SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto, me permito expresar las razones por las cuales no comparto la decisión que negó el amparo de los derechos fundamentales que le han sido violados al accionante.

1. El tutelante, quien gozaba de fuero constitucional para la época en que sucedieron los hechos que dieron origen al proceso penal que se adelantó en su contra, reclamó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, la doble instancia, la aplicación inmediata de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, entre otros, que considera vulnerados por la Sala de Casación Penal de esta Corte, al haberle negado la posibilidad de impugnar la sentencia que lo condenó en única instancia el 16 de julio de 2014.

2. La primera providencia que le negó al ciudadano el derecho superior a la doble conformidad de la condena (AP3330 del 25 de mayo de 2016) se sustentó en que la sentencia se dictó el 16 de julio de 2014 y su lectura se hizo en audiencia del día siguiente, *«por lo que, tratándose de un proceso de única instancia, la decisión cobró ejecutoria en la primera de esas fechas, mientras sus efectos se predican a partir de la segunda»*.

Para fundamentar su decisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia manifestó que el efecto del fallo C-792 de 2014 de la Corte Constitucional *«sólo es aplicable a los casos que reúnan tres condiciones: i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, y iii) respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016»*.

Como la condena que se dictó en contra del tutelante no fue de segunda instancia y quedó ejecutoriada el 16 de julio de 2014, la Sala Penal concluyó que *«no concurren dos de los presupuestos necesarios para aplicar la sentencia C-792 de 2014»*.

Según la Sala Penal, la parte resolutiva de la mencionada sentencia de constitucionalidad dio origen a una *"contradicción sustancial"*; toda vez que en ella se ordenó que si el Congreso no regulaba el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria en el término de un año *«se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la sentencia».*

En su opinión, no es posible resolver la contradicción que entraña la sentencia de constitucionalidad *«cuando actúa como juez de única o segunda instancia, o juez de casación, pues la estructura de la Rama Judicial está diseñada de tal manera que esta Corporación es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, por lo mismo de cierre, como lo disponen los artículos 234 de la Carta Política y 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de modo que las sentencias condenatorias en juicios de única instancia, o las dictadas en segunda instancia que por primera vez imponen condena, o al resolver el recurso extraordinario de casación, carecen de superior jerárquico o funcional con competencia para revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de una condena, de acuerdo a los estándares fijados por la Corte Constitucional en la C-792 tantas veces citada».*

Como soporte adicional de su decisión afirmó que, *"de todas maneras"*, aunque no se hubieran dado tales condicionamientos o limitaciones, *«es claro que el ordenamiento existente no ofrece opciones para suplir o complementar el déficit normativo en ese tema».*

3. La providencia que es materia de la acción de tutela (AP361-2019), dictada por la Sala de Casación Penal de esta Corte el 13 de febrero de 2019, declaró, una vez más, la improcedencia de la solicitud de impugnación de la sentencia condenatoria con base en los mismos argumentos que esgrimió en el auto anterior: que hay cosa juzgada; que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es órgano de cierre y no tiene superior jerárquico; y que el Acto Legislativo 1 de 2018 *«no incluyó ningún mandato de "rescisión" de la cosa juzgada asociado a las sentencias condenatorias dictadas en única instancia por la Corte Suprema de Justicia»* y, ni siquiera, un régimen de transición que permitiera aplicar retroactivamente la reforma constitucional a los casos que se juzgaron *"con plena sujeción a la ley vigente"*.

4. El fallo de tutela que es materia del presente salvamento de voto se soportó en cuatro pilares: **i)** la condena penal que se dictó en única instancia contra el accionante cobró ejecutoria antes de que la Corte Constitucional profiriera la sentencia C-792 de 2014, por lo tanto es inmodificable por haber operado la cosa juzgada; de suerte que una eventual revisión en sede de impugnación quebrantaría la seguridad jurídica a la que sirve el principio de la cosa juzgada, lo que torna inviable la aplicación del principio de favorabilidad; **ii)** el juicio penal mediante el cual se declaró responsable al tutelante se ajustó al artículo 29 de la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre derechos humanos y garantías judiciales suscritos por Colombia; **iii)** la recomendación del Comité de la ONU, según la cual el Estado colombiano tiene la obligación de proporcionar al procesado un recurso efectivo y sin formalismos que garantice su derecho a la doble conformidad de la condena penal, carece de fuerza vinculante; y **iv)** la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal y cuestionada por el accionante es razonable.

5. En mi respetuoso criterio, esos argumentos se sustentan en premisas falsas o en supuestos erróneos, dan lugar a confusiones y no aportan razones jurídicas válidas para negar la protección del derecho invocado, tal como me permito exponerlo a continuación:

5.1. El derecho fundamental a la doble conformidad de la condena penal.

No es necesario ahondar en explicaciones acerca del derecho que tienen las personas que han sido condenadas en un juicio penal a controvertir el fallo incriminatorio ante una instancia judicial distinta a la que dictó la providencia. Sobre ese punto existe suficiente ilustración por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

Además, el hecho de que se trate de un derecho protegido por todas las naciones civilizadas desde hace más de cinco décadas, que haga parte del bloque de constitucionalidad y se halle expresamente consagrado como garantía de aplicación inmediata en la Constitución Política, hace innecesario adentrarse en mayores disquisiciones.

Tampoco es indispensable indagar cuál fue el fin práctico que se intentaba lograr con su instauración como derecho fundamental, pues ello es una pregunta que debió plantearse el órgano político cuando lo consagró como

garantía superior inaplazable del sistema jurídico, por lo que su "finalidad" no es un cuestionamiento que deba hacerse el juez constitucional para negarlo según las consecuencias previsibles en cada caso particular con el pretexto de realizar "interpretaciones teleológicas", o para imponerle limitaciones o excepciones no previstas en el ordenamiento vigente, o para "ponderarlo" con el ejercicio de derechos ajenos.

5.2. De conformidad con lo establecido por el numeral 5° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aceptado sin reservas por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y vigente desde el 23 de marzo de 1976, *«toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»*.

Esta disposición fue reiterada en el numeral 2° del artículo 8° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, incorporada por la Ley 16 de 1972, vigente a partir del 18 de julio de 1978, según el cual *«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) recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)»*.

Es decir que el derecho fundamental a la doble conformidad de la condena penal está vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde 1976.

Sobre los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad de la primera condena, en la Observación General N° 32 emitida en el año 2007 por el Comité Interamericano de Derechos Humanos, se puntualizó que *«cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto.»*

De igual modo, el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispone: *«Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea*

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

Este derecho es de aplicación inmediata según el tenor literal del artículo 85 de la Constitución Política.

5.3. Al analizar la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 906 de 2004 que guardaban silencio respecto de la aplicación del mencionado derecho, la Corte Constitucional encontró que las sentencias que imponen una condena por primera vez en única o en segunda instancia no son susceptibles de ser controvertidas mediante recurso de apelación, sino solamente mediante el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales y la acción de revisión, ninguno de los cuales satisface los requerimientos básicos del derecho a la impugnación.

En tal virtud, concluyó 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"* en la demanda de inconstitucionalidad.

Por ello, la Corte Constitucional declaró: i) la inconstitucionalidad de los preceptos demandados en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; ii) la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo; iii) exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco del proceso penal, imponen una condena por primera vez; y iv) dispuso 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.

5.4. Los efectos hacia el futuro de la Sentencia C-794 de 2014 no son un obstáculo para que el derecho a la impugnación de la condena penal se materialice en los procesos anteriores que violaron esa garantía superior.

El derecho a la doble conformidad de la condena penal está vigente en nuestro ordenamiento jurídico –se reitera–

desde 1976. Luego, ni la sentencia de constitucionalidad ni ninguna norma tienen la aptitud de limitar el ejercicio de ese derecho o de "reconocerlo" desde una fecha posterior.

La circunstancia de que ese derecho se haya vulnerado en todos los procesos en que los enjuiciados no tuvieron la posibilidad de impugnar la condena penal no es una causal eximente de la obligación del Estado de garantizarlo; es una situación agravatoria de su incapacidad de brindar a los procesados penales las garantías mínimas reconocidas por los instrumentos internacionales adoptados por nuestro ordenamiento interno desde hace más de cuatro décadas.

En su Sentencia C-792 de 2004, la Corte Constitucional no creó, ni reconoció, ni declaró el derecho fundamental a la doble conformidad de la condena penal (de ahí que ese fallo no es ni puede ser el punto de partida temporal para que tal derecho se haga efectivo), porque esa garantía fue introducida en nuestro ordenamiento positivo y está vigente desde el 23 de marzo de 1976; hace parte del bloque de constitucionalidad por mandato del artículo 93 Superior; y es de aplicación inmediata, por lo menos, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, tal como lo ordena su artículo 85.

Lo único que declaró la Corte Constitucional fue la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 906 de 2004, que, por cierto, no fue el estatuto procesal aplicable al juicio que se siguió en contra del accionante. Por consiguiente, sólo a la vigencia de esos artículos se circunscriben los efectos retroactivos o irretroactivos de la sentencia C-792 de 2014, por lo que en esta oportunidad ni siquiera es necesario aludir a la aplicación del principio de favorabilidad del derecho a la doble conformidad de la condena penal porque la violación del derecho fundamental ocurrió bajo la vigencia de los estatutos jurídicos superiores que lo consagraron.

El problema jurídico que subyace a la controversia constitucional, en suma, no tiene ninguna relación con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de retroactividad de la ley penal más benéfica; por lo que este tópico debe ser excluido de la presente discusión.

Si la retroactividad de la ley más beneficiosa pudiera dar lugar a alguna discusión doctrinal, ella sería, únicamente, la de la posibilidad de que quedaran cobijadas con ese beneficio las conductas punibles realizadas antes del 23 de marzo de

1976. Todo lo realizado después de esa fecha quedó cubierto por la garantía fundamental a la apelación de la primera condena penal.

Luego, la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 906 de 2004 no tiene ninguna capacidad de afectación del derecho fundamental que está vigente desde 1976 y es de aplicación inmediata, por lo menos, desde 1991, en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución Política.

No es verdad, entonces, que el proceso penal que se siguió en contra del accionante se ajustó al artículo 29 constitucional y a los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y garantías judiciales. Pudo haber estado de acuerdo, eso sí, con las deficiencias del ordenamiento procesal vigente para la época; pero precisamente por ello fue violatorio del debido proceso.

5.5. La orden que impartió la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014 no es "contradictoria".

Según la Sala Penal de esta Corte, la *"contradicción sustancial"* que entraña la Sentencia C-792 de 2014 consistió en que no es posible garantizar el derecho fundamental a la impugnación de la primera condena ante el superior jerárquico o funcional de la Corte Suprema porque la Corte Suprema no tiene superior jerárquico o funcional.

Es decir que el derecho superior a la doble conformidad de la sentencia condenatoria fue negado bajo la excusa de una "deficiencia normativa" de inferior raigambre, que más que una "laguna del derecho" fue una injustificable anomalía instrumental u operativa.

En vez de enfrentar los obstáculos que bloqueaban la capacidad decisoria del sistema jurídico penal en materia de garantía de los derechos fundamentales de los procesados, como era su deber, la Sala Penal de esta Corte se excusó en una "imposibilidad material" que fue, precisamente, lo que dio origen a la inconstitucionalidad de los procesos penales que no brindaron a los enjuiciados la oportunidad de apelar la primera condena.

Sin considerar otras posibilidades, la Corte se cerró frente al cuestionamiento crítico de la situación.

Pues bien, la falta de "superior funcional", que según la Sala Penal ha impedido la realización material del derecho fundamental al debido proceso, no es ninguna "contradicción sustancial". En la realidad del sistema jurídico no se dan "contradicciones sustanciales". La contradicción es siempre un asunto de incoherencia lógica pero no "sustancial".[1]

La ausencia de una "instancia superior" al juez natural de los aforados constitucionales provocó *la situación real* (no conceptual) de que se les estuviera negando su derecho fundamental a la doble conformidad de la condena, lo que *condujo* a la Corte Constitucional a reconocer la presencia de esa irregularidad en el sistema jurídico, luego de lo cual no quedaba otra opción distinta a ordenar a todas las autoridades o instancias judiciales la realización material –con o sin la intervención del órgano legislativo– del derecho superior que venía siendo vulnerado.

La Corte Constitucional, en síntesis, cuando declaró la inexequibilidad *"con efectos diferidos"* de varios artículos de la Ley 906 de 2004, se limitó a introducir un *"valor de rechazo"* del sistema jurídico frente a la normatividad procesal que impedía la realización del derecho fundamental a la doble conformidad de la sentencia de condena.

Después de que la Corte Constitucional reconoció el estado de no-derecho al que estaban siendo sometidos los procesados penales que no contaban con la posibilidad de impugnar la condena, no era posible permanecer en esa situación bajo ningún pretexto; por lo que todos los motivos que se han aducido para evadir la orden constitucional han sido, sin lugar a dudas, contrarios al ordenamiento jurídico e insuficientes para justificar que se sigan lesionando los bienes jurídicos superiores de los procesados.

El fallo de inconstitucionalidad no creó un derecho fundamental, ni lo reconoció con efectos 'hacia el futuro', pues es evidente que tal derecho está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico desde 1976 y es de aplicación inmediata, por lo menos, desde 1991.

---

[1] La contradicción es siempre una violación al principio lógico de no-contradicción, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. En la realidad física, social o jurídica jamás ocurren "contradicciones" porque de un ente jamás puede decirse que existe y no existe al mismo tiempo. La evolución de un concepto o instituto jurídico en el tiempo impide que se den contradicciones.

El reconocimiento de una deficiencia en materia de garantía de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional es indicativo de la continua y discontinua producción de elementos siempre nuevos dentro del propio sistema jurídico, lo que no es más que la manifestación de su real evolución. El desvelamiento de dicha irregularidad dio lugar a que la Corte Constitucional ordenara, sí o sí, el cese definitivo de la misma mediante la materialización de la garantía de la doble conformidad de la condena, lo cual hizo necesaria la asignación de funciones a una instancia adicional que resolviera la impugnación.

Cómo y quién sería ese superior funcional no fue, ni pudo ser, un problema que debía resolver la Corte Constitucional; ni mucho menos puede decirse que sea un asunto exclusivo del legislador, de ahí que en la sentencia antes referida, previera que si el Congreso de la República no regulaba la materia dentro del término de un año «*...se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena*» (C-792 de 2014).

Una vez reconocido el estado de continua vulneración del derecho fundamental por parte del propio sistema jurídico (derecho que dio origen a un no-derecho), la única opción viable para el cese de la irregularidad era ordenar la garantía del derecho superior por parte de la administración de justicia, con o sin la intervención de la rama legislativa, pues el derecho fundamental era y es parte del sistema jurídico vigente. Cualquiera que fuera la causa de esa perturbación funcional, ello no es atribuible al sujeto pasivo de la relación procesal, pues no es su obligación, ni su deber, ni su carga procesal resolver la incapacidad del Estado para administrar justicia conforme al principio supremo del debido proceso.

Correspondía a la Corte Suprema de Justicia aceptar la realidad y acatar la orden impartida por la Corte Constitucional, tomando una decisión con las herramientas que le daba el mismo ordenamiento jurídico y dentro de los límites del derecho, sin que le fuera dable excusarse en problemas operativos no regulados por leyes, ni mucho menos delegarle su función dentro del sistema jurídico al órgano legislativo.

La falta de superior jerárquico no era una excusa para permanecer en el estado de no-derecho, tal como lo demuestra el hecho de que problemas similares han podido

resolverse sin necesidad de hacer reformas constitucionales o legales.

Así ocurrió cuando –debido a la declaración de inexequibilidad del artículo 40 del decreto 2591 de 1991 (expedido por el Presidente de la República para reglamentar la acción de tutela)–, el "vacío legal" se llenó con la expedición del Acuerdo 1 de 2002 de la Sala Plena, que adicionó el artículo 44 del Reglamento de esta Corporación para crear la segunda instancia de las acciones de tutela que fallaban las Salas Especializadas en primera instancia. De ese modo se garantizó el derecho a la impugnación en esas actuaciones sin necesidad de crear un "superior jerárquico".

De manera similar, ante la falta de regulación legislativa, la Sala Plena de esta Corporación, en acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-545 de 2008,[2] expidió el Acuerdo 1° del 19 de febrero de 2009, en virtud del cual se adicionaron los artículos 55, 56, 57 y 58 del Reglamento de la Corte Suprema (Acuerdo 6 de 2002), para garantizar la división de los procesos penales adelantados en esta sede en dos etapas: la instrucción y el juzgamiento; para lo cual fue suficiente establecer simples reglas de reparto entre los magistrados de la Sala Penal, sin necesidad de hacer grandes transformaciones normativas.

De hecho, el Acto Legislativo 1 de 2018 tampoco creó ningún superior jerárquico, pues lo único que hizo fue crear nuevos cargos de magistrados que conocieran de los procesos penales adelantados por esta Corte en primera instancia.

Es más, el Acto Legislativo 1 de 2018 no solucionó el problema de la violación del derecho a apelar la primera condena penal cuando la Corte Suprema de Justicia revoque –en segunda instancia o en casación– la sentencia absolutoria dictada en primera instancia para, en su lugar, proferir un fallo incriminatorio.

Cuando ello ocurra –y va a ocurrir– no podrá afirmarse que es imposible garantizar el aludido derecho fundamental "por falta de superior jerárquico", "porque hay cosa juzgada",

---

[2] A través de la cual el alto Tribunal declaró «**EXEQUIBLE** la expresión *"Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000"*, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, **en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso,** de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008».

o "porque no se ha legislado sobre el asunto", pues ya se ha demostrado que ninguna de esas excusas son razones válidas para perpetuar el estado de vulneración de la garantía superior.

No se trata de un problema de "existencia" e "inexistencia" al mismo tiempo de un estado de cosas contradictorias –como adujo la Sala Penal– sino, simplemente, de la ausencia de voluntad de las instituciones del Estado para organizar la estructura judicial e implementar las condiciones que hacen posible que el sistema funcione como unidad de procesos encaminados a combinar las operaciones del sistema. La orden de la Corte Constitucional, en suma, podía solucionarse con la simple asignación o reparto de competencias a una instancia funcional adicional, aunque no fuese superior jerárquico.

Es cierto que la Sala de Casación Penal carece de superior "jerárquico"; pero para hacer efectivo el derecho a la doble conformidad de la condena no se requiere que tal superior exista. Basta hacer la diferenciación semántica entre superior jerárquico y superior funcional –como se explicó líneas arriba– y asignar al superior funcional la competencia para conocer de la apelación; lo cual no requería la expedición de actos legislativos o de leyes ordinarias. La experiencia demostró que un simple Acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema y su voluntad de acatar el mandato constitucional bastaban para resolver el problema hasta que el órgano legislativo cree una estructura orgánica más adecuada.

El acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema jurídico que ordenó la Corte Constitucional en Sentencia C-792 de 2014 es una situación irreversible que evidencia la evolución real del derecho; y frente a ella ni la Corte Suprema de Justicia ni ninguna autoridad de la República pueden dar marcha atrás. La claridad y univocidad de este estado de cosas no plantea dificultades. Por consiguiente, no hay duda de que la Sala Penal de esta Corte debió plantear la solución del problema al interior de la misma Corte como lo hizo en los casos mencionados.

En cualquier caso, si en opinión de ese órgano era "materialmente imposible" que se surtiera la impugnación de la condena en la época en que fue proferida, ello no borra el hecho de que el derecho fundamental se violó en todos los procesos en los cuales no se dio al procesado la oportunidad de apelar la sentencia incriminatoria. Y nada obsta para que

la falencia se corrija ahora que se ha suscitado la controversia con ocasión de la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo.

5.6. No es cierto que hay cosa juzgada.

Al tutelante no se le garantizó su derecho fundamental al debido proceso porque se le negó la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria penal que se dictó en su contra en única instancia, por lo que ésta no ha hecho tránsito a cosa juzgada, pues el juicio penal se adelantó sin que se hayan agotado todas las instancias, etapas y actuaciones a las que tienen derecho todas las personas procesadas judicialmente bajo el imperio del ordenamiento patrio, por lo menos, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, que dispuso la aplicación inmediata de ese derecho fundamental.

Como la sentencia jamás ha hecho tránsito a cosa juzgada, el ciudadano que no ha tenido la posibilidad de impugnarla por deficiencias estructurales del sistema jurídico tiene derecho a interponer el recurso ordinario e informal ante el respectivo superior funcional (no jerárquico) y sigue gozando del beneficio de la presunción de inocencia mientras no se demuestre lo contrario en un proceso que se realice con pleno cumplimiento de sus garantías superiores.

Luego, sería erróneo afirmar que con la concesión del amparo constitucional se estaría "reabriendo" un proceso penal concluido, pues es claro que el juicio penal en el que no se cumplió el debido proceso no está en firme y, por ello, no se ha cerrado o agotado.

5.7. La vigencia hacia el futuro del Acto Legislativo 1 de 2018 no sanea la violación del derecho fundamental en los procesos que se tramitaron con anterioridad a la reforma constitucional, ni impide que se garantice ese derecho en los casos en que se quebrantó.

Si el órgano legislativo dictó o no normas para garantizar el aludido derecho fundamental, ello es una cuestión irrelevante para los precisos fines que interesan a esta controversia; pues en ningún caso el legislador puede desconocer, limitar o impedir su aplicación a los asuntos que fueron fallados con desconocimiento de esas prerrogativas. Podrá, eso sí, incrementar los mecanismos de eficacia para la realización del derecho superior, pero jamás restringirlo o impedir su aplicación con la expedición de normas.

Mucho menos resulta trascendente si el Acto Legislativo 1 de 2018 previó o no régimen de transición, porque como lo manifesté en el salvamento de voto que expresé frente al fallo de tutela STC8851-2018, proferido por esta Sala Civil el 11 de julio de 2018,[3] la instauración de un régimen de transición nunca ha sido necesaria para la entrada en vigor de las normas, menos si se trata de una que consagra un derecho fundamental de aplicación inmediata.

Los regímenes de transición –afirmé en aquella oportunidad y ahora lo reitero– son una potestad del constituyente o del legislador cuando uno u otro consideran conveniente establecerlos para la entrada gradual de la nueva ley, o para su adecuación a las situaciones fácticas que venían siendo reguladas por la ley anterior. Pero de ninguna manera puede afirmarse que la ausencia de régimen de transición comporta un "vacío legal", "un déficit normativo" o una "laguna del derecho" que oscurezca la resolución de los casos que puedan resultar afectados o beneficiados por la vigencia del nuevo ordenamiento.

La regla general siempre ha sido que si la nueva norma no consagra régimen de transición, ni somete la vigencia de la ley a ninguna condición, entonces entra a regir desde el momento en que ella lo dispone, o desde su publicación si no prevé nada al respecto; y los asuntos sometidos a su ámbito de aplicación o validez material se dejarán a la competencia que esa misma norma establece, o a las reglas generales sobre competencia y vigencia de la ley en el tiempo en caso de que la nueva disposición guarde silencio sobre ese punto.

No existe, ni podría existir ninguna disposición o regla que consagre la inaplicabilidad o ausencia de vigor del nuevo ordenamiento por falta de régimen de transición. Si así fuese, la inmensa mayoría de normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico no podrían entrar a regir desde su promulgación y publicación, pues los regímenes de transición son una excepción y no la regla general.

El Acto Legislativo 1 de 2018 no condicionó su entrada en vigor a ninguna situación jurídica o fáctica, por lo que es de aplicación inmediata. De ahí que las deficiencias organizacionales o estructurales de la administración de justicia, o la falta de voluntad para acatar el mandato constitucional, no pueden ser obstáculos para la realización de los derechos superiores impostergables.

---

[3] Radicación n.° 11001-02-03-000-2018-01365-00.

En cualquier caso, el Acto Legislativo que –como se explicó– no era de ninguna manera necesario, no creó el derecho fundamental a la doble conformidad de la condena penal ni es condición de su realización, pues esa garantía superior hace parte del haber jurídico inaplazable de los habitantes del territorio nacional, por lo menos, desde 1991.

Luego, ni el Acto Legislativo ni ninguna otra norma de igual o inferior jerarquía encaminada a la implementación operativa o instrumental de un derecho superior, podría tenerse en cuenta como punto de partida para la realización de la garantía consagrada por la Constitución Política como derecho fundamental de aplicación inmediata. Jamás las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales han necesitado de leyes inferiores que "reconozcan" o dispongan la realización de tales derechos, aunque esas normas cumplan una función de implementación operativa para su efectiva materialización.

5.8. Es irrelevante el carácter vinculante o discrecional de la recomendación del Comité de la ONU.

Con la suscripción del Protocolo Facultativo del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, Colombia reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos para establecer si el Estado ha incumplido o no sus compromisos convencionales, cosa que esa autoridad llevó a cabo a solicitud del accionante y que le permitió concluir que *«los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 14(5) y 25 del Pacto»*, situación que debe ser reparada por la Nación a través de sus instituciones, entre ellas, las que componen la administración de justicia.

Con todo, no interesa si aquella observación es vinculante o no para el Estado colombiano, toda vez que la obligación de las autoridades judiciales de garantizar el aludido derecho superior emana del compromiso que asumió el país al aceptar sin reservas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y vigente desde el 23 de marzo de 1976) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, incorporada por la Ley 16 de 1972 y vigente a partir del 18 de julio de 1978); los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad por mandato del artículo 93 Superior y

son derechos de aplicación inmediata porque así lo ordena el artículo 85 de la Norma Fundamental.

En consecuencia, la supuesta ausencia de fuerza vinculante de las observaciones o recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas no es una razón para negar el amparo del derecho fundamental que ha sido flagrantemente conculcado, como tampoco lo es la falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia para resolver tales falencias, pues como órgano integrante del Estado tiene la responsabilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para evitar el incumplimiento de acuerdos internacionales, sobre todo cuando la violación de las garantías allí consagradas proviene del ejercicio de la actividad judicial.

5.9. El derecho fundamental a la impugnación de la condena penal no riñe con el valor de la "seguridad jurídica" ni afecta la garantía de expectativas fiables y estables del sistema jurídico.

Respecto de la cosa juzgada como pilar de la seguridad jurídica, hay que reiterar que el proceso penal se adelantó sin que se diera al enjuiciado la oportunidad de impugnar la condena que se dictó en su contra. Por consiguiente, esa decisión no ha hecho tránsito a cosa juzgada. No hay, por tanto, ninguna violación a la "seguridad jurídica".

En cualquier caso, la seguridad jurídica, no es ni puede ser entendida como un obstáculo para la ampliación de los fundamentos de validez del derecho cuando tal ensanchamiento se torna indispensable para la garantía de los derechos superiores.

La invocación de la "seguridad jurídica" tampoco supone la aceptación de que una situación antijurídica deba hacerse pasar como jurídica. Desde hace mucho tiempo se sabe que «*la arrogancia del derecho de dictar lo que es correcto tiene que ser pagada con la disponibilidad para el cambio*».[4] El carácter dinámico del derecho exige que pueda y deba ser alterado porque solo ofrece visiones temporales de lo que es correcto.

---

[4] Niklas LUHMAN. La unidad del sistema jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 127.

Es cierto que el derecho utiliza las perspectivas de conflicto para la formación y reproducción de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas.[5] De ahí que en vez del mito de la "seguridad jurídica" sea más realista hablar de las "expectativas fiables y estables" que debe garantizar el sistema jurídico como valor que aporta a la sociedad. Por ello mismo, la "seguridad jurídica" (o expectativa de estabilidad, para ser más precisos) es un valor que pertenece a la sociedad en general, pero en ningún caso está por encima de los derechos subjetivos impostergables del procesado penal. Las garantías inalienables del sujeto pasivo de la relación jurídico penal, en suma, jamás se ponderan ni ceden frente a los intereses generales de la sociedad, pues esos valores ni siquiera entran en conflicto.

Las garantías penales fundamentales, en tanto suponen un mínimo que el Estado como sujeto activo de la relación jurídico-penal debe ofrecer al procesado (quien es siempre la parte débil en esa relación), jamás se someten a los motivos de conveniencia general o a los intereses de la sociedad; mucho menos a la "seguridad jurídica" que pretende servir a esos intereses.

De ahí que los funcionarios judiciales están constitucional y legalmente obligados a proteger los derechos superiores de los procesados penales por encima de cualquier motivo de conveniencia o utilidad política, moral, social o económica que se erija en una odiosa tiranía de la razón extrajurídica que neutraliza los contenidos sustanciales del ordenamiento.

Las garantías penales, como las que establece el artículo 29 de la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, fueron el resultado de históricas luchas para alcanzar el cumplimiento efectivo del principio supremo, universal, impostergable, insustituible e imponderable de la presunción de inocencia, frente a la tendencia popular de guiarse por pasiones, prejuicios y sed de venganza.

Por ello, todos los motivos extrajurídicos que se aduzcan para impedir la realización de los derechos fundamentales de los procesados penales, a pesar de su conveniencia, tienen que ser solucionados por fuera del sistema jurídico por quienes deban cumplir esa función, pero jamás pueden

---

[5] Ibid, p. 62.

afectar las decisiones de los funcionarios judiciales ni tienen que ser soportados por el procesado.

Los derechos superiores de los procesados penales, en suma, son inalienables e impostergables, y no están sujetos a "ponderación", ni a motivos de interés, ni a la conveniencia social o política, ni a inclinaciones morales de cualquier tipo, ni mucho menos pueden ser conculcados por causa de deficiencias organizativas del sistema judicial. Todo lo contrario: las garantías del derecho penal están concebidas a pesar –y aún en contra– de todas esas situaciones.

La protección de la "seguridad jurídica" no es, entonces, una excusa válida para la negación de la tutela constitucional que se erige en el único mecanismo eficaz que le queda al ciudadano para la restauración del derecho fundamental que le ha sido vulnerado.

5.10. La decisión acusada en sede de tutela fue contraria al ordenamiento jurídico.

No es posible, por otra parte, afirmar la "razonabilidad" del criterio en que se sustentó la providencia acusada, pues una decisión que no está conforme con el ordenamiento jurídico vigente, sino que obedece a motivos de conveniencia y utilidad, pero no a la constitucionalidad imperante, jamás podrá ser "razonable".

En el caso que nos ocupa, es indiscutible que el procesado no contó con la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria que se dictó en su contra a pesar de que ese derecho fundamental está vigente en nuestro ordenamiento positivo desde hace más de cuatro décadas. Luego, el proceso en el que se dictó esa condena desconoció el ordenamiento constitucional vigente; y cualquier motivo que se aduzca para excusar esa violación, por muy "razonable" que parezca desde una perspectiva extrajurídica, es una razón contraria a derecho.

5.11. Consideraciones finales.

Líneas arriba se afirmó que el derecho fundamental a la doble conformidad de la condena es de aplicación inmediata y, por lo tanto, impostergable, lo que no requiere demostración, pues es evidente con la simple lectura del artículo 85 de la Constitución Política.

También se aseveró que es un derecho inalienable, lo cual es comprensible por cualquier persona, dado que se trata de un derecho subjetivo que integra el núcleo básico del derecho de defensa, de ahí que sea una garantía mínima inherente a la dignidad humana.

Este derecho es *sui generis* porque su materialización no depende de ninguna otra circunstancia jurídica como, por ejemplo, del ejercicio de un derecho ajeno o de los límites impuestos a la propia libertad. El cumplimiento del debido proceso no riñe con ningún otro derecho, pues para su materialización basta que la administración de justicia lo garantice. Luego, no tiene limitaciones o excepciones de ninguna índole.

La cosa juzgada y la "seguridad jurídica" que se adujeron como disculpas para la no realización del debido proceso del accionante no son "derechos" que se oponen a esa garantía superior. Son, por el contrario, valores o metas políticas que sólo se cumplen cuando se ha respetado el debido proceso. De ahí que no suponen una excepción o limitación para su realización.

No es cierto, entonces, que en nuestro ordenamiento jurídico no existen derechos absolutos, pues el derecho que se viene tratando lo es; entendiendo por tal un derecho que no es relativo, que no tiene excepciones de ningún tipo ni colisiona con el ejercicio de otros derechos subjetivos o con los valores que pertenecen a la sociedad en general, pues –se reitera– estos últimos siempre ceden o se doblegan ante él.

El derecho fundamental a la doble conformidad de la sentencia de condena no es "un fin" que depende de que no le salgan al paso "otros fines", ni es una idea regulativa o "mandato de optimización" aplicable en unos casos y no en otros.

Lo anterior es suficiente para admitir sin reservas que el derecho fundamental a la doble conformidad de la condena es absoluto e imponderable; es decir que una vez se demuestra su vulneración no es posible justificarla mediante comparaciones orientadas por motivos prácticos.

El derecho fundamental al debido proceso y todos sus componentes, tales como la presunción de inocencia y la doble conformidad de la primera condena penal, suponen la victoria del derecho frente a la sinrazón del deseo de venganza o instinto de linchamiento que, como rasgo atávico,

perviven aún en la psicología humana. Negar ese derecho "en algunos casos", por los motivos que se quiera, es perpetuar ese impulso primitivo heredado por algunos representantes de la opinión pública o la moralidad, a quienes poco o nada les importa que la situación jurídica del procesado se defina en un proceso sujeto a las exigencias del derecho.

Al procesado, en últimas, se le está diciendo: *"Tienes un derecho fundamental inalienable e impostergable, pero no podemos hacer nada para garantizarlo"*. Lo que no es más que una injustificable disculpa, como aquella que el guardián del relato kafkiano le dio al campesino que acudió ante la ley: *"Tal vez"* podrías acceder a la ley, *"pero no ahora"*.

Antes "no se podía" garantizar el derecho fundamental porque no estaban dadas las "condiciones materiales", pero ahora que tales condiciones están dadas, tampoco.

De los Señores Magistrados,

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado