



## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

**Radicado: U. 34017**

**Procesado: Efrén Antonio Hernández Díaz**

**Providencia del 3 de septiembre de 2020. Acta 185**

**Salvamento Parcial de Voto: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**Tema. Doble conformidad judicial de la primera condena.**

### **Registro de la actuación.**

La Sala mayoritaria, en la providencia de 3 de septiembre de 2020, decidió conceder la impugnación especial o doble conformidad judicial de la primera condena, ordenando el archivo de las diligencias, caracterizando el mecanismo como un instrumento legal y no como una garantía de naturaleza constitucional y fundamental, y, dada la naturaleza que le asigna le da un desarrollo y alcance procesalista y no sustancial al instituto consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2018.

**Problema jurídico que genera el salvamento parcial de voto.**

En la presente actuación, el proceso fue conocido y fallado por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, profiriendo la primera y única sentencia condenatoria.

**Razones por las que salvo parcialmente el voto.**

La doble conformidad judicial de que trata el Acto Legislativo 01 de 2018 procede contra la primera sentencia condenatoria bien sea que se profiera en un proceso ordinario o abreviado (sentencia anticipada, allanamiento, preacuerdos, etcétera) o se haya dictado en única instancia después del 30 de enero de 2014 (por decisión de la Corte Constitucional).

Por tratarse de una garantía constitucional y materialización del debido proceso y derecho de defensa, opera la oficiosidad, como efectivamente la ha aplicado la Corte en varios procesos que ha conocido en única instancia y en casación, como lo he referido en salvamento de voto que cito en esta oportunidad más adelante.

Las razones que expresé en el radicado 109894 ó en el **51615**, aplicables en este caso, son las siguientes:

**“La doble conformidad judicial es una garantía constitucional que soporta sustancialmente un derecho fundamental: a partir del Acto Legislativo 01 de 2018 el artículo 29 de la Carta Política debe ENTENDERSE así *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable por dos autoridades diferentes”*.**

Antes del Acto Legislativo 01 de 2018, la Carta Política en su artículo 29 fundaba la presunción de inocencia bajo el supuesto de no habersele declarado culpable a la persona, en el entendido que conforme al ordenamiento jurídico penal para tales efectos bastaba con una y última decisión condenatoria en las instancias, así fuese esta la primera vez que se condenara o declarara responsable penalmente al procesado. Comprensión extensiva para ese entonces a los artículos 7° de las leyes 906 de 2004 y 600 de 2000, se reitera, criterio aplicable antes de la vigencia del citado Acto Legislativo.

En otros términos, se presumía inocente a una persona siempre que no fuese condenado al menos por **UNA** sentencia

proferida por un juez penal; ahora, con el Acto Legislativo 01, solo se es responsable penalmente y únicamente se desvirtúa la presunción de inocencia, a través de al menos dos sentencias proferidas en el mismo proceso por diferente autoridad que declare culpable por un delito al acusado.

El derecho a la doble conformidad judicial o a impugnar la primera condena fue consagrado en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018. En los antecedentes de este Acto Legislativo y en su contenido quedó consignado que dicho mecanismo solo procedía contra sentencia condenatoria y que con ella finalizara el proceso penal, correspondiendo en estas condiciones a la primera condena en la actuación.

Si la impugnación especial o doble conformidad judicial se aprobó para obligar la revisión de la primera condena por otra autoridad judicial, el significado de dicha institución, por lógica, impone que después del Acto Legislativo 01 de 2018, ahora por los efectos retroactivos que le ha otorgado la Corte Constitucional, después del 30 de enero de 2014, no puede en un proceso penal tenerse como condenado y hacerse exigible dicha responsabilidad penal con la decisión de una sola y única autoridad judicial, esta última premisa en el ámbito del Acto Legislativo 01 de 2018 es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Si ello es así, tampoco nace a la vida jurídica el tránsito a cosa juzgada del primer y exclusivo fallo condenatorio si la actuación que se ha cumplido solamente contiene un solo fallo condenatorio en un proceso sin haberse agotado el trámite del Acto Legislativo 01 de 2018 penal después del 30 de enero de 2014.

Ahora bien, téngase en cuenta que si la primera condena por virtud de la doble conformidad tiene que ser revisada por otra autoridad, el carácter condenatorio puede perderse si en virtud de la impugnación especial se revoca para absolver; de ahí que únicamente sea válido y exigible jurídicamente, para que se tenga como responsable penalmente al procesado, que la decisión que resuelve la doble conformidad judicial ratifique la condena, con lo cual es innegable que bajos los efectos del Acto Legislativo 01 de 2018 al inculcado solo se le puede tener como culpable mediante decisión en firme cuando (después del 30 de enero de 2014) dos autoridades penales hayan coincidido en la declaratoria de responsabilidad penal en un proceso y por el mismo delito.

Con el Acto Legislativo 01 de 2018 la presunción de inocencia no se desvirtúa con un único fallo condenatorio en un proceso penal, tampoco ese único fallo puede adquirir firmeza de cosa

juzgada, por lo que es necesario que en la actuación se materialice el adjetivo de cantidad que se estableció para los fallos condenatorios en dicho Acto Legislativo, es decir, que sea “doble” la conformidad con ese mismo sentido u orientación de la decisión, ambos condenatorios, provenientes de diferente autoridad respecto del mismo delito y procesado.

Hoy la doble conformidad judicial tiene la connotación de ser un **derecho sustancial fundamental** para derruir la presunción de inocencia y también para que el fallo haga tránsito a cosa juzgada y, a la vez, es **un derecho procesal** (impone el cumplimiento de un rito que verifique el problema jurídico a resolver y se produzca otra sentencia que lo resuelva), cuya trascendencia examinaremos en el próximo acápite.

La Corte Constitucional en la sentencia SU217-2019 le da una naturaleza limitada a la doble conformidad judicial, pues la circunscribe a un ámbito exclusivamente procesal y vinculada con el debido proceso, desarrollo que a la luz de las garantías fundamentales es incompleto porque no se advirtió la modificación que provocó el Acto Legislativo 01 de 2018 al artículo 29 de la Carta Política en relación con el principio de la presunción de inocencia y su incidencia en el campo de la cosa juzgada de las providencias judiciales, con todas las implicaciones que se derivan de ello en relación con el debido

proceso, la libertad, vigencia y extinción de la acción penal y demás efectos colaterales.

Conforme al Acto Legislativo 01 de 2018 y el artículo 29 de la Carta Política, *toda persona **se presume inocente** mientras no se le **haya condenado con sentencia proferida por dos autoridades diferentes.***

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con criterio mayoritario, en la materia examinada había trazado su línea jurisprudencial con el auto de 3 de abril de 2019 aprobado con Acta 83 en el radicado 54215, es recogida en la providencia de fecha 3 de septiembre de 2020 (Rdo. 34017), para ajustarse a los nuevos mandatos de la Corte Constitucional en la sentencia SU-217 de 2019 (21 de mayo), pero ambas Corporaciones desarrollan la doble conformidad de la primera condena con criterio absoluto la naturaleza de dicha categoría jurídica exclusivamente en el ámbito procesal y legal, no con naturaleza sustancial y constitucional.

Somos partidarios por convicción y principios fundados en el ordenamiento jurídico constitucional, que la doble conformidad judicial de la primera condena es primero un derecho fundamental para que la inocencia solo pueda ser derruida a

través de dos decisiones judiciales proferidas por diferente autoridad respecto de la responsabilidad penal de un individuo. Solo así se puede afectar válidamente no solo la inocencia sino también la libertad de las personas.

La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, engloba la problemática examinada bajo el concepto de impugnación especial y con un alcance estrictamente procesal, sin percatarse que el Acto Legislativo utilizó dos expresiones distintas que conllevan precisamente a la **diferenciación de lo sustancial y lo procesal**. En el último **inciso del artículo 1°** del Acto Legislativo se establece un derecho y se **alude al aspecto procedimental** con la denominación de impugnación que la jurisprudencia ha adjetivado como especial, pero **el numeral 7° del artículo 3°** de ese Acto Legislativo **regula la institución con criterio de derecho sustantivo**, al emplear la denominación **“doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida”**, con lo cual se está materializando el derecho fundamental, esto es, que en un proceso penal nadie puede ser tenido como culpable mientras no existan dos sentencias condenatorias respecto de los cargos por los que se le enjuicie. Solo así se vence la inocencia, se puede afectar la libertad cuando sea del caso y el proceso termina, para adquirir el carácter de cosa juzgada, por la sentencia que se profiera, prerrogativas estas involucradas en el ámbito del derecho sustancial regulado con el A.L. 01 ídem.

La visión procesalista de la doble conformidad judicial conlleva al desarrollo de una teoría sobre la materia que provoca un error de incalculables consecuencias, porque desnaturaliza el propósito de la reforma, que no es otro, que de ahora en adelante nadie pueda ser condenado y sometido a una pena con la opinión de una sola autoridad judicial, por lo que tiene que proferirse una segunda decisión que ratifique las determinaciones de responsabilidad penal.

Al ignorarse la sustancialidad de la doble conformidad y darle solo un alcance exclusivamente procesal, se llega a admitir que no hay oficiosidad, que solamente es rogado el mecanismo, que se puede declarar desierto si no hay sustentación, o admitir el desistimiento de su trámite, supuestos todos estos válidos hasta antes del Acto Legislativo 01 de 2018, pues obedecen a los desarrollos con los que se permitía derrumbar la presunción de inocencia con un solo fallo condenatorio dictado por primera vez en un proceso; pero, después de la vigencia del Acto Legislativo en mención, tales argumentos resultan inatendibles constitucionalmente, por las modificaciones que en esa materia introdujo al ordenamiento jurídico dicho Acto Legislativo y que hoy son aplicables a los fallos proferidos con posterioridad al 30 de enero de 2014 por virtud del fallo de la Corte Constitucional en mención.

Ello es así porque al aplicarse estrictamente el carácter rogado y el principio de limitación funcional para dejar de resolver de fondo la doble conformidad, el proceso solo contaría con un fallo condenatorio sin el pronunciamiento de otra autoridad judicial, y no habría doble conformidad para mantener la condena, que fue condición constitucional del Acto Legislativo 01 de 2018.

La doble conformidad judicial permite que a su trámite se acceda a petición de parte, dentro de un término y se expresen las razones que motivan la inconformidad, pero, esta facultad que se le otorga al condenado, o a su defensor, si no se ejercen en las condiciones referidas, no significa que se haya eliminado el deber del juez o magistrado de preservar los derechos y garantías constitucionales y fundamentales, siendo esta razón jurídica de orden superior y la naturaleza sustantiva del derecho, las que no permiten excluir la oficiosidad para la doble conformidad judicial.

La oficiosidad se impone porque la primera sentencia al ser condenatoria, afecta derechos fundamentales del procesado, como la presunción de inocencia, o la limitación que implica para el derecho a la libertad, los derechos civiles y políticos y si no se resuelve la doble conformidad no se alcanza la cosa juzgada ni puede constituir antecedente judicial la única condena proferida,

como tampoco impide en esas condiciones la extinción de la acción penal por prescripción en el juicio sino se alcanza la condición de sentencia en firme.

Las consecuencias que se derivan de no tramitarse y resolverse la doble conformidad judicial de la primera condena a quien tiene derecho genera graves consecuencias, como se acaba se señalar, por lo que se hace indispensable darle cumplimiento al Acto Legislativo 01 de 2018, consistente en la verificación del fallo para que se produzca la doble conformidad de la primera condena.

Los supuestos a los que se alude en el párrafo anterior, obligan a reiterar, por mandato superior, que el juez debe ser garante del ordenamiento jurídico, no solamente del legal sino también del constitucional y, en este caso, del Acto Legislativo 01 de 2018, que establece que la primera condena debe obtener conformidad de otra autoridad judicial.

Por la afectación de garantías fundamentales, como la doble conformidad de la primera condena, por su naturaleza sustancial, constitucional y fundamental, si el procesado no manifiesta el interés que tiene para que sea revisada por otra autoridad la primera o única declaratoria de responsabilidad

penal por la vía de la impugnación especial, o si hace la manifestación y no la sustenta, o la hace conocer luego de la ejecutoria formal de la providencia, o desiste después de haberla pedido, de todas maneras, es obligatorio y perentorio que el trámite se surta oficiosamente, so pena de afectarse el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, que son pilares del ordenamiento jurídico colombiano, pues nadie puede ser sometido a pagar una pena y a soportar el vencimiento de su inocencia presumida con el proferimiento de un único fallo condenatorio, en un proceso penal culminado con posterioridad al 18 de enero de 2018.

El artículo 457 del C de P.P. establece como causal de nulidad “la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales” y el juez que ejerce “control constitucional” en los procesos penales, debe precaver actos que vulneran esas garantías, así sea oficiosamente.

Mientras no se tramite la doble conformidad judicial la condena no está en firme y la prescripción de la acción penal continúa y se puede consolidar si no se ha resuelto ese mecanismo constitucional. Es un desacierto de la Corte Constitucional que en una la sentencia de tutela no de constitucionalidad, en la SU 146 de 2020 que produce efectos interpartes adopte decisiones generales sobre la no

prescriptibilidad de la acción penal con alcances restrictivos a los establecidos por las normas vigentes al juzgamiento en materia penal en un proceso en curso, contraviniendo decisiones en sentido contrario de la misma corporación. Las razones de esta última aseveración se comprenden citando lo que he señalado en otros salvamentos de voto (Rdo. 52227, entre otros) en relación con los límites al juez al crear precedentes y líneas jurisprudenciales:

Por vía de hermenéutica, en materia penal, las sentencias de las altas cortes, tribunales y juzgados, no pueden “ampliar la punibilidad” ni hacer interpretación “analógica in malam partem” (C- 645/12).

Constitucionalmente y en lo que concierne al derecho penal, las regulaciones prohibitivas, restrictivas, que agravan o desmejoran, su establecimiento es de competencia exclusiva del Congreso de la República, presupuesto éste sin el cual el juez no puede hacerlas exigibles.

El administrador de justicia, sobre materias no reguladas o respecto de la aplicación de lo establecido legalmente, no puede asignar consecuencias **o alcances** más gravosos o restrictivos, estas específicas materias están vedadas al juez, cuando la decisión judicial tiene esta orientación debe contar con un fundamento legal expreso, que por reserva de la configuración legislativa no le compete a la administración de justicia.

La jurisprudencia puede determinar el significado del texto legal y su alcance en la aplicación, a través de la interpretación. El ejercicio de tal potestad tiene límites, en principio, debe circunscribirse al objeto al que se refiere el supuesto de hecho que está contenido en la disposición examinada.

Vía jurisprudencial, la fijación de una regla comprendida en el supuesto de hecho expresamente regulado tiene obligatoriedad, pero si tal interpretación desborda la materia reglamentada, porque extiende su alcance a una situación no contemplada, esta únicamente será oponible y exigible cuando es favorable a la situación jurídica del acusado, no en el caso contrario.

Las anteriores afirmaciones tienen apoyo en la Carta Política, las normas rectoras del C.P. y C.P.P. y, especialmente en los artículos 5, 8 y 45 de la Ley 57 de 1887, reglamentada por el Decreto 1083 de 2015. Estas últimas imponen como reglas al juez en los juicios penales: i) Que “los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”; ii) La aplicación de leyes a casos o materias semejantes procede solamente cuando no tienen regulación expresa y, iii) la hermenéutica es para “fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”.

La dialéctica entre el intérprete y la ley si es respetuosa de la materia regulada con las diversas variantes que se asignan a ésta es interpretación extensiva, este entendimiento máximo del supuesto de hecho respeta el principio de legalidad, es admisible, el alcance así concebido está autorizado porque registra la voluntad del legislador, cabe sin sacrificio de garantías en los casos a que se refiere el texto legal. Lo contrario es prohibido, no es interpretación extensiva, es aplicación analógica, cuando la circunstancia fáctica no está contemplada en el mandato y se le asignan consecuencias gravosas en relación con el asunto sub judice al que está vinculado el inculcado.

Es analogía resolver un asunto no regulado por la ley con lo establecido por otro texto legal. La solución normativa para el asunto sub judice no existe, se crea con la decisión judicial y, cuando ello ocurre con orientaciones que desfavorecen la situación jurídica del procesado en materia penal, es aplicar analogía in malam partem, la que está proscrita constitucional y legamente en el ordenamiento jurídico colombiano para todos los administradores de justicia, cualquiera sea la jurisdicción a la que pertenezcan.

El examen gramatical, lógico, histórico y sistemático de la oración normativa, si la interpretación es de naturaleza restrictiva, prohibitiva, de mayor punibilidad, cuando el texto no la admite expresamente, por las razones dichas, es asignarle por el administrador de justicia un alcance que empeora la situación jurídica del procesado, desmejora las garantías y condiciones establecidas por el legislador, es asignar consecuencias que por voluntad del creador de la regulación no incluyó ni estableció, lo que vulnera los principios superiores de legalidad y competencia exclusivas, a los cuales estamos sometidos **todos** los jueces y magistrados por mandato constitucional, sin importar la decisión en que se asuma.

La pregunta es, la prescripción de la acción penal y la cosa juzgada están reguladas en las leyes penales en Colombia, en este caso concreto la interpretación y la regla que se impone por la sentencia SU ... de la Corte Constitucional no tiene cabida en ordenamiento jurídico constitucional y legal vigente en materia de la prescripción a que se viene aludiendo.

De otra parte, cabe señalar que, durante el año de 2019, un número significativo, aproximadamente un 80% de las decisiones que adoptó la Sala de Casación Penal en ejercicio de la potestad que se le otorga para resolver la doble conformidad judicial, revocó la primera condena para absolver al procesado (radicados 51363, 51530, 51860, 54593, 54747, 54215, 54848, 54896, 55300, 55431, 55651, 55717, 56574, entre otros más).

Una sola decisión absolutoria con base en dicho mecanismo justifica la importancia del mecanismo, que impide

que inocentes sean condenados y sometidos a pagar una pena injusta y se debe agotar su trámite para la ejecutoria de las sentencias, sin importar si se sustentó la impugnación, si se desistió o fue extemporánea su interposición o de oficio se tramitó, lo que importa es que prevaleció la absolución de un inocente.

En este caso, de no otorgarse el amparo, al accionante se le dejaría condenado a una pena de prisión, con la opinión y la decisión de una única autoridad judicial, cuando el Acto Legislativo no lo permite, porque en el mismo proceso dos autoridades diferentes tienen que proferir fallo de condena.

La segunda opinión se puede obtener a petición de parte o de oficio, el juez que profirió el fallo de condena o que resuelve el recurso de queja que deniega la apelación, debe ordenar su trámite, pues es la manera como se cumple la garantía del Acto Legislativo 01/2018.

Es válido en esta oportunidad señalar que la doble conformidad judicial tiene una naturaleza, un desarrollo y unas particularidades que están solamente en función de que esa garantía se dé por satisfecha después del 18 de enero de 2018 en

virtud del Acto Legislativo 01 de 2018 y del 30 de enero de 2014 por los efectos del SU 146 de 2020.

La interpretación de los textos de la doble conformidad judicial no puede hacerse con la filosofía y el desarrollo propio de los recursos ordinarios (apelación), tampoco con los de los extraordinarios (casación), mucho menos puede equipararse a un grado de consulta, porque todos estos mecanismos están o estaban (consulta) sustentados y desarrollados de manera distinta, en fases procesales diferentes, con competencias y finalidades que no son idénticas a las de la doble conformidad judicial. Por eso no pueden equipararse tales mecanismos a la impugnación especial.

La impugnación a que nos referimos no puede descartarse y no hacerse exigible, con argumentos de términos, sustentación o desistimiento, porque la garantía constitucional lo que exige es que se constate que contra un condenado en el proceso penal dos autoridades distintas coinciden o no en el juicio de condena. Mientras esto no se cumpla debe hacerse revisar la primera condena.

¿Es jurídicamente viable archivar un proceso sin resolverse un recurso interpuesto (apelación o casación) ?, y, trascurrido un

término se perdería el derecho por el procesado condenado al trámite de tales mecanismos?, ¿la sentencia estaría ejecutoriada y alcanzaría la naturaleza de cosa juzgada?, El debido proceso estaría satisfecho en esas condiciones? ¿Qué diferencia hay entre esas situaciones y la que se presenta con un expediente en donde hay un condenado con la sentencia proferida por una sola autoridad judicial, si esa decisión se profirió después de enero de 2018 ó del 30 de enero de 2014? La respuesta es obvia y única: el proceso está incompleto, debe resolverse los recursos ordinarios, extraordinarios o especiales que no se han tramitado y que proceden a petición de parte (ordinarios y extraordinarios) o aún de oficio (impugnación especial).

Cordialmente,



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

Magistrado  
*Fecha ut supra.*