona y define los derechos humanos, esta entró en vigencia en el año de 1978, y ha sido ratificada por más de 24 países, y donde los Estados ratificantes se comprometen internacionalmente a respetar y dar garantías para que sean respetados. (Organización de Estados Americanos-OEA, s.f.)

tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad son un límite claro al *ius puniendi* estatal, tanto en el ámbito legislativo como en la aplicación propia de lo consagrado en la Ley. (Gonzalez, 2020, pág. 66)

Tres años después de emitida la sentencia C 142 de 1993, anteriormente referida y explicada, donde la Corte se refirió a la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria y cuáles eran los medios idóneos y suficientes para hacerlo; en el año 1993, el Alto Tribunal realizó un nuevo pronunciamiento en la sentencia C 037, donde en las consideraciones el Magistrado ponente, expresó que:

El principio de la doble instancia garantizado constitucionalmente, se constituye en una piedra angular dentro del Estado de derecho, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso. (C 037, 1996)

De igual forma, la Corte adujo que la doble instancia al ser un precepto de carácter fundamental para la función del poder judicial, esta es de índole sustancial más no procesal, pues a través de esta se impone un límite al poder punitivo; no obstante, aclaró que la aplicación de dicho precepto no es general ni absoluta, puesto que para el momento existía legislación procedimental la cual indicaba claramente qué procesos serían resueltos en única instancia. Finalmente, el Alto Tribunal decide declarar EXEQUIBLES las normas demandadas, por las mismas razones expuestas en el año 1993, es decir, suficiencia de medios impugnatorios en la legislación nacional.

Así se mantuvo la posición de la Corte Constitucional por varios años aunque era evidente la incompatibilidad y tensión entre el derecho interno y el derecho internacional, por el desconocimiento al derecho de la doble instancia, reconocida como una garantía judicial dentro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1973), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1968); a

razón de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró en diferentes ocasiones cómo el Alto Tribunal Constitucional colombiano desconoció el derecho a la impugnación contra cualquier sentencia penal de carácter condenatorio sin importar la infracción cometida o el tipo de proceso penal por el que se desarrolle el caso, es decir que, todas las sentencias que determinen la responsabilidad penal pueden ser recurridas, sin que el Estado pueda limitar o restringir este derecho. (Gonzalez, 2020)

Como consecuencia de lo anterior, en 2014 se emite la sentencia C 792 donde se promueve acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 20, 32 161, 176, 179, 179b, 194 y 481 de la Ley 599 del 2000; puesto que la accionante considera que la normatividad demandada es contraria a la Constitución y a normas internacionales que salvaguardan el cumplimiento de los derechos humanos, puesto que se configura una omisión legislativa relativa al existir el vicio de inconstitucionalidad, lo anterior con fundamento en un déficit normativo al silenciar la posibilidad de poder apelar una sentencia condenatoria en procesos de única instancia o cuando se emita dicha providencia desfavorable por primera vez en segunda instancia, además que los recursos extraordinarios previstos en el derecho positivo nacional son insuficientes para cumplir a cabalidad con el derecho a la impugnación. Es así como, en las consideraciones expuestas por la Corte aduce que, el derecho a la impugnación se encuentra previsto en la constitución política (art. 29), en la CIDH (art. 8.2.h), y en el PIDCP (art. 14.5), el cual es considerado como un derecho subjetivo que integra el núcleo del derecho a la defensa, y donde este tiene una doble finalidad, la primera el ser una herramienta calificada de defensa para quienes hayan sido condenados penalmente, y segundo, este funge como garantía de corrección judicial a la sentencia inculpativa por medio de la exigencia de la doble conformidad judicial (C 792, 2014).

No obstante, la Corte hace claridad sobre la diferencia entre el derecho a la impugnación (art. 29 C.P.) y la garantía de la doble instancia (art. 31 C.P.), pues si

bien los dos son de carácter constitucional, cada uno de ellos es autónomo e independiente; puesto que la impugnación se toma como derecho subjetivo de quien resulta condenado en un proceso penal y la doble instancia la cual es una garantía genérica del debido proceso (Ariza, 2019), así la Corte hace una breve diferencia entre estos conceptos, expresando que:

...(ii) en cuanto al *status jurídico*, mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa; y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas; (iii) en cuanto al *ámbito de acción*, mientras el derecho a la impugnación ha sido concebido para los juicios penales, la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial; (iv) en cuanto a su *contenido*, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto en el mismo sentido por dos jueces distintos, la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o fases procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces distintos, pero sin importar que los fallos resultantes sean coincidentes; (v) en cuanto a su *objeto*, mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial, la doble instancia se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia; (vi) en cuanto a *la finalidad*, mientras el derecho a la impugnación atiende a la

necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto inculpativo, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente, la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial. (C 792, 2014)

En este sentido, y bajo la comparación hecha por la Corte, se hace un posterior pronunciamiento frente a los conceptos definidos y su relación con el sistema mundial de derechos humanos, donde se evidenció un desconocimiento a la normatividad internacional en los procesos de única instancia, puesto que Colombia como Estado parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), debe cumplir con los lineamientos establecidos en la CIDH y el PIDCP respecto a la obligación estatal de analizar integralmente la parte sustancial de todo fallo condenatorio, y así regirse bajo el mismo para legislar internamente, y que de esta forma no haya ningún tipo de desconocimiento a cualquier precepto que sea cobijado como derecho humano en los procesos judiciales, es decir que, es un deber constitucional del legislador el diseñar e implementar mecanismos judiciales que permitan materializar el derecho a impugnar o acudir ante un funcionario judicial superior para que sea reevaluada la sentencia condenatoria contra el procesado; así el Alto Tribunal reconoció el vacío normativo existente para el momento, y resolvió declarar las normas demandadas INCONSTITUCIONALES CON EFECTOS DIFERIDOS, obligando al Congreso a que se subsanara integralmente dicho vacío normativo en el periodo de un (1) año para que *“regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias”* (C 792, 2014), no obstante el término fue incumplido por el legislativo; Fue hasta el año 2018, con el Acto Legislativo 01, donde se reguló de forma parcial el derecho que tienen los aforados constitucionales a impugnar la sentencia condenatoria, y donde se reformó estructuralmente a la Corte Suprema de Justicia en su especialidad penal,

con la creación de la Sala Especial y de Instrucción, las cuales tendrían la competencia de investigar, acusar y fallar en primera instancia, mientras que la Sala de Casación penal mantendría sus funciones pero le sumarían el conocer de la doble instancia y la doble conformidad en los procesos de su competencia; sin embargo se le dará un análisis profundo al mencionado Acto Legislativo con posterioridad.

Finalmente, desde el año 2014 hasta la actualidad la Corte Constitucional se ha pronunciado frente al tema de estudio del presente artículo, como lo es la sentencia SU 146 de 2020, la cual es considerada como una providencia de suma importancia para el desarrollo, aplicación y total reconocimiento al principio de la doble instancia para los aforados constitucionales, pues dentro de la referida sentencia se estudia el conocido caso de Andrés Felipe Arias, ex Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural (2005-2009), quien era para el momento de la comisión del delito servidor público activo en el cargo mencionado, contando así con la calidad de aforado constitucional, a razón de la naturaleza, rango y jerarquía del cargo; se hará referencia a este caso en el desarrollo del último capítulo del presente artículo para mayor correlación y lógica entre los datos plasmados.

1.2.2.2. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/SALA DE CASACIÓN PENAL

Dentro de este acápite, se hará una breve referencia a fallos emitidos por la Sala de Casación Penal, los cuales hacen referencia a la Doble Conformidad, puesto que este es el órgano encargado de conocer de los recursos extraordinarios en el ámbito penal, y ahora de resolver problemáticas jurídicas concernientes al derecho de impugnación en relación con la doble conformidad.

La providencia STP 13406 del 2018, se da a razón que el accionante interpuso recurso extraordinario de casación, por cuanto este buscaba establecer si la

decisión tomada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira vulneró el derecho de acceso a la administración de justicia, por cuanto dicha corporación rechazó de plano la interposición del recurso de apelación contra el fallo condenatorio emitido por primera vez en segunda instancia, teniendo como argumento que el recurso no se había interpuesto en el momento procesal idóneo y que según precedente jurisprudencial emitido por la misma Sala de Casación Penal, para los fallos emitidos en segunda instancia por parte de los Tribunales Superiores procedía el recurso de casación, mas no el de apelación; adicionando que, para el caso no era procedente la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2018, por cuanto este cobijaba la doble instancia de los aforados, mas no la doble conformidad. Finalmente, la Sala decidió dejar sin efecto la ejecutoria de la sentencia condenatoria de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Pereira, y de igual forma, se ordenó permitir a los interesados en los términos previstos la posibilidad para la interposición del recurso de casación, si así lo quisieran. (Caro, 2020, pág. 64)

Para el mismo año 2018, se dictan dos providencias contra el senador suspendido para la época, el señor Martín Emilio Morales, la primera del 04 de abril del 2018, la cual hace referencia a la competencia que tiene la Sala de Casación Penal, para conocer de dicho proceso, puesto que para ese momento aún no operaba la Sala Especial de primera instancia; sin embargo el magistrado ponente propuso remitir el caso a la Sala Especial (Caro, 2020), sin embargo esta propuesta fue rechazada por cuanto que:

- En la reforma constitucional referida no se dispuso ninguna norma transitoria que permitiera la implementación inmediata de las Salas creadas.
- Por unanimidad, la Sala ha entendido que su competencia para conocer y darle trámite a estos procesos (aforados constitucionales) aún se mantiene hasta la puesta en marcha de las nuevas salas.

- No puede hablarse de una suspensión del proceso o suspensión de la actuación, pues no hay norma procedimental que lo permita en materia penal. (Caro, 2020)

Así las cosas, se reafirmó la competencia de la Sala de Casación Penal para proferir fallo en el presente caso; no obstante en julio del mismo año (2020), se interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria por parte del procesado, donde se solicita a la sala se informe cuáles son los mecanismos idóneos para garantizar la doble instancia y el derecho a impugnar la primera condena, finalmente, se rechazó de plano el recurso de apelación interpuesto por considerarse improcedente, con fundamento en que la sala de casación tiene la competencia para juzgar al ex senador en proceso de única instancia, y que esta misma no posee un superior jerárquico para que conozca del recurso ordinario interpuesto.

En conclusión, el concepto de la doble conformidad y la doble instancia han tenido un gran avance en el tiempo, pues si bien en sus inicios no se tenían en cuenta, los pronunciamientos hechos por la Altas Cortes han permitido un desarrollo legislativo que es acorde a lo dictado por el Derecho Internacional, evitando vacíos normativos que conllevan sin duda alguna a la vulneración de derechos humanos que son reflejados como garantías judiciales en todo proceso; para así generar una armonía judicial, legislativa y social entre la Constitución Política, los tratados y convenios que integran el bloque de constitucionalidad y la materialización de lo plasmado en el papel normativo para el bienestar tanto del procesado como de la administración de justicia, evitando un desgaste innecesario de la misma.

CAPÍTULO II

2. FAVORABILIDAD Y RETROACTIVIDAD: PRINCIPIOS OPTIMIZADORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN COLOMBIA

Los principios son concebidos como las ideas básicas del derecho, puesto que estos sistematizan el ordenamiento jurídico, es decir que, estos son considerados *mandatos de optimización*, los cuales tienen como finalidad la protección a bienes jurídicos, pues según la teoría de Robert Alexy, los principios son tomados como criterios orientadores, los cuales establecen que algo sea cumplido en la medida de lo posible, de manera general, es decir que, dichos mandatos se “caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento depende de cuáles sean las circunstancias empíricas y normativas efectivamente existentes. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado, fundamentalmente, por los principios que exigen una solución en contrario”. (Fazio, 2018); no obstante, los principios tienen un carácter diferenciador de las reglas y los valores, puesto que las primeras son concebidas como un tipo de norma que tiene un carácter definitivo para que se de su cumplimiento o no, esto quiere decir que, en el escenario que exista una regla que sea válida y legal, esta debe ser cumplida a cabalidad como la misma este expresada taxativamente, puesto que está preconcebida para su cumplimiento desde un ámbito fáctico y jurídico; es así como, Robert Alexy plantea que la mayor diferencia entre un principio y una regla es que, las reglas son normas *prima facie*¹⁰, es decir que, son de carácter general y definitivo, pues se toman como la primera herramienta para su aplicación en determinada situación, siendo así estas definidas como *mandatos definitivos*; y desde este punto, se torna la diferencia entre ambos conceptos puesto que, a razón de lo anteriormente explicado, “la

¹⁰ Definición *prima facie*: “quiere decir a primera vista o en principio, con lo que se da a entender la apariencia de un derecho o de una situación, pero sin que con ello se prejuzgue el asunto” (Significado Legal, 2008 citando a OSSORIO, M. (2000), *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, p. 795)

distinción entre las reglas y los principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado. Toda norma es o bien una regla, o bien un principio” (Alexy, Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de la proporcionalidad, 2019, pág. 56). Ahora bien, los valores tienen ambigüedad en su definición, pues depende de su uso en un contexto específico, así Robert Alexy lo expresa en su libro Teoría de los Derechos Fundamentales (1993), donde expresa que:

“La comparación entre valor y principio puede apoyarse en algunas características estructurales generales y a la vez, elementales. De los valores. Ellas se ponen de manifiesto cuando se toma en cuenta una diferencia fundamental en el uso de la palabra "valor": la diferencia entre la determinación que algo tiene un valor y que algo es un valor” (Alexy, Teoría De Los Derechos Fundamentales, 1993, pág. 141)

En relación con lo anterior Alexy, adiciona la siguiente afirmación, “*Quien dice de algo que tiene un valor expresa un juicio de valor y lleva a cabo una valoración*”, y es allí donde radica la diferencia entre el valor y el principio, puesto que en el ámbito legal o del derecho, se aplica uno u otro en la medida de “lo que es debido”, es decir que, en el campo del modelo de los principios será de *prima facie* todo lo que se sea lo “debido”, pues en este modelo siempre primará el “deber ser”, definido por Kant como “*la necesidad de una acción por respeto a la Ley*”; mientras que en el modelo de los valores, se toma como *prima facie* “lo mejor es” aplicado a una situación jurídica buscando la mejor solución para la misma, sin embargo en este modelo de valores, es más susceptible variedad de interpretaciones según quienes las planteen, emitiendo así juicios de valor de determinado hecho; de esta forma, se da a entender que la diferencia entre estos dos preceptos es de carácter meramente deontológico y axiológico. (Alexy, Teoría De Los Derechos Fundamentales, 1993).

A modo de complemento, Ronald Dworkin (1931-2013), abogado Estadounidense quien realizó aportes importantes a la ciencia del derecho y a la filosofía jurídico-política norteamericana en relación a la separación del derecho y la moral, el reconocimiento de los derechos fundamentales, y su postulado sobre los principios, entre otros temas relevantes, sostenía que:

I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. [Llamó a un 'principio' una norma que debe ser observada, no porque avanzará o asegurar una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es un requisito de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.] (Ronald, 1977, como se cito en Barth, 2005)

Es así como, la teoría de los principios planteadas por los autores citados, dan a modo de conclusión bajo una interpretación jurídico-legislativa que, a los Estados con ordenamientos jurídicos con un extremo positivismo jurídico, el cual no es compatible con los actuales o contemporáneos Estados constitucionales como es el caso Colombiano, el cual desde la promulgación de la Carta Política de 1991 se ha consagrado como un Estado organizado en forma de República Unitaria, de carácter presidencial, democrático, participativo y constitucionalista, el cual es reconocido por su centralización política y descentralización administrativa, es así como el Estado Constitucional colombiano permite la injerencia de interpretaciones por parte de los operadores judiciales a situaciones fácticas que necesitan soluciones jurídicas justas bajo el marco de la materialización de justicia procesal, pero con el claro límite del cumplimiento y respeto al imperio de la ley al cual están sujetos. Es así como en el año 1992, tras la creación de la Corte Constitucional (1991), se emitió la sentencia T 406 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón) la cual inicia el camino a la inmersión de los principios como base normativa y jurídica, puesto que dicho pronunciamiento hace un análisis, para el entonces, nuevo Estado Social de Derecho, el cual se podía dimensionar desde

una doble concepción, pues para el Alto Tribunal existe un “Estado de bienestar” el cual es concebido como una solución a las problemáticas sociales (salario, educación, salud, vivienda) que debían ser proporcionados por el Estado bajo el marco del derecho y sus obligaciones, y un “Estado constitucional democrático” siendo la respuesta del intervencionismo estatal con fundamento en derechos, valores y principios que generan una amplia interpretación al ordenamiento jurídico y político nacional; como consecuencia de lo anterior, se inició un avance conceptual respecto del modo de interpretación del derecho, el cual no debía ser estricto e inquebrantable en relación al texto legal creado a través del legislativo por voluntad del constituyente primario, el cual es el pueblo, sino se inició con la búsqueda de una justicia tanto material (judicial) como formal (legislativo); es así como, el juez constitucional comienza a ser una pieza fundamental en este cambio, pues es guarda de la Constitución y todo lo que ella contiene, como los principios los cuales son la base del sistema de derechos fundamentales y de la estructura del Estado, puesto que *“Los derechos constitucionales en general, y los fundamentales en particular, son entendidos desde esta perspectiva como la dimensión jurídica –deóntica– de valores socialmente relevantes”* (Rodríguez, 2016); Es bajo estos criterios expuestos de renovación estructural que:

Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta. (T 406, 1992)

Así las cosas, La Teoría de los principios de Robert Alexy, expuesta anteriormente cobra más vida puesto que se toman a dichos principios como criterios morales

que son claramente contrarios al extremo *ius positivismo*¹¹ que resulta insuficiente para desarrollar la tan buscada justicia material y formal antes mencionada; sin embargo esta “problemática” sería solucionada por los denominados mandatos de optimización, puesto que son estos utilizados por los operadores judiciales (jueces constitucionales) bajo un proceso racional para su aplicación, no obstante pueden existir escenarios donde se vean contrapuestos dos o más principios a tener en cuenta en caso en concreto, así Alexy crea la teoría de ponderación, la cual trata en darle “prioridad” a ciertos principios sobre otros, pero sin que exista una estructura jerárquica, que denote cuales son más importantes y cuáles no, sino que en caso que exista colisión entre los mismos se tenga claro qué principio prevalece.

La Teoría De Los Derechos Humanos (1985) creada por Alexy donde aborda, la estructura y contenido de los derechos fundamentales, y la forma en que estos se deben interpretar para que su correcta aplicación; nos aporta que, los principios se toman como soluciones a las posibles problemáticas de exégesis, es decir que, “Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.” (Alexy, Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad., pág. 8); es así como, la existencia de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos son de suma importancia, puesto que a través de ellos se positivizan los derechos humanos, los cuales están investidos de una naturaleza institucional que se materializan en su aplicación y defensa mediante el control judicial y administrativo en todo tipo de proceso. En Colombia, la fundamentación de los derechos fundamentales como principios, lleva consigo la solución a posibles escenarios de contraposición o colisión de principios para su aplicación cuando este sea necesario es así como el

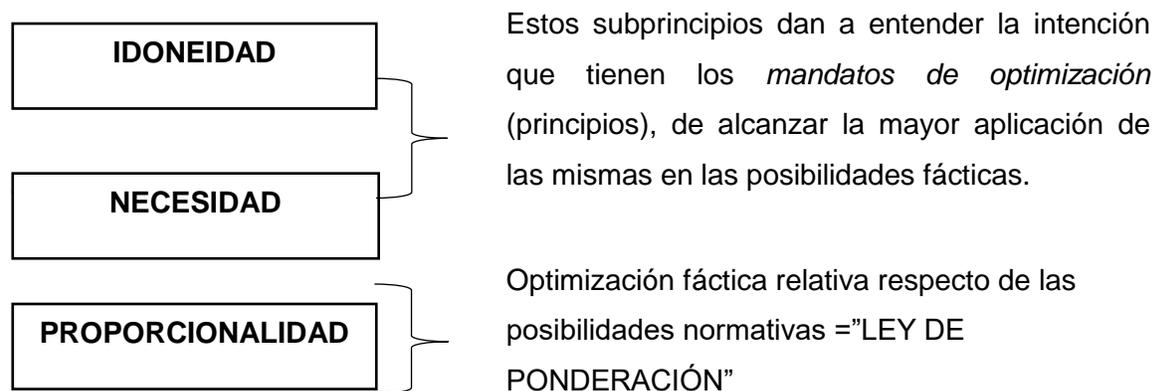
¹¹ Definición: “Se conoce como *iuspositivismo* o *positivismo jurídico* a la corriente filosófica del área jurídica que se basa en separar y diferenciar los términos derecho y moral, por considerar que no existe un vínculo entre ambos.” (Significados , 2022)

autor desarrolla la idea de la proporcionalidad como base argumentativa y la ponderación como una solución objetiva desde la racionalidad.

2.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TEORÍA DE LA PONDERACIÓN.

Tanto el test de ponderación como el principio de proporcionalidad son instrumentos jurídicos utilizados para, “poder determinar en qué casos concretos se aplican principios o en su defecto se aplican reglas o cuando colisionan principios o colisionan reglas de igual jerarquía cuál debe prevalecer en el caso concreto” (MELBA, 2017).

El Principio de Proporcionalidad es tomado como un criterio argumentativo expuesto por Alexy en su ya citada obra La Teoría de Los Derechos Humanos (1985), donde la definición de este principio implica la existencia de TRES (3) subprincipios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad, los cuales definen el concepto de optimización.



Cuadro de elaboración propia

Ahora bien, el subprincipio de la idoneidad, es concebido como la intervención o restricción a los derechos fundamentales, que se hace a razón de la búsqueda por parte del Estado a generar un bien común, basado en que dicho bien debe ser constitucionalmente legítimo, sin dejar de lado que la restricción hecha debe ser

adecuada o conveniente para lograr el fin propuesto; por otra parte, el subprincipio de necesidad, es ligado al intervencionismo mínimo en relación con los derechos humanos, que se fundamenta en el límite necesario que debe existir para alcanzar la finalidad deseada que genera la restricción al derecho fundamental, es decir, dicha restricción debe ser benigna o lo menos lesiva posible para lograr dicha finalidad, puesto que, “Entre todas las medidas idóneas para alcanzar el fin propuesto con la restricción de los derechos fundamentales, el interprete debe siempre preferir la menos lesiva en el alcance y el contenido de las libertades fundamentales.” (Solano, 2013, pág. 9)

El tercer subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto, significa que este es un mandato que optimiza las posibilidades jurídicas existentes, además que analiza la importancia de la finalidad perseguida en el intervencionismo mínimo de los derechos fundamentales y la compensación a los sacrificios hechos por los titulares del derecho no aplicado, y para lo sociedad, al consentir la distinción hecha, a pesar de que esto trae consigo consecuencias sociales y normativas, Nicolás González Cuellar, lo explica de forma clara, sosteniendo que:

Si el sacrificio de los intereses individuales que comparte la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad. (Serrano, 1990).

En mayo del 2012, el honorable Consejo de Estado Colombiano decide mediante sentencia, recurso de apelación en proceso de reparación directa (radicado interno 22366), donde hace referencia a la proporcionalidad, señalando que esta debe ser tomada como un principio de interpretación constitucional, que puede ser visto desde dos ópticas, la primera, como una prohibición en exceso, refiriéndose este al límite del *ius puniendi* frente a los derechos y libertades fundamentales, y la segunda, como una prohibición de defecto, la cual está relacionada con los

deberes estatales que van ligados a las acciones realizadas por los entes gubernamentales para el cumplimiento de los fines del Estado (Art. 2 C.P.), cumpliendo en estricto sentido con las funciones que lleva consigo la proporcionalidad, como es el control constitucional que ejerce sobre el legislativo y las normas que se emiten, y la protección a los derechos fundamentales que dependen del respeto y reconocimiento a la dignidad humana, como pilar de toda actuación; finalmente, el Consejo de Estado hace especial énfasis en que, la metodología adecuada para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, se da través del test de ponderación, puesto que la finalidad de este es, como bien su nombre lo indica, ponderar intereses en contraposición los cuales son de especial protección constitucional, es decir que, al momento de ponderar dichos intereses se debe tener en cuenta las medidas y los fines del Estado y también la afectación a medidas formales y materiales establecidas en la constitución. (Sentencia Apelación (REPARACIÓN DIRECTA), 2012)

Ahora bien, el subprincipio de Proporcionalidad y la “Ley De la Ponderación” están estrechamente, puesto que, dicha Ley es la herramienta de aplicación de la proporcionalidad; desde una definición dogmática, se sostiene que: *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse, ley de ponderación”* (Alexy, Teoría Del Discurso y Derechos Constitucionales, pág. 62 como se citó en MELBA, 2017), es así como esta ley, busca principalmente el ponderar principios o derechos fundamentales en colisión, y se hace a través de una técnica estructurada en tres pasos fundamentales:

1. Identificar el grado de afectación o perjuicio de un principio.
2. Precisar el nivel de relevancia y ejecución del principio que es contrario.
3. Establecer si la aplicación o realización del principio contrario justifica el incumplimiento del otro.

Esta herramienta debe ser utilizada por el juez constitucional en los casos que se requiera, para administrar de forma correcta justicia, impartiendo decisiones equilibradas basadas en la razón lógico-fáctica que este debe tener al momento de ponderar principios o derechos contrapuestos, teniendo en cuenta que se debe optar por la opción más favorable o la menos gravosa que pueda afectar tanto al Estado, a la sociedad y al directamente implicado en cualquier proceso, sin importar su naturaleza; todo lo anterior bajo las reglas de la sana crítica, esto relacionado con la libre convicción que debe tener el operador judicial al momento de fallar, teniendo como base su experiencia y el estar siempre sujeto al imperio de la Ley.

En el caso en concreto, los dos principios a desarrollar frente a la problemática planetada en el presente artículo, sobre la aplicación y reconocimiento del Acto Legislativo 01 de 2018 a aforados constitucionales ya condenados en procesos de única instancia, son la favorabilidad y retroactividad normativa, y donde a continuación se dará desarrollo a estos principios o *mandatos de optimización* de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo como finalidad el analizar su relación y complemento.

2.2. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

El principio de favorabilidad es sin duda parte fundamental en la estructura del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución política, en cual consagra que, “...*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*”; en materia penal también conocido como el principio *pro reo*, es considerado mandato constitucional que rige al *ius puniendi* y que protege los derechos fundamentales; a grandes rasgos la favorabilidad penal tiene como fin la búsqueda de la solución jurídica más favorable frente al conflicto entre normas existentes, en la cual resulte beneficiado quien esté siendo procesado, optando así por la ley menos gravosa

para su aplicación en el caso en concreto, ya sean estas de carácter sustancial o procesal.

La Corte Constitucional en sentencia C 225 de 2019, Magistrado Ponente Antonio José Lizarazo Ocampo, hizo importantes aportes jurisprudenciales sobre esta figura jurídica, aduciendo en primer término que, dicho principio es concebido para la Corte como un mecanismo legislativo para el pleno ejercicio del *ius puniendi* y la emisión de la política criminal por parte del legislativo, que sea más conveniente desde un enfoque espacio temporal. Ahora bien, en el Sistema Penal con tendencia acusatoria se ha definido que a quien compete la aplicación del principio de favorabilidad, es al juez de conocimiento, pues es a el a quien corresponde determinar la norma más beneficiosa para el reo, no obstante la Corte hace especial claridad en que, la norma que se aplique no debe ser general, impersonal y abstracta, pues el principio de favorabilidad debe guardar una plena eficacia frente a las normas que regulan la vigencia de la ley. La Corte finalmente concluye que, el principio de favorabilidad es:

1. Mandato constitucional y convencional, puesto que hace parte del bloque de constitucionalidad.
2. Es parte esencial de la estructura del debido proceso penal, el cual es derecho fundamental.
3. Aplica en normas sustanciales como procesales.
4. Si bien la normas expedidas por el legislador, como regla general rigen de forma ultractiva, es decir su vigencia se preve hacia el futuro, y llevan consigo la prohibición de la irretroactividad, donde se imposibilita la aplicación de una norma a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, no vulnera el principio de favorabilidad, el cual es considerado como excepción a la regla general de la aplicación de las normas en el tiempo. (C 225, 2019)

2.3. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

La retroactividad en una definición simple, se puede entender como el reconocimiento que se da en situaciones donde se expide una nueva ley, la cual en su contenido es más favorable a la anteriormente derogada, y donde se dará aplicación a dicha ley más favorable a los hechos que concurrieron antes de la entrada en vigencia de la más beneficiosa; sin embargo la retroactividad es sin duda una excepción a la regla general, en la cual las leyes o normas que nacen a la vida jurídica se deben aplicar hacia el futuro, esto conocido como la irretroactividad de la ley, puesto que este concepto esta ligado a que todo acto u hecho jurídico se rige por la ley que para su momento este vigente; entiéndase como:

La retroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada. (Collía, pág. 11)

Ahora bien, se tiene que el fundamento para la aplicación de la retroactividad en el ámbito penal esta ligado a la valoración jurídica que debe hacer el juez constitucional, basándose en que si bien este principio de ley en el tiempo es considerado excepción, existen factores para su reconocimiento cuando se haga necesario, como lo es la bsqueda de una justicia material y procesal, el humanizar el derecho penal y el ver a la pena como la *última ratio*, teniendo en cuenta que la creación de nuevas normas o leyes que rigen problemáticas penales llevan consigo el juicio valorativo del legislador actualizado al momento de la emisión de la nueva norma teniendo en cuenta los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se dan a diario, sin embargo esto teniendo la posibilidad de aplicación a hechos anteriormente ocurridos y condenados, pues el cambio en la política criminal lo determina el ciudadano bajo un régimen de reconocimiento a la

dignidad humana sin dejar de lado el poder punitivo que debe ejercer el Estado en la creación de dicha política para generar así una armonía social.

2.4. CORRELACIÓN DE PRINCIPIOS: FAVORABILIDAD Y RETROACTIVIDAD.

En materia penal, el principio de legalidad está explicado en la Ley 599 de 2000, en su artículo 6, el cual reza que, “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados...*”, dicho principio es concebido como un límite al *ius puniendi* en todo su alcance, y el cual lleva consigo garantías legislativas, criminales, jurisdiccionales y de ejecución, las cuales están relacionadas con la existencia de ley que es aplicable al momento de la comisión del hecho, y que dicho hecho sea tipificado como delito, el cual debe estar en su estructura la descripción del hecho y su consecuencia, que en este caso sería la pena y por último que quien juzgue el delito cometido sea un funcionario judicial competente, el cual haya seguido estrictamente el ritual procesal estipulado en la Ley (Pique, 2013).

Desde una óptica internacional, el principio de legalidad es concebido como la facultad que tiene una norma positiva para definir y describir una acción u omisión como delito y cuál sería su consecuencia; El tribunal Europeo de Derechos Humanos aduce que adicionalmente el principio de legalidad es mecanismo de exégesis, para que así los infractores comprendan no solo a través de la norma sino de los jueces constitucionales la responsabilidad penal en la que incurrirán cuando cumplen con lo descrito como en la conducta punible. De igual forma, dicho principio lleva inmersa la garantía de aplicación de la ley más favorable, no

solo al momento de la comisión del delito, sino también cuando haya sido con posterioridad se debe aplicar la pena más favorable al procesado, pues así lo dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 15 numeral 1), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 9), los cuales son instrumentos normativos y bases legislativas de todos los ordenamientos en cumplimiento, reconocimiento y aplicación del Derecho Internacional Público en relación con los Derechos Humanos.

Del Principio de legalidad, se desprenden 4 tipos de garantías:

1. **Ley Cierta:** es concebida como la estrecha relación entre el supuesto normativo y su respuesta jurídica en los tipos penales, es decir que, debe existir una claridad por parte del legislador al momento de crear y plasmar la conducta punible para que exista entendimiento sobre que acción u omisión se categoriza como delito; dicho concepto también es relacionado con lo expuesto por Roxin como *mandato de certeza*, el cual es:

El mandato de certeza debe afianzar la solución del conflicto no ahondarlo. Cuando la norma penal deja truncadas las expectativas del sujeto dentro del entramado jurídico penal, es por la duda que genera o la oscuridad con que fue descrita. Se trata, en estos supuestos, de una norma penal que deja de cumplir su función motivadora y fundamentadora de seguridad jurídica. El ciudadano no sabe, o tiene dudas, para construir sus comportamientos. Una ley imprecisa repercute en las relaciones en la medida que las formas de comportamiento social quedan afirmadas legalmente. Pues la ley no le indica si ese comportamiento puede considerarse punible o es un comportamiento adecuado al Derecho. Bajo este parámetro, las reglas del “juego penal” no están claramente definidas e identificadas. (Olaechea, 2001, pág. 1340).

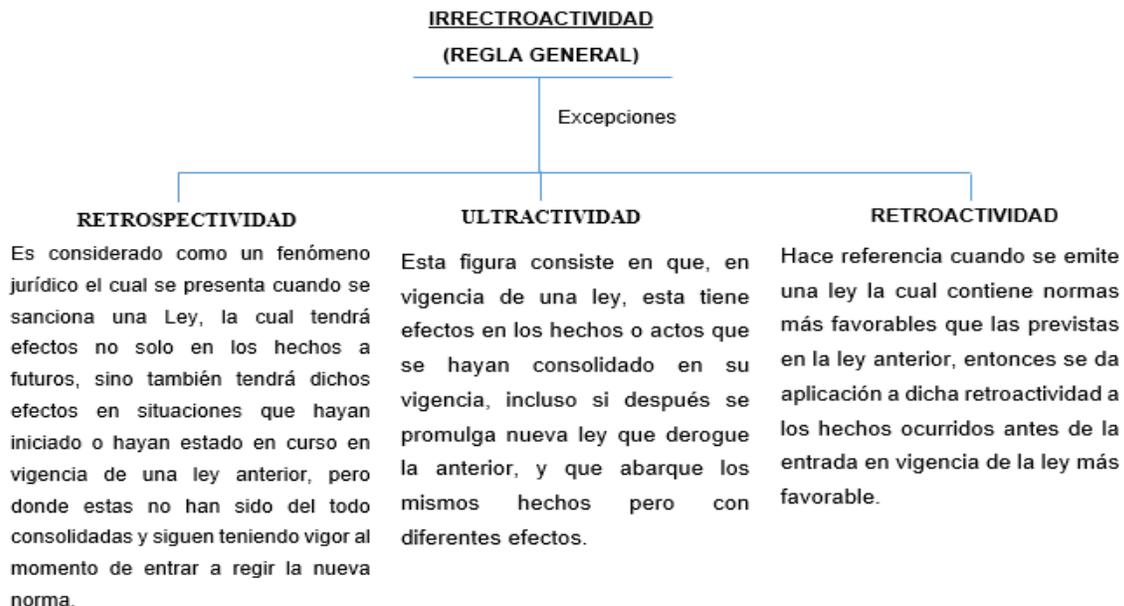
2. **Ley Estricta:** de esta Ley, se desprende la prohibición de analogía, la cual es concebida como un mecanismo de carácter extensivo el cual se puede utilizar en casos en que en determinada situación fáctica, exista una ley penal precedente que de solución a dicho hecho que puede ser fácticamente semejante a otro, no obstante dicha prohibición se da en la medida que sea benéfica para el procesado.
3. **Ley Escrita:** este presupuesto de legalidad se basa en la exigencia de la ley formal, la punibilidad y la así mismo la posibilidad de sancionar en relación a la ley positiva, es decir, que dicha punibilidad no se puede basar en la costumbre.
4. **Ley Previa:** es la exigencia de que exista una ley anteriormente sancionada y definida como delito con anterioridad al hecho juzgado; pues al momento de la comisión de la conducta punible debe haber una aplicación inmediata de la ley penal, la cual este relacionada con la legalidad, que a su vez esta ligada con la seguridad jurídica, la cual refleja ante el ciudadano, qué acciones u omisiones están prohibidas y cuáles son sus consecuencias punitivas.

La legalidad como principio, y desde una óptica de la garantía de la Ley Previa se puede resumir en "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" (No hay delito ni hay pena sin ley) el cual refleja como se mencionó anteriormente, seguridad jurídica, sin embargo es menester recordar que toda Ley tiene un ámbito temporal de vigencia para así poder producir los efectos jurídicos a todos los hechos que concurren en el vigor de dicha ley, entonces como regla general a este presupuesto se encuentra la figura jurídica de la irretroactividad normativa, la cual es definida como:

La irretroactividad es un principio jurídico que consiste en garantizar la imposibilidad de aplicar una norma a hechos que sean anteriores a la promulgación de dicha norma. El principio de irretroactividad es el fenómeno que produce que las normas no tengan efectos hacia atrás en el tiempo. De

esta manera se asegura que dichos efectos comiencen en el momento de su entrada en vigor, con la finalidad de dotar al ordenamiento jurídico de seguridad. (ConceptosJuridicos.com, s.f.)

Entonces, debe entenderse que la irrectroactividad tiene la facultad para que la nueva ley que sea promulgada rija todos los hechos que ocurran a partir de su entrada en vigencia, es decir, que esta legisle hacia el futuro, además que a través de la irrectroactividad como límite, se garantiza el respeto y reconocimiento a los derechos legítimamente adquiridos bajo la vigencia de la ley derogada; no obstante ante la presencia de varios escenarios jurídicos y fácticos, como que la comisión del hecho haya sido cometido bajo la vigencia de una ley anterior o derogada pero sus efectos se generan bajo la nueva ley o cuando la conducta se consuma bajo la ley derogada pero la nueva norma contempla nuevos y diferentes efectos, que en algunos casos son más favorables para el procesado, en materia penal; bajo esta premisa, surge lo que hoy conocemos como *el conflicto de la ley en el tiempo*, el cual se explicará en el siguiente cuadro:



Cuadro de elaboración propia

La favorabilidad, es concebida como un principio constitucional de aplicación general, el cual en el ámbito penal, también es conocido como el principio *pro reo*, su principal base es la legalidad (Ley previa), y donde este es parte fundamental del derecho al Debido Proceso, ya que en el procedimiento penal, desde su etapa de indagación hasta el juicio, el procesado goza de las garantías dadas por el Estado proteccionista, y es así como la favorabilidad tiene como principal finalidad el dar la solución más beneficiosa cuando se encuentren bajo escenarios de conflicto de leyes en el tiempo. La favorabilidad al ser un mandato constitucional y convencional, se encuentra regulado y reconocido de forma implícita bajo el principio de legalidad en, el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 6 de la Ley 599 del 2000 (Código Penal), artículo 6 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente la retroactividad como regla general de aplicación de leyes, tiene excepciones en los conflictos de leyes en el tiempo que se den, y es allí donde la favorabilidad y la retroactividad entran a jugar un papel correlacional importante, pues el postulado de

La retroactividad de la ley penal favorable o permisiva y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra carta en un principio supra legal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado. (Pérez, 2012),

Nos permite inferir que, la retroactividad es un mecanismo que busca un nuevo juicio de valoración favorable para el procesado mediante el reconocimiento de garantías dadas por el legislador donde atenúa o agrava las conductas y sus penas mediante un juicio valorativo actualizado el cual tiene siempre la misma finalidad de consolidar la justicia procesal y material mediante un análisis de proporcionalidad que se realiza, cobijando de esta forma a los hechos ocurridos

con anterioridad a la expedición de la ley más favorable, la cual es una política pública criminal con criterios no solo de prevención sino de protección a la dignidad humana del procesado o condenado; a razón de lo anterior, se puede llegar a concebir a la retroactividad en aplicación con el principio de favorabilidad conjuntamente como un mecanismo humanista, es decir que, la retroactividad de la norma más favorable funge como un atenuante que sin duda beneficiará al *reo*, no solo en la pena impuesta sino en las garantías que pueden ser reconocidas dando aplicación y reconocimiento a los Derechos Humanos del procesado, pues es de aclarar que estos son: universales, inalienables, irrenunciables, indivisibles e imprescriptibles; no obstante para algunos autores la aplicación retroactiva de la norma más favorable resulta violatoria al principio de legalidad la cual se basa en irradiar seguridad jurídica a todo el ordenamiento normativo, sin embargo a este postulado, se contraponen los cambios sociales, económicos, tecnológicos, etc., que surgen a diario, y donde el legislador debe adecuarse a dichos cambios emitiendo disposiciones de acuerdo al momento (*espacio-temporal*), para así llegar a cumplir a cabalidad con una verdadera justicia material y socialmente aceptada, y adicionalmente a los fines estatales.

Finalmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el principio de favorabilidad y sus efectos retroactivos, dando aportes de suma importancia para su desarrollo constitucional, jurisprudencial y legal, es así como en la sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

En el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar finalmente que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en

materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales.... Al respecto cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia refiriéndose al artículo 26 de la Constitución de 1886, cuyo texto en lo pertinente es reproducido de manera casi idéntica por el artículo 29 de la Carta de 1991 ya había dicho que: (...)“El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supra legal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta. (C 820, 2005)

De esta forma es como podemos evidenciar que la aplicación retroactiva de la ley más favorable se puede ir transformando de excepción a regla general, todo con una base de proteccionismo Estatal y aplicación tanto al ordenamiento jurídico nacional, como al bloque de constitucionalidad.

Es así, como podemos concluir que los principios al ser idea base del derecho, de la exégesis y del reconocimiento que a estos se les da en el ordenamiento jurídico por parte de los operadores judiciales, cumplen sin duda una función de optimización de los bienes jurídicos, pues bajo las teorías expuestas se evidencia que un Estado con una legislación positivista al extremo no garantiza el cumplimiento y protección a cabalidad de los derechos y deberes de los ciudadanos, puesto a la rigidez normativa, la cual no permite interpretaciones, y hace que el Estado en su rol intervencionista no cuente con límites, en este caso, los principios, los cuales son de aplicación general. Al ser Colombia un Estado Social de Derecho, se entiende que bajo esta forma de organización política, el Estado está al servicio de la sociedad y que por ende, este debe propender por el cumplimiento de las disposiciones convencionales, constitucionales, legales y administrativas que este emita en razón de su potestad reglamentaria y legislativa,

es así como los derechos fundamentales entran a jugar un papel preponderante en este tipo de organización política, puesto que estos son la forma en que se materializan y positivizan los derechos humanos, además de que dichos derechos fundamentales son tomados como principios rectores del ordenamiento que ayudan a dar una solución a problemáticas jurídicas teniendo en cuenta la base fáctica, y donde adicionalmente se vale el juez competente de mecanismos idóneos para resolver conflictos entre derechos o principios, según sea el caso, para dar una solución conforme a derecho, como lo es la proporcionalidad como base y criterio general, y el test de proporcionalidad el cual ayuda a impartir decisiones equilibradas, justas y razonables; de esta forma, y en materia penal específicamente, el artículo 29 constitucional, el cual es el reflejo del principio de legalidad, el cual es rector del *ius puniendi*, se rige por *el nullum crimen sine praevia lege*, y del cual se desprenden garantías, como: la ley cierta, estricta, escrita y previa, y donde a razón de la emisión de diferentes disposiciones nuevas y otras derogadas se generan conflictos de normas o leyes en el tiempo, las cuales tienen solución mediante excepciones a la regla general de la irretroactividad normativa, como es: la ultractividad, la retrospectividad y la retroactividad, donde son estos conceptos considerados principios, y es así como nacen una relación de mandatos de optimización entre: la favorabilidad y retroactividad, que si bien contraponen en cierto grado la legalidad y la seguridad jurídica, son necesarios para humanizar el derecho penal, al ser previstos por el legislador los cambios sociales que se dan, y a los cuales este y el ordenamiento jurídico se deben adecuar.

CAPÍTULO III

3. ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2018, LA REVOLUCIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA: ANÁLISIS, ALCANCE Y APLICACIÓN

En el año 2018, se dio un cambio trascendental en la legislación colombiana en relación con el reconocimiento a la doble conformidad y la doble instancia, a los

aforados constitucionales condenados, no obstante es menester tener clara la definición y clases de los diferentes fueros penales, para dar continuidad al desarrollo jurisprudencial y legal que nos ocupa.

3.1. DEFINICIÓN DE FUERO

El fuero, es una calidad de la cual están investidos funcionarios públicos de alto rango, y donde dicha calidad consiste en que si se llegase a cometer algún tipo de delito por el mismo, este se tramitará bajo un proceso “especial”, puesto que este es el sustento de la democracia que se refleja mediante la imparcialidad judicial, y donde el fuero tiene inmersas garantías tales como la que el funcionario procesado sea juzgado por el Tribunal de mayor jerarquía según corresponda y se genere una garantía social la cual está ligada a la consecuencia que se le merezca, esto reflejo de impartir una verdadera justicia basada en la equidad e igualdad.

“El fuero no es un privilegio y se refiere, de manera específica, al cumplimiento de un trámite procesal especial, cuyo propósito es el de preservar la autonomía y la independencia legítimas de aquellos funcionarios a los que ampara. Por ello, es posible que como consecuencia de su naturaleza -proceso especial-, algunas de las medidas que se adopten en ellos no correspondan con los procedimientos ordinarios, sin que ello implique discriminación alguna, o desconocimiento de disposiciones constitucionales, pues es la propia Carta la que concibe el fuero especial que cobija a los altos funcionarios del Estado. Se busca entonces con estos procedimientos, evitar que mediante el ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia, se impida irregularmente el normal desarrollo de las funciones estatales y el debido ejercicio del poder por parte de quienes mediante la expresión soberana, fuente del poder público, legítimamente lo detentan.” (C 245, 1996)

Adicionalmente, mediante el juzgamiento de los altos funcionarios públicos se materializa en su máximo la garantía al Debido Proceso, pues al ser estos procesos penales conocidos por la Corte Suprema de Justicia la cual es un tribunal plural idóneo, ya que al ser el órgano principal y de cierre de la jurisdicción ordinaria tiene como función primordial en materia penal, el dar interpretación y sentido a la ley, para que esta se cumpla, y de esta forma asegurar que el juicio que se adelante contra el funcionario corresponda a la jerarquía del mismo, esto en relación con sus funciones, responsabilidades y la trascendencia que este tenga en la función pública; no obstante es de aclarar que, para que un funcionario sea juzgado bajo el marco de la “competencia especial de juzgamiento”, este debe cumplir con los siguientes parámetros:

1. Tener en la comisión del delito una calidad determinante, ya sea como autor o partícipe del mismo.
2. La comisión del delito debe haber tenido lugar durante el ejercicio del cargo.
3. La naturaleza de la conducta debe estar en relación con la función asignada al autor del comportamiento ilícito. (C 934, 2006)

Sin embargo se encuentran dos clases de fuero: Constitucional y Legal, en donde el primero está previsto en la Constitución Política, y del cual están investidos los congresistas, el Presidente de la República, y demás funcionarios mencionados en el artículo 174 y artículo 235 numeral 5 de la Carta Política, mientras que el segundo se encuentra consagrado en la ley, tal es el caso del viceprocurador, vicesfiscal, magistrados de las altas Cortes, Registrador Nacional del Estado Civil.

Para el desarrollo del presente capítulo, se hace necesario hacer especial énfasis en el fuero constitucional, el cual tiene dos claras ventajas, así lo sostiene la sentencia C 934 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la primera es la economía procesal y de igual forma la posibilidad de eliminar los errores que puedan cometer los jueces inferiores si llegado el caso, fuesen estos quienes tuviesen competencia para investigar, juzgar y fallar en casos donde se vean

inmersos servidores aforados. (C 934, 2006), de esta forma, la Constitución Política no solo especificó quienes gozan de dicho fuero constitucional, sino que además asignó competencia a los funcionarios que están facultados para adelantar los procesos penales contra aforados, como lo es el caso de la competencia dada al Fiscal General de la Nación o sus delegados para adelantar la etapa de investigación y acusación, la cual está consagrada en el artículo 251 numeral 1 de la Carta Política:

“ARTÍCULO 251. *Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: 1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución (...).”*

Ahora bien, la etapa de juzgamiento, debe ser adelantada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, puesto que esta es función esencial del alto tribunal, pues así lo consagra el artículo 235 numeral 5 de la Constitución Política:

“ARTÍCULO 235. *Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

(...)5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.”

3.2.METAMORFOSIS ENTRE PROCESOS DE ÚNICA INSTANCIA Y EL RECONOCIMIENTO AL DERECHO DE IMPUGNACIÓN: DOBLE CONFORMIDAD Y DOBLE INSTANCIA PARA AFORADOS.

La Corte Constitucional en sentencia C 792 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la cual es considerada como sentencia hito al ser consolidadora de línea jurisprudencial y así generar un balance constitucional en el tema de la doble instancia y doble conformidad, desarrolló temas tales como: el derecho a la impugnación, la garantía a la doble instancia, vacíos normativos, desconocimientos a preceptos internacionales, etc. Es así como, bajo el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad una ciudadana colombiana, demandó de forma parcial los artículos 20, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, al considerar que las normas demandadas desconocían preceptos constitucionales y convencionales (artículos 13, 29, 31 y 93 de la Constitución Política, el artículo 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.), debido a que se desconoce el derecho a la apelación en los casos donde se dicte sentencia condenatoria por primera vez en la segunda instancia, dejando en evidencia para ese momento una omisión legislativa relativa para el caso en concreto, puesto que no existía medio impugnatorio idóneo contra dichas sentencias, puesto que los recursos tanto ordinarios como extraordinarios no cumplían con los estándares constitucionales del derecho a la impugnación, y generaban una vulneración al principio de igualdad; la accionante, basó su demanda de inconstitucionalidad en lo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en relación al Debido Proceso, el cual es una garantía procesal no solo reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, sino también por el derecho internacional de los Derechos Humanos, puesto que los Estados son responsables internacionalmente por restringir o limitar el derecho a la impugnación de fallos condenatorios, y de esta manera no agotar la doble instancia; finalmente, la demanda resalta nuevamente el desconocimiento al debido proceso por la falta de mecanismos que permitan

impugnar la sentencia condenatoria que se imponga por primera vez en la segunda instancia, puesto que ni el recurso extraordinario de casación ni el de revisión garantizan el derecho a la doble instancia, debido a que para poder acceder a dichos recursos existen causales especiales para su admisión además que no toda providencia puede o es conocida por un alto tribunal, es decir, que muchas de dichas providencias son excluidas, dejando así en evidencia el vacío normativo y la omisión legislativa.

De esta forma, la Corte Constitucional planteó dos problemas jurídicos:

1. Determinar si el derecho a la impugnación consagrado en el artículo 29 constitucional y en artículo 8.2 de la CADH, contemplan los casos en los cuales se dicta sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia, y
2. Analizar si es obligación del legislador crear un medio impugnatorio idóneo con el fin de materializar el derecho de contradicción contra fallos condenatorios dictados en segunda instancia.

Inicialmente, el Alto tribunal realiza un estructura comparativa respecto de la doble conformidad y la relación que esta tiene con la doble instancia, debido a que en los dos casos su fundamento normativo se encuentra estipulado en la constitución política (Artículo 29 y 31 C.P.), cada uno tiene un ámbito de aplicación, objeto y finalidad son diferentes, pues el derecho a la impugnación o la doble instancia se da solamente en procesos penales y recae solamente sobre los fallos condenatorios emitidos en relación con el mero contenido de la decisión judicial, mientras que la doble conformidad se debe tomar como regla general para todo proceso judicial, el cual debe cumplir con la doble instancia sin importar su contenido o decisión y así garantizar la corrección de la providencia judicial para garantizar una verdadera justicia material y procesal.

Por otra parte, la ratio decidendi de la sentencia mediante un análisis exegético encontró que la acción de inconstitucionalidad interpuesta tiene consistencia y lógica con la interpretación y aplicación que se le debe dar a todo precepto constitucional, es así como la Corte, fijó dos importantes reglas:

1. La primera regla consiste en la existencia de un derecho que este facultado para atacar o controvertir la primera sentencia condenatoria que se dicta en un proceso penal de única instancia, además de la facultad que se tiene para impugnar las sentencias condenatorias emitidas por primera vez en segunda instancia.
2. El sistema de recursos que tiene como finalidad garantizar el derecho a la impugnación el cual debe cumplir con estándares, tales como: un análisis efectuado por el nuevo juez, el cual debe realizar un completo examen al caso de los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que fundamentan la condena, de igual forma, debe existir un examen abierto de la providencia recurrida, es decir, que se pueda revocar la sentencia condenatoria cuando esta no fuese acorde o justa cuando ya haya sido evaluada integralmente; adicionalmente, la Corte considera que bajo un análisis previo, y en los casos en que se emiten sentencias condenatorias por primera vez en segunda instancia, están no tienen la posibilidad de ser apeladas, solamente ante las mismas cabe la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual no cumple con lo estipulado para garantizar el ejercicio al derecho a la impugnación, por cuanto, dicho recurso tiene causales específicas para su admisión, es decir, que no contra toda sentencia condenatoria procede la casación, y debido a que el juez quien conoce de dicho recurso extraordinario es incompatible con el análisis que se debe realizar en desarrollo al derecho a impugnar, puesto que se realiza una valoración única a la providencia ligado siempre a un conjunto taxativo de causales. (C 792, 2014)

Finalmente, la Corte concluye que:

En la medida en que la legislación adolece de una omisión normativa inconstitucional, por no prever un sistema recursivo que permita ejercer el derecho constitucional a la impugnación en la hipótesis abstracta planteada por la accionante, pero como esta falencia se proyecta en todo el proceso penal, la Corte debe: (i) declarar la inconstitucionalidad de los preceptos demandados en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarar la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) exhortar al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez, y (iv) disponer que en caso de que el legislador incumpla este deber, se entenderá que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena. (C 792, 2014)

En conclusión, se puede inferir del anterior análisis jurisprudencial que, la impugnación es considerada un derecho subjetivo, es decir que, el Estado se encuentra en la obligación de reconocerlo en cualquier ámbito para su aplicación, en este caso a la persona que haya sido condenada en un proceso de índole penal, y en la garantía inmersa en el debido proceso: Doble instancia; entonces el derecho a la impugnación o también conocida como la doble conformidad se estaba viendo vulnerado en los casos en se fallaba con sentido condenatorio a una persona en sede de segunda instancia, viéndose inmerso el desconocimiento a la *non remormatio in peius*, dado que ningún recurso, ni ordinario como extraordinario cumplía a cabalidad para que se realizara un análisis o valoración integral a la providencia impugnada.

Es así como, según el plazo estipulado por la Corte Constitucional para legislar sobre la omisión normativa existente en el momento se cumplía el 24 de abril de 2016, sin embargo, el Congreso de la República no acató dicho plazo, por lo que

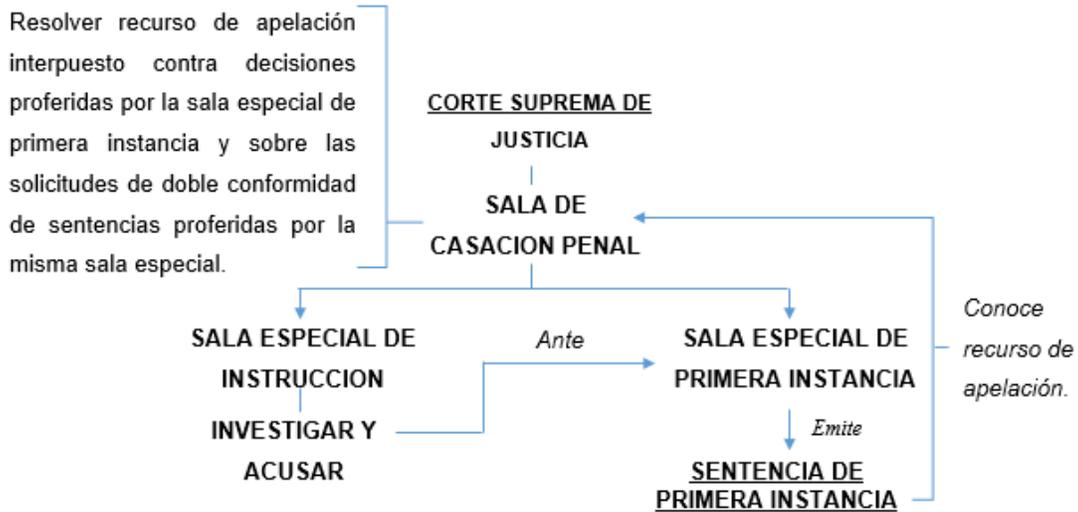
en el año 2016, se tomó como regla jurisprudencial constitucional lo dicho por el alto tribunal en sentencia C 492 de 2014.

3.3. ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018: TRANSICIÓN LEGISLATIVA

El 18 de enero del 2018, entró en vigencia el Acto Legislativo 01 el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política e implementó el derecho a la doble instancia como garantía en los procesos penales llevados contra aforados constitucionales y doble conformidad en contra de sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia.

Uno de los cambios más estructurales, se dio a partir del artículo 234 y 235 de la Carta Política, los cuales estipulan las funciones de la Corte Suprema de Justicia como máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, el cual a partir de la promulgación del Acto legislativo 01 de 2018, quedó integrado por la Sala de Casación Penal, y por otras dos salas que se subsumen a ella, la Sala Especial de Instrucción integrada por seis (6) Magistrados y la Sala de Primera Instancia integrada por tres (3) Magistrados., y de esta forma garantizar el derecho a la doble instancia y a la doble conformidad, sin embargo es de aclarar que la competencia que tienen las salas especiales serán asuntos exclusivos de asuntos que no correspondan a la sala de Casación Penal, como es la instrucción y juzgamiento de los procesos penales en primera instancia.

Adicionalmente, la competencia dada a la Corte Suprema de Justicia para juzgar a los funcionarios públicos los cuales gozan del fuero constitucional se da mediante el siguiente procedimiento:



Cuadro de elaboración propia

En el inicio a la aplicación que se dio al Acto Legislativo 01 de 2018, se generó un desarrollo jurisprudencial que conllevó varios pronunciamientos, por ejemplo, la sentencia SP364 de 2018 M.P. Patricia Salazar Cuellar, emitida por la Corte Suprema de Justicia donde el tribunal alegaba la imposibilidad del reconocimiento a la doble conformidad contra las sentencias condenatorias emitidas en única instancia por la Sala de Casación Penal, pues no existe un órgano o funcionario superior funcional o jerárquico a dicha sala, pues al ser órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria sus decisiones no son susceptibles de ser revisadas un otra instancia superior, solamente y a la luz del Acto Legislativo 01 de 2018, procedería “otra instancia” en el caso de la doble instancia para los aforados constitucionales en los cuales se emite fallos por parte de la Sala Especial de Primera Instancia y no de la Sala de Casación Penal, no obstante dentro de la misma providencia mencionada se dio salvamento de voto parcial a lo decidido por parte del Magistrado Eugenio Fernández Carlier, argumentando que:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe continuar conociendo de las investigaciones y juzgamientos penales contra aforados constitucionales, dándoles un trámite de primera instancia y admitiendo el

recurso de apelación contra la sentencia proferida, así como también acatando el trámite de la impugnación por doble conformidad judicial contra la primera condena. Esa es la justicia que se debe administrar para todos los colombianos a partir del Acto Legislativo No. 01 de 2018, el que hizo regulaciones en las que están comprometidas garantías fundamentales, el interés público, el respeto por los fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (SP364, 2018)

Por otra parte, y con una postura contraria, la sentencia SU 373 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schleinger, en el cual la Corte Constitucional consideró que además del reconocimiento dado al derecho de la doble instancia a quienes gozan de fuero constitucional, se debía garantizar de igual forma el derecho a la impugnación o a la doble conformidad, lo anterior con base en el derecho al debido proceso, aduciendo que:

El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria esté sometido a las etapas, formas y términos que determinen la Constitución y la ley, situación que no significa que la falta de desarrollo legislativo de tal derecho constitucional pueda ser invocada para negar su exigibilidad. En últimas, en esto se materializa la eficacia jurídica directa del derecho reconocido en el artículo 29 superior a impugnar la sentencia condenatoria. Como bien lo indicó esta Corporación en la sentencia T-970 de 2014, «la garantía y efectividad de los derechos no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Sin duda es un actor muy importante en la protección de los derechos fundamentales, pero la Constitución, siendo norma de normas, es una norma jurídica que incide directamente en la vida jurídica de los habitantes y se debe utilizar, además, para solucionar casos concretos». De este modo, el juez de tutela, y según las circunstancias específicas del asunto puesto a su consideración y los otros derechos fundamentales o intereses constitucionales en conflicto, deberá garantizar, en el ámbito de sus competencias, la mayor realización posible del derecho. (SU 373, 2019)

Así las cosas, y tras varios pronunciamientos jurisprudenciales se ha llegado a la conclusión que una de las más grandes problemáticas con las que no se contaba tras la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, es la aplicación de dicho Acto a favor de los aforados constitucionales condenados antes de su entrada en vigencia (18 de enero del 2018), pues inicialmente no se le dieron efectos retroactivos a la normatividad mencionada debido a que se alegaba la materialización de la cosa juzgada al haberse dictado fallo condenatorio conforme a derecho según ámbitos de tiempo, modo y lugar. La problemática mencionada se desarrolló por cuanto se dio una omisión por parte de la Corte Constitucional en sentencia C 792 de 2014, respecto del régimen de transición en los asuntos para su momento en trámite o ya decididos contra aforados para el reconocimiento favorable y retroactivo de la reforma; es así como se vio involucrado el tan conocido caso del ex Ministro de Hacienda Andrés Felipe Arias, quien al ser investido del fuero constitucional fue condenado en mediante sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 16 de julio de 2014 radicado 37462 M.P. María del Rosario González Muñoz, el cual dio un giro a la aplicación retroactiva y favorable de la norma.

3.4. SENTENCIA SU 146 DE 2020, CASO ANDRÉS FELIPE ARIAS: RECONOCIMIENTO DE LA RETROACTIVIDAD Y FAVORABILIDAD A LOS AFORADOS CONDENADOS.

En el año 2014, el ex Ministro Andrés Felipe Arias fue condenado a las penas principales de 209 meses y 8 días de prisión, multa equivalente a 50.000 S.M.L.M.V. y a la interdicción de derechos y funciones públicas, por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por la comisión de los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, caso conocido como “Agroingreso seguro”, al ser Arias servidor público cobijado por el fuero constitucional, este fue condenado en única instancia, es decir que, no tenía la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria dictada en su contra; de esta forma, la defensa del ex Ministro desde que se conoció su

condena dio inicio a la búsqueda mediante mecanismos legales para poder acceder a que una segunda instancia conociera sobre su caso, es así como al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso y a la doble instancia, decide en el año 2020, interponer Acción de Tutela en contra en el Auto del 13 de febrero de 2019 emitido por la Corte Suprema de Justicia, al considerar que se estaba desconociendo para ese momento el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual ya había entrado en vigencia en enero de ese año, y además no se tenía en cuenta preceptos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y finalmente solicitó se reconociera la favorabilidad como principio rector mediante la retroactividad de la norma penal, solicitando así fuese procedente y admitió el recurso de apelación contra su sentencia condenatoria; La primera instancia de la Acción de Tutela la conoció la Sala de Casación Civil, donde negó lo solicitado puesto que se consideró que en este caso en específico no procedía la posibilidad de impugnar su fallo condenatorio, basándose en que existía una imposibilidad de aplicar la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2018 al caso específico, por cuanto dicha reforma solo era procedente en los casos que se tramitaran luego de su entrada en vigencia, adicionalmente consideró la Sala que el principio de favorabilidad no podía ser reconocido, ya que este era aplicable en aquellas situaciones que no hayan sido consolidadas, es decir, donde no haya operado la cosa juzgada, aclarando que la reforma constitucional no había reglamentado una transición normativa, finalmente, la Sala Laboral en segunda instancia apoyó, negando nuevamente lo solicitado por el accionante.

De igual manera, en su momento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió mediante auto interlocutorio la solicitud de impugnación realizada contra la sentencia condenatoria emitida por la Corporación del 16 de julio de 2014, donde consideró como primer punto que, si bien el derecho a impugnar procedía para los aforados constitucionales desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, esta reforma no contempló ningún régimen de

transición entre una normatividad antigua y la actual, y por otra parte, que en el caso Arias se emitió condena bajo normas preexistentes y vigentes para su momento, y donde no existía posibilidad de impugnar dicho fallo condenatorio, es decir, que lo decidido adquirió el status de *cosa juzgada* y la reforma constitucional no dio la posibilidad de impugnar sentencias condenatorias ya ejecutoriadas, es así como, la solicitud hecha por el condenado resultaba improcedente debido a que si se accediera a ella, implicaba que la Corte Suprema de Justicia dejara sin efectos la sentencia condenatoria, lo cual no sería acorde a derecho, generando una inseguridad jurídica. Ahora bien, al negarse las pretensiones hechas por Arias Leiva en la acción de tutela anteriormente mencionada, la Corte Constitucional en sede de revisión, emitió sentencia SU 142 del 2020 M.P. Diana Fajardo Rivera, donde analizó las decisiones emitidas tanto por la Sala de Casación Civil y Laboral, haciendo un examen a partir del Auto del 13 de febrero de 2019, donde se negó el derecho a la impugnación al accionante, el cual era una violación directa a la Constitución Política y al Bloque de Constitucionalidad, por cuanto el legislador desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, consagró la impugnación como un derecho, sin embargo este derecho no era de aplicación general, pero que a partir del año 2014 se reconoció que este no fuera un derecho exclusivo ya que se violentaba el derecho a la igualdad, dando un reconocimiento total al derecho fundamental a la impugnación para todas las personas que en su contra cursara o hubiesen sido condenados en un proceso penal, es decir que, la Corte considera que este derecho a impugnar es el mecanismo idóneo para que se satisfaga el objeto que en si tiene el derecho. Es así como, con base en el Acto Legislativo 01 de 2018 la Corte Constitucional no estuvo de acuerdo con lo dicho en su momento por la Corte Suprema de Justicia, en considerar que dicha corporación en su Sala de Casación Penal, desconoció lo consagrado en la Sentencia C 792 de 2014, siendo esta providencia considerada precedente jurisprudencial, donde se avizora que el derecho a la impugnación ha tenido una evolución normativa internacional a la cual se debe acoger el Estado colombiano en virtual del Bloque de Constitucionalidad (Juan Camilo Boada, 2020)

De igual forma, la Corte Constitucional consideró que:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en violación directa de la Constitución al negar el trámite de impugnación al actor, porque: (i) en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 y por virtud de su fuerza normativa, debía garantizarse el derecho subjetivo a impugnar la sentencia condenatoria en única instancia, máxime cuando esta reforma afirmó que entraba en vigencia a partir de su promulgación; y porque, además, (ii) este Acto Legislativo establece formas de actuación para reclamar un derecho sustancial, aunque tenga una connotación procesal, por lo cual era inmediatamente exigible y afectaba el trámite en curso del accionante. (SU 146, 2020)

Adicionalmente, en el análisis realizado por la Corte, se encuentra el enfrentamiento entre principios constitucionales, la cosa juzgada y la seguridad jurídica versus el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, pero donde ninguno de estos preceptos debe ser sacrificado absolutamente, ya que estos al ser estructura fundamental del Estado de Derecho y bajo parámetros internacionales integrados en el Bloque de Constitucionalidad, la decisión que se tome por un servidor judicial siempre debe tender a ser favorable para el accionante.

Esa tensión, empero, debe resolverse sin sacrificar de manera absoluta ninguno de los intereses expuestos. Así, aunque en principio la resolución de este conflicto en particular debe responderse en favor de la pretensión del accionante por los motivos que, de manera expresa, fueron expuestos en los párrafos precedentes, esto es, por el tipo de derecho involucrado y el ámbito de su aplicación, el proceso penal, y porque en la actualidad la condena se está cumpliendo como consecuencia de la ejecutoria de una providencia que no ha sido objeto integral de revisión; lo cierto es que no se desvanecen los efectos de cosa juzgada que recaen sobre la sentencia condenatoria, pues esto no

implicaría un proceso de armonización sino de sacrificio de uno de los intereses en juego, que no se justifica en este asunto. (SU 146, 2020)

Finalmente, la Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera expone que, si bien con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 se dio el reconocimiento a la doble conformidad y a la doble instancia, se generó un vacío interpretativo por cuanto no se estableció los efectos en el tiempo, ni los beneficiarios de dicha reforma constitucional, lo anterior ligado estrictamente a la favorabilidad y la aplicación de la retroactividad de la normal penal. De esta manera, la Corte consideró que se debe dar un efecto retroactivo y favorable a la reforma constitucional, puesto que se debe siempre proteger la garantía de la doble conformidad sin limitarse la misma por la fecha de promulgación de una norma, ya que la favorabilidad es un elemento fundamental del Debido proceso, el cual bajo ninguna circunstancia se puede desconocer, es decir que, tanto la retroactividad como la favorabilidad son conceptos ligados, pues cuando la emisión de una nueva ley contiene normas más favorables que la ley antigua, la cual ha sido derogada, se dará aplicación a la ley más favorable a los delitos cometidos en vigencia de la ley anterior, esto sin importar si se trata de normas sustanciales o procesales, esto quiere decir que:

La tesis propuesta cumple con los requisitos del principio de favorabilidad. Primero, porque existe una sucesión de normas en el tiempo: la que motivó la condena y su ejecución, y la que se expidió con posterioridad, en enero de 2018, regulando integralmente el mecanismo de la doble conformidad. Segundo, porque, ciertamente, la segunda regulación es más favorable, pues faculta al ciudadano a impugnar la primera sentencia condenatoria, lo que permite que su caso sea revisado por otro juez, quien podría revocar el fallo correspondiente. Y tercero, porque, al margen de que se trate de una norma procesal, está claro que la favorabilidad aplica para este tipo de supuestos, debido a que la Constitución no hace ninguna clase de distinción sobre dicho punto. (Juan Camilo Boada, 2020)

Sin embargo esto no quiere decir que sea absoluta y limitada la garantía de la retroactividad y la favorabilidad para todos los aforados condenados en procesos de única instancia, por cuanto, solo son beneficiarios de estas aquellas sentencias o fallos condenatorios que aun con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, estén generando efectos jurídicos en relación con los derechos fundamentales del condenado, en estos casos será aplicable la doble conformidad o la doble instancia, es decir que, las penas sin importar que sean principales o accesorias que ya fueron ejecutoriadas y cumplidas no serían beneficiadas de la garantía de la favorabilidad. La Corte ha sido clara en que “tanto las personas procesadas como condenadas pueden invocar la aplicación del principio de favorabilidad, incluso cuando el fallo ya se encuentra ejecutoriado. Lo anterior, únicamente si la situación ya definida jurídicamente continúa produciendo efectos sobre los derechos fundamentales” (Juan Camilo Boada, 2020).

De esta forma podemos concluir que, en Colombia los servidores públicos con un alto rango gozan de fuero constitucional el cual es el reflejo de la democracia en pro de visibilizar una imparcialidad judicial, puesto que estos son juzgados por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal y sus salas especiales, cuando hayan cometido algún delito en ejercicio de sus funciones o que esté ligado directamente a ellas; Antes del año 2014, los conceptos de la doble instancia y el derecho a la impugnación estaban reconocidos de forma exclusiva a ciudadanos del “común”, en donde estos eran juzgados en las diferentes instancias y etapas del proceso por jueces penales en sus diferentes competencias, sin embargo para las personas que hubiesen sido condenadas por primera vez en segunda instancia y para los aforados constitucionales quienes eran juzgados en única instancia no era posible la aplicación del derecho a la impugnación violando así el principio de igualdad, el cual es de rango constitucional; es así como mediante sentencia C 792 de 2014, se dio un giro trascendental para el reconocimiento de dicho derecho a la impugnación y doble instancia, debido a que bajo un análisis jurisprudencial se estaban vulnerando

preceptos constitucionales y convencionales en relación al derecho a mostrar desacuerdo en contra de un fallo condenatorio, y concluyendo que sin duda existía una omisión legislativa por parte del Estado colombiano, dando así la Corte Constitucional la orden al Congreso de la Republica el legislar sobre el tema. Finalmente, nace a la vida jurídica reforma constitucional, el Acto Legislativo 01 de 2018, donde principalmente su cambio se basó en implementar el derecho a la doble instancia como garantía en los procesos penales llevados contra aforados constitucionales y doble conformidad en contra de sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia, y el cambio estructural a la Corte Suprema de Justicia y su Sala de Casación Penal, añadiendo una sala especial la cual garantizaba que en los casos que se juzgara a los aforados constitucionales se garantizara la doble instancia y la doble conformidad, según sea el caso; sin embargo, surgieron problemas en la aplicación de dicha reforma puesto que no se reguló para quién sería aplicable la misma, o si esta solo tendría efectos irretroactivos, o por el contrario si era posible el reconocimiento de la retroactividad de la norma penal a través del principio de favorabilidad, siendo la sentencia SU 146 de 2020, quien resolvería dicha problemática, al reconocer la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2018 de forma retroactiva y favorable solo en los casos en que los fallos condenatorios estén surtiendo efectos a futuro, de esta forma se puede dar una protección real y efectiva a las garantías procesales, estipuladas en la normatividad interna (Constitución y leyes) como internacional (Bloque de Constitucionalidad: tratados y convenios), para así dar cumplimiento a la esencia de un Estado Social y Democrático de Derecho.

CONCLUSIONES

Todo Estado está facultado para castigar y sancionar mediante procedimientos represivos o restrictivos que se dan a través del derecho penal, disciplinario y sancionatorio a todo aquel que infrinja con la normatividad y afecte a la sociedad, sin embargo esta facultad no es absoluta, puesto que existen principios constitucionales que limitan dicha potestad estatal como: el principio de legalidad,

principio de seguridad jurídica, principio del debido proceso, entre otros. El Debido proceso concebido como principio debe ser aplicado en todo proceso judicial sin distinción alguna, pues lleva inmersa la garantía procesal de poder impugnar toda sentencia condenatoria mediante recursos dados en el ordenamiento jurídico, los cuales pueden ser: ordinarios (reposición, apelación y queja) o extraordinarios (casación y revisión); No obstante, el medio impugnatorio ideal para oponerse a lo resuelto en fallo condenatorio es el recurso ordinario de apelación, el cual tiene como fin que funcionario judicial y superior jerárquicamente a quien emitió sentencia, conozca, analice y falle por segunda vez, ya sea confirmado lo resuelto por la primera instancia o cambiando dicha decisión bajo argumentación y consideración basada en derecho, a esto le podemos conocer como la doble instancia.

La Doble instancia en el ordenamiento jurídico no solo es reconocida a nivel constitucional mediante el artículo 31, sino que además el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostienen que toda persona condenada penalmente puede recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, así La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fallado en diversos casos conocidos por la comunidad internacional, donde concuerda que el derecho a impugnar un fallo tiene como finalidad proteger el derecho a la defensa y contradicción en la medida que se puede interponer recurso contra la providencia condenatoria, y de esa forma dar una interpretación y análisis a posibles errores de procedimiento o de fondo que ocasionan un perjuicio para el condenado, además de aclarar que es una obligación de todo Estado el legislar acerca del tema, pues existen muchos vacíos normativos de los cuales cada Estado es responsable por la posible vulneración de los Derechos Humanos, y a las garantías tanto procesales como sustanciales por no tener la posibilidad de interponer recurso correspondiente ante sentencia condenatoria.

Si bien en Colombia, la doble instancia y la doble conformidad, son conceptos ligados al acceso de un sistema impugnatorio, son sustancialmente diferentes, pues se debe entender por doble instancia como la posibilidad que se pueda apelar sentencia condenatoria para que esta sea conocida por un funcionario superior para dar un nuevo concepto y fallo, mientras que la doble conformidad o derecho de impugnación se refiere a los casos en los cuales se emite sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia; estos dos conceptos han tenido un desarrollo jurisprudencial importante, pues si bien existía un antecedente legislativo en diferentes leyes o normas, desde 1996 la Alta Corte estudiaron la constitucionalidad de los procesos de única instancia, de acuerdo con los preceptos dados en la Carta Política y en normatividad internacional, hasta llegar a la emisión de la sentencia hasta ahora más importante, sentencia C 742 de 2014, la cual dio un cambio trascendental al reconocimiento de la doble instancia y la doble conformidad, puesto a la existencia de una omisión legislativa y ordenando a Congreso de la Republica emitir norma que regulara el tema, es así como nace a la vida jurídica el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual, en primer término dio un cambio estructural a la Corte Suprema de Justicia, quien es la competente para investigar, acusar y juzgar a los funcionarios públicos de alto rango, los cuales están cobijados por fuero constitucional, el cual los enviste de la posibilidad de ser juzgado por la Alta Corte, quien es órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, creando Salas Especiales dentro de la Sala de Casación Penal, quien conocería como juez de segunda instancia, es decir que, si bien desde la Constitución de 1991, se designó a la CSJ como ente competente para juzgar a los aforados constitucionales en procesos de única instancia, no era procedente la existencia de una “segunda instancia”, por cuanto no existía dentro de este juez superior que conociera sobre lo que la misma decidía, pues al ser el órgano más importante de la jurisdicción ordinaria, no existía nada por encima de ella. Así, se dio el reconocimiento a la doble instancia y la doble conformidad, pues ya existía funcionario superior que conociera de la impugnación hecha al fallo, sin embargo, la reforma constitucional no legisló sobre la transición normativa entre los

condenados antes del 2018, si bajo el principio de favorabilidad podían acceder a los beneficios dados por el Acto Legislativo 01 de 2018.

En este punto, es importante tener en cuenta la importancia de los principios en el ordenamiento jurídico, ya que son mandatos de optimización, los cuales son de aplicación general por parte de los jueces, ya que permiten la injerencia de interpretaciones por parte de los operadores judiciales a situaciones fácticas que necesitan soluciones jurídicas justas bajo el marco de la materialización de justicia procesal, pero con el claro límite del cumplimiento y respeto al imperio de la ley al cual están sujetos; es así como el Principio de Favorabilidad y Retroactividad cumplen una función optimizadora de los bienes jurídicos puesto que siempre prevalecerá la aplicación retroactiva de la ley más favorable en materia penal; es así como la sentencia SU 142 del 2020 da ese efecto retroactivo y favorable a Acto Legislativo 01 de 2018, solamente en los casos en que quienes hayan sido condenados con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, y la sentencia aún este generando efectos jurídicos hacia el futuro, y de esta forma garantizar los derechos y garantías de los procesados sin desconocer principios rectores como son: la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

Es así como, podemos concluir que Colombia como un Estado Social y Democrático de Derecho, y el cual tiene como eje primordial la esencia humanista en su normatividad y en quienes representan al Estado, pues si bien fue un poco tardío el reconocimiento a derechos de la doble instancia y la doble conformidad, contradicción y defensa, se logró llegar tras varios años de análisis a una solución clara sobre: 1. Los límites que debe tener el ius puniendi bajo el marco de los principios constitucionales, 2. El reconocimiento y aplicación a garantías procesales, estipuladas a nivel de normativa nacional e internacional, 3. Legislar sobre la doble instancia y la doble conformidad para quienes estaban siendo excluidos de dichas garantías, 4. Dar una aplicación retroactiva y favorable de la norma penal de forma limitada sin poner en riesgo la seguridad jurídica, y 5. Crear armonía social, sin desconocer los Derechos Humanos, los cuales son inherentes

a la persona sin importar su condición, o los hechos que haya desplegado, que si bien pueden haber sido dañinos socialmente, tienen una retribución a través de la pena, pero sin dejar de lado el carácter humanista del Estado Colombiano y su ordenamiento jurídico en general.

Referencias

- Alcaldía Mayor de Bogotá.* (2017). Obtenido de <https://secretariageneral.gov.co/transparencia/informacion-interes/glosario/fuero-constitucional>
- Alexy, R. (1993). *Teoría De Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Obtenido de <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Alexy, R. (2019). *Ensayos Sobre La Teoría De Los Principios Y El Juicio De la Proporcionalidad*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (s.f.). Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. En R. Alexy, *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Alexy, R. (s.f.). *Teoría Del Discurso y Derechos Constitucionales*.
- Ariza, M. C. (2019). Doble conformidad y doble instancia en materia penal. *Ámbito Jurídico*.
- Barth, J. F. (2005). Principios Y Normas En La Concepción Del Derecho De Dworkin. *Revista De Ciencias Jurídicas N° 108*, 26.
- C 037, C 037 (Corte Constitucional 5 de Febrero de 1996). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- C 095 (Corte Constitucional 11 de Febrero de 2003). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-095-03.htm>
- C 181, C 181 (CORTE CONSTITUCIONAL 13 de Abril de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-181-16.htm>
- C 225 (Corte Constitucional 23 de Mayo de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-225-19.htm>
- C 245 (Corte Constitucional 03 de Junio de 1996).
- C 591 (9 de Junio de 2005). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>
- C 712 (2012). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-712-12.htm#:~:text=Son%20sujetos%20pasivos%20de%20los,el%20hecho%20generador%20del%20impuesto.>
- C 718 (CORTE CONSTITUCIONAL 2012). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-718-12.htm>

- C 792, C 792 (Corte Constitucional 29 de octubre de 2014). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-792-14.htm>
- C 820 (Corte Constitucional 09 de Agosto de 2005). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-820-05.htm>
- C 934 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2006). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-934-06.htm>
- C-142, C-142 (Corte Constitucional 20 de abril de 1993). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-142-93.htm>
- Caceres, E. A. (2014). *Aplicación Del Dolo Eventual Y Culpa Con Representación En Homicidios Causados Por Accidentes De Tránsito En Fallos De la Corte Suprema De Justicia En Colombia En los Años 2012 y 2014*. Bogotá D.C. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13538/EDWIN%20ROJAS%20FINAL%20ORIGINAL.pdf;jsessionid=F984D31AA7802FC568415157960BE1AE?sequence=2>
- Caro, L. M. (2020). *Doble Instancia Y Doble Conformidad, Antecedentes Y Estado Actual En El Derecho Procesal Penal colombiano y países latinoamericanos*. EAFIT, Antioquia. Obtenido de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/17039/LauraMelissa_HernandezCaro_2020.pdf?sequence=2
- Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (Corte Interamericana De Derechos Humanos 17 de Noviembre de 2009).
- Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 30 de MAYO de 1999).
- Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de enero de 2014).
- Castilla, J. D. (25 de agosto de 2018). *La Corrupción Como Parte De La Cultura Colombiana. Asuntos Legales*.
- Collía, J. M. (s.f.). *Retroactividad e Irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento normativo y jurisprudencial*. Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de <https://www.cerasa.es/media/areces/files/book-attachment-2351.pdf>
- Concepto Definición*. (17 de FEBRERO de 2021). Obtenido de [Concepto Definición: https://conceptodefinicion.de/provocatio-ad-populum/](https://conceptodefinicion.de/provocatio-ad-populum/)
- ConceptosJuridicos.com*. (s.f.). Obtenido de [ConceptosJuridicos.com: https://www.conceptosjuridicos.com/co/irretroactividad/](https://www.conceptosjuridicos.com/co/irretroactividad/)
- Cuellar, H. (NOVIEMBRE de 2021). *Congreso De La Republica De Colombia*. Obtenido de Congreso De La Republica De Colombia:

<https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2021-11/PONENCIA%20LEY%20ESTATUTARIA%20129%20DE%202021.docx>

- Cuenca, A. M. (2007). Los Principios Limitativos Del Ius Puniendi Y Las Alternativas A Las Penas Privativas De Libertad. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 88.
- Fazio, F. D. (2018). *La Teoría De Los Principios Un Estado De La Cuestión*. Bogotá: Lecciones y ensayos.
- Ferrajoli, L. (1996). Los Valores De La Doble Instancia y De La Nomofilaquia. *Nueva Doctrina Penal*, 11.
- Giraldo, J. A. (2019). Doble Instancia Para Aforados". Controversia Política Alrededor De Una Larga Deuda Jurídica. *Revista Nova et Vetera*.
- Gonzalez, D. A. (2020). *La doble instancia en los procesos penales contra aforados, ¿un asunto de convencionalidad o de constitucionalidad?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Obtenido de https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/3659/GFACA-spa-2020-La_doble_instancia_en_los_procesos_penales_contra_aforados_un_asunto_de_convencionalidad_o_de_constitucionalidad?sequence=1&isAllowed=y
- Guerrero, L. G. (2015). *T 676*. BOGOTA : CORTE CONSTITUCIONAL.
- Hernandez, J. M. (2016). *El Recurso Adecuado Y Efectivo Para Proteger El Derecho De Impugnación Y El Principio De La Doble Instancia*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15238/MartinezHernandezJavierMauricio2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Juan Camilo Boada, N. D. (2020). Una Mirada Jurídica al caso Arias y a la doble conformidad. Comentarios a la sentencia SU-146 e la Corte Constitucional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 16(95), 24. Obtenido de <file:///C:/Users/LauraJuliana/Downloads/Una+mirada+jur%C3%ADdica+al+caso+Arias+y+a+la+doble+conformidad.+Comentarios+a+la+Sentencia+SU-146+de+2020+de+la+Corte+Constitucional.pdf>
- Medina, D. E. (2006). *El Derecho De Los Jueces*. Bogotá D.C.
- Melba, C. Q. (2017). *Principio De Proporcionalidad Y Test De Ponderación Como Tecnica Para Dar Solución A Derechos Fundamentales En Conflicto En Derecho Aadministrativo En El Tiempo Posmoderno*. Trabajo Universitario, Valledupar, Cesar. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10756/2018Cuellomelba.pdf?sequence=1#:~:text=El%20principio%20de%20proporcionalidad%20y%20el%20test%20de%20ponderaci%C3%B3n%20son,prevalecer%20en%20el%20caso%20concreto%2C>

- Ministerio de Defensa . (2015). Obtenido de [http://info.minjusticia.gov.co:8083/Portals/0/Abec%C3%A9%20Comisi%C3%B3n%20de%20Aforados%20\(1\)%20PDF.pdf](http://info.minjusticia.gov.co:8083/Portals/0/Abec%C3%A9%20Comisi%C3%B3n%20de%20Aforados%20(1)%20PDF.pdf)
- Olaechea, J. U. (2001). *Principio De Determinación De La Ley Penal*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos . Obtenido de <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/3principio-de-determinacion-de-la-ley-penal.pdf>
- Organizacion de Estados Americanos-OEA. (s.f.). Obtenido de Organizacion de Estados Americanos-OEA: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp>
- Pérez, M. P. (2012). *“El principio de favorabilidad en la jurisprudencia colombiana (En particular, su aplicación en los delitos permanentes)”*. UNIVERSIDAD EAFIT. Obtenido de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/204/MariaPaulina_GomezPerez_2012.pdf?sequence=1#:~:text=Este%20principio%20pro%20reo%20\(favorabilidad,conflict%20de%20leyes%2C%20evento%20en](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/204/MariaPaulina_GomezPerez_2012.pdf?sequence=1#:~:text=Este%20principio%20pro%20reo%20(favorabilidad,conflict%20de%20leyes%2C%20evento%20en)
- Pique, M. L. (2013). Artículo 9. Principio De Legalidad y De Retroactividad. En C. Aden , E. Alonso Regueira, C. Anello, M. E. Cano, S. Garcia Mele, S. S. Jaimez, . . . R. V. Petrino, *La Convención Americana D Derechos Humanos y Su Protección En el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>
- Radicado Numero 30711, Radicado Numero 30711 (Corte Suprema de Justicia 2009).
- Rodriguez, J. L. (12 de Enero de 2016). *El Fundamento De Los Principios Juridicos: Una Cuestión Problmatica*. Obtenido de Universidad Sergio Arboleda: <https://www.redalyc.org/journal/1002/100246672002/html/>
- Ronald, D. (1977). *Taking Rights Seriously*. Bloomsbury Academic.
- Sentencia Apelación (REPARACIÓN DIRECTA), 68001-23-15000-1997-3572-01(22366) (Consejo De Estado 09 de Mayo de 2012). Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/106/S3/68001-23-15-000-1997-03572-01\(22366\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/106/S3/68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).pdf)
- Serrano, N. G. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, España.
- Significado Legal*. (24 de Octubre de 2008). Obtenido de <http://www.significadolegal.com/2008/10/qu-significa-prima-facie.html>
- Significados* . (29 de Junio de 2022). Obtenido de <https://www.significados.com/iuspositivismo/>
- Solano, V. E. (Septiembre de 2013). *La Ponderación Como Técnica De Aplicación De Las Normas Sobre Derechos Fundamentales: Una Sentencia Emitida Por El Tribunal Constitucional*

Español En Materia De Libertad Religiosa. *Revista Judicial*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31074.pdf>

SP212-2019, SP212-2019 (Corte Suprema de Justicia 2019).

SP3119-2018, SP3119-2018 (Corte Suprema de Justicia 2018).

SP364 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 21 de Febrero de 2018).

SU 146 (Corte Constitucional 21 de Mayo de 2020). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/su146-20.htm>

SU 373 (Corte Constitucional 15 de Agosto de 2019).

T 283 (2013).

T 406, T 406 (Corte Constitucional 5 de Junio de 1992). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>