
**EL PRINCIPIO DE LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO:
ANÁLISIS DESDE EL PARADIGMA GARANTISTA**

**THE PRINCIPLE OF DOUBLE CONFORMITY IN
THE COLOMBIAN ACCUSATORY CRIMINAL
SYSTEM: ANALYSIS FROM THE GUARANTEES
PARADIGM**

**LE PRINCIPE DE LA DOUBLE CONFORMITÉ DANS LE
SYSTÈME PÉNAL ACCUSATOIRE COLOMBIEN : ANALYSE
À PARTIR DU PARADIGME DU GARANT**

**O PRINCÍPIO DA DUPLA CONFORMIDADE NO
SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO COLOMBIANO:
ANÁLISE A PARTIR DO PARADIGMA DO FIADOR**

Fecha de Recepción: 6 de diciembre de 2020

Fecha de Aceptación: 19 de diciembre de 2020

María Camila Rodríguez Ruiz¹
Cristian David Ibarra Sánchez²

1 Abogada de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Código ORCID: 0000-0003-1452-4430. Email: maria.rodriguez01@usantoto.edu.co

2 Doctor en Derecho de la Università degli Studi Roma Tre, Italia, Discipline Giuridiche. Candidato a Doctor de la Universidad de Salamanca, en el Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Abogado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja y Licenciado en Filosofía pensamiento político-económico de la Universidad Santo Tomás Bogotá. Actualmente docente de la escuela de Filosofía de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Código ORCID: 0000-0003-4612-6509. Email: cristian.ibarra@uptc.edu.co.

Resumen

El presente trabajo surge desde la perspectiva dogmática penal y desde la concepción del garantismo desarrollado por el profesor Luigi Ferrajoli, queriendo tomar como punto relevante el principio de doble conformidad y su inaplicabilidad en el sistema penal acusatorio. Así las cosas, se denotan una serie de momentos: 1. Doctrinalmente no se conoce a profundidad sobre el tema, pues relativamente es nuevo a la aplicación del ordenamiento jurídico colombiano, ello no quiere decir que a nivel global se tenga carencia o desconocimiento de este concepto, sino que en Colombia hasta ahora se habla del tema. 2. Desde la perspectiva jurídica se denota igualmente dicha deficiencia, pues tan solo a partir del año 2014 es la Corte Constitucional de la República de Colombia quien se pronuncia ante este fenómeno o vacío jurídico. 3. Solo hasta 2018 se presenta una normativa que manifiesta la aplicación del principio de doble conformidad. Este texto pretende dilucidar el contexto que conlleva el principio de doble conformidad, su configuración y su estudio dentro de la concepción garantista como modelo de todo Estado Social de Derecho.

Palabras claves: Principio de doble conformidad. Paradigma garantista, Estado Social de Derecho.

Abstract

This work arises from the criminal dogmatic perspective and from the conception of the guarantism developed by Professor Luigi Ferrajoli, wanting to take as a relevant point the principle of double conformity and its inapplicability in the accusatory criminal system. Thus, a series of moments are denoted: 1. Doctrinally, the subject is not known in depth, since it is relatively new to the application of the Colombian legal system, this does not mean that globally there is a lack or ignorance of this concept, but in Colombia until now the subject is discussed. 2. From the legal perspective, this deficiency is also denoted, since only as of 2014 has the Constitutional Court of the Republic of Colombia pronounced on this phenomenon or legal vacuum. 3. Only until 2018 is a regulation presented that shows the application of the double conformity principle. This text tries to elucidate the context that the principle of double conformity entails, its configuration and its study within the guaranteeist conception as a model of all Social State of Law.

Keywords: Double conformity principle, Guarantees paradigm, Social State of Law

Résumé

Le présent travail naît de la perspective dogmatique pénale et de la conception de la garantie développée par le professeur Luigi Ferrajoli, en voulant prendre comme point pertinent le principe de la double conformité et son inapplicabilité dans le système pénal accusatoire. Sur le plan doctrinal, il n'existe pas de connaissance approfondie du sujet, étant donné qu'il est relativement nouveau dans l'application du système juridique colombien, ce qui ne signifie pas qu'il y ait un manque ou une méconnaissance de ce concept au niveau mondial, mais plutôt qu'en Colombie, le sujet n'a été abordé que récemment. 2) Du point de vue juridique, cette carence est également évidente, puisque c'est seulement depuis 2014 que la Cour constitutionnelle de la République de Colombie s'est prononcée sur ce phénomène ou *vide juridique*. 3. jusqu'en 2018 seulement, il existe un règlement qui manifeste l'application du principe de la double conformité. Ce texte a pour but d'élucider le contexte dans lequel s'inscrit le principe de la double conformité, sa configuration et son étude dans le cadre de la conception de la garantie comme modèle de tout État social de droit.

Mots clés: Principe de la double conformité. Paradigme du garant. État social du droit.

Resumo

O presente trabalho surge da perspectiva dogmática criminal e da concepção de garantia desenvolvida pelo Professor Luigi Ferrajoli, querendo tomar como ponto relevante o princípio da dupla conformidade e a sua inaplicabilidade no sistema penal acusatório. Doctrinalmente, não existe um conhecimento profundo do assunto, uma vez que é relativamente novo na aplicação do sistema jurídico colombiano, o que não significa que haja falta ou falta de conhecimento deste conceito a nível global, mas sim que na Colômbia o assunto só recentemente foi discutido. 2. do ponto de vista jurídico, esta deficiência é também evidente, uma vez que só a partir de 2014 é que o Tribunal Constitucional da República da Colômbia se pronunciou sobre este fenómeno ou *vazio legal*. 3. só até 2018 existe um regulamento que manifesta a aplicação do princípio da dupla conformidade. Este texto pretende elucidar o contexto que implica o princípio da dupla conformidade, a sua configuração e o seu estudo no âmbito da concepção da garantia como modelo de todo o Estado Social de Direito.

Palavras-chave: Princípio da dupla conformidade. Paradigma do garantidor. Estado Social de Direito.

INTRODUCCIÓN

A la luz del paradigma garantista penal se plantea el siguiente cuestionamiento ¿el Estado Social de Derecho colombiano con la reciente manifestación normativa del acto legislativo 01 de 2018 hace efectivo el principio de doble conformidad garantizando los mínimos penales para el “todo social”, o a contrario sensu, su inaplicabilidad ha venido generando factores tendientes a la vulneración de ciertos derechos fundamentales? Así las cosas, la pregunta problémica deja denotar una serie de connotaciones que al día de hoy generan vacíos jurídicos en el ordenamiento penal, dejando en manos de las altas cortes el vivo momento de ejercer su criterio y poderlo avalar a la luz de la jurisprudencia. Dicho esto, se deja enmarcado que la doctrina carece de sustento frente a la discusión que acá se emana.

A la luz de lo mencionado, el presente capítulo enfrenta un doble estudio. Por una parte, la idea de la doble conformidad en materia penal en Colombia, que ha venido dando pasos paulatinos frente a diversas sentencias de la Corte Constitucional de la República de Colombia y el reciente Acto legislativo 01 del 2018, que pretenden dar una funcionalidad efectiva a los derechos procesales que conciernen a los ciudadanos colombianos. Y por otra parte, se vislumbra el paradigma garantista de Luigi ferrajoli análogo al principio de la doble conformidad, y para ello, es objeto el estudio de la epistemología del derecho penal mínimo.

1. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD EN EL MARCO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO

La ley 906 de 2004 (en adelante Código Procesal Penal Colombiano) contiene la división de recursos que garantizan el derecho de impugnación en el proceso, dividiéndolos en dos clases: Por una parte, recursos ordinarios de reposición entendido como aquel mecanismo de impugnación que se interpone por cualquiera de las partes dentro del proceso a la decisión o fallo del juez que considere desfavorable e inconsistente a sus intereses, para que esta pueda ser replanteada, modificada, revocada, aclarada o revisada. Así las cosas, se presenta ante la misma autoridad que tomó la decisión y ella misma es la que conoce su resolución según artículo 176 inc.1 que reza: “... *Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia*”.

En cuanto al recurso de apelación, este busca que el superior jerárquico del juez de primera instancia conozca y revise según la motivación dicha dentro del mismo. Se estipuló en el artículo 176 inc.2 de la siguiente manera: *“La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria”*.

Por otra parte, el recurso de queja se encuentra sustentado en el artículo 179B que reza: *“Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso”*. En ella, el juez ad quem analiza la decisión del juez a quo consistente en denegar el recurso de apelación.

Los recursos extraordinarios de casación en términos generales buscan la anulación total de una sentencia, esto limitado, pues para acceder a él se necesita del cumplimiento de una serie de requisitos para poder interponerse; lo anterior, regulado en el capítulo IX de los artículos 180 al 191 cuya finalidad es: *“... pretender la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.”*. Y, el recurso de revisión estipulado en el Capítulo X de los artículos 192 – 198 el cual puede ser interpuesto para algunas circunstancias específicas y taxativas. Luego, dichos recursos que se desarrollan dentro del proceso penal, tienen un fin netamente garantista para el enjuiciado en algunos casos y para las partes en el restante del procedimiento penal, puesto que ese poder punitivo que despliega el Estado, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, es un poder represivo, el cual produciría un mayor potencial de afectación de los derechos fundamentales.

Ahora bien, conforme a lo mencionado resaltan una serie de cuestionamientos que es necesario resolver. Como primera medida es necesario preguntar ¿qué se entiende por doble conformidad en materia penal? Pues este un mecanismo especial de impugnación³ con que cuenta el enjuiciado para solicitar a un juez diferente y superior al que profirió la primera sentencia condenatoria, la revisión integral de la misma.

Vale la pena en este punto, realizar la diferenciación con el principio de doble instancia, el cual se entiende como aquel principio que permite que cualquier parte dentro del proceso puede presentar el recurso⁴ de apelación sobre la decisión adoptada por el juez ad quo, ante un superior que revise los argumentos esgrimidos en el recurso. Con el recurso de apelación se da la posibilidad de solicitar revocatoria o modificación contra autos y sentencias condenatorias o absolutorias al juzgador superior jerárquico de quien emitió la decisión, tal como se estipula en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal, dependiendo de factores de competencia y el efecto en que se conceda.

3 Necesario para este significante salvaguardar lo que aduce la Real Academia Española, impugnar significa: combatir, contradecir, refutar e interponer un recurso contra una resolución judicial (2014).

4 Se le denomina recurso, al medio o instrumento que materializa y contiene la impugnación.

El principio de doble conformidad data de años atrás. Desde una perspectiva convencional se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8 num.2 literal h, estipulándose de la siguiente manera: *“toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”* (Departamento de Derecho Internacional, 1969), la cual fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, Diario Oficial. Año CIXN.33780.5, FEBRERO, 1973. PA.321.

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 num.5 dispone: *“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.”* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976), ratificado por Colombia en 1969.

Lo que nos permite discernir de los articulados anteriormente señalado, es que en primera medida los instrumentos internacionales consagran como derechos fundamentales la doble instancia y la doble conformidad para la persona juzgada y hallada penalmente responsable de un delito.

A lo anterior, la figura de doble conformidad fue inicialmente regulada de manera taxativa por el Estado Colombiano, cuando se consagró el artículo 29 en la Constitución Política de Colombia, de la siguiente manera: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”* (Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia, 1991).

El principio de doble instancia en el artículo 31 de la Carta Política (1991) así: *“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”*.

Como se desprende de lo expuesto, se observa directamente que el principio de doble conformidad en el Estado Social de Derecho Colombiano, es indispensable para que el desarrollo de todo proceso sea blindado de toda injusticia, falsedad y errores, no obstante, su regulación por parte del legislador ha sido escasa por no decir que nula.

2. DESARROLLO E IMPACTO DE LA SENTENCIA C-792 DE 2014 Y EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018.

a. Análisis y apuntes en el marco de la Sentencia C-792 de 2014

A pesar que el principio de doble conformidad se estipuló desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia el 7 de julio de 1991, este vino a ser tratado y con gestos de materialización junto con el principio de doble instancia por la rama judicial

del Estado Colombiano en su alto tribunal la Corte Constitucional, gracias a la Sentencia C-792 de 2014, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia que es novedosa y con un tinte de polémica desde su origen (toda vez que contó con 4 salvamentos de voto) la cual tiene como temática principal el derecho a la impugnación, además de haber sido examinada respecto al control de convencionalidad que se realizó en ella; dicho examen se llevó a cabo por el concurso internacional “Justicia y Convencionalidad” organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con el apoyo del programa “Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia en América Latina (DIRAJus)” de la Cooperación Alemana/ Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)). (Instituto Americano de Derechos Humanos, 2016)

... el control de convencionalidad es un mecanismo de control de judicial que consiste en verificar la adecuación del derecho interno conforme las obligaciones establecidas para el Estado en un tratado internacional. Visto de este modo, el control de convencionalidad es una exigencia del principio consuetudinario de derecho internacional según el cual el derecho interno no es excusa para el cumplimiento de los acuerdos internacionales. En tal sentido, la figura de control de convencionalidad es expresión de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, particularmente desarrollada en el terreno de los derechos humanos, como puede desprenderse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (Sentencia C-792/2014, 2014).

Todo este panorama revela la internacionalización del Derecho Constitucional como fenómeno de inclusión del Derecho Internacional, de modo tal que las normas internacionales ocupan un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado y la constitucionalización del Derecho Internacional, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional que implica la supremacía y respeto de los derechos humanos; esto no es más que el gran avance en materia de protección de los derechos humanos que los Estados se han comprometido a respetar y garantizar. (Salazar Giraldo, 2015).

El derecho de impugnación otorga la facultad a las personas que han sido condenadas en un juicio penal a controvertir la decisión condenatoria, ante un juez y tribunal superior. De acuerdo a la Corte Constitucional el derecho a la impugnación es un derecho subjetivo, siendo el núcleo básico del derecho de defensa y busca reforzarla, por lo que se puede decir que es un derecho constitucional, además de como se ha visto es un derecho convencional.

La mencionada sentencia trae consigo una connotación innovadora, y es que su espíritu va alineado en mantener y reforzar las garantías mínimas dentro del proceso. Con esto, al permitir impugnar fallos condenatorios que la legislación procesal penal para el año 2014 no permitía, mantiene una postura sólida que da a lugar a impugnar: i) Las

sentencias condenatorias proferidas por primera vez en segunda instancia. ii) Las sentencias condenatorias de única instancia y iii) Las sentencias condenatorias proferidas por primera vez en sede de casación.

Hasta ese momento el alto tribunal se había abstenido de abordar de manera directa y expresamente el derecho de impugnación debido a que se había limitado a tratar únicamente el principio de doble instancia, entendiendo que el derecho impugnación se encontraba implícitamente subsumido dentro de esta garantía. A la luz de lo evocado, la decisión adoptada en la sentencia desarrolla análogamente los presupuestos de la Constitución y de los instrumentos internacionales prenombrados (que fueron ratificados por Colombia) y puntualiza que el derecho a la impugnación se otorga respecto de aquellas sentencias que declaren la responsabilidad del procesado, imponiéndole una condena. Entonces, el interés del procesado de ejercer los derechos de defensa y de contradicción es sobre estas decisiones, pues las absolutorias no tienen la potencialidad de afectar su libertad personal, por el contrario, los exonera de toda responsabilidad penal. (Sentencia C-792/2014, 2014, pág. 34)

El derecho a impugnar garantiza que los alegatos esbozados por el recurrente sean evaluados por una instancia judicial diferente al juez que profirió la sentencia original, para que dos operadores jurídicos determinen la responsabilidad e impongan la sanción correspondiente. Asegurando así, que la decisión de imponer una condena a una persona sea correcta desde el punto de vista material, mediante la exigencia de la doble conformidad judicial, entendiendo que dicha decisión procede cuando dos operadores jurídicos distintos le dan el aval y puedan aproximándose íntegramente al caso, evaluando todos los elementos determinantes de la conducta.

En ese orden de ideas, los estándares constitucionales e internacionales revalorizan el derecho de impugnación, el cual opera ante el contenido condenatorio de la sentencia brindando mediante una herramienta calificada de defensa para quien fue condenado por primera vez, sin distingo de la autoridad que profirió la misma.

En dicha sentencia se realiza un estudio entre el derecho a la impugnación y la garantía de doble instancia, “los cuales son estándares constitucionales autónomos y categóricos conceptuales distintos e independientes” (Sentencia C-792/2014, 2014, pág. 38) el aseguramiento de este derecho, es acorde a lo previsto el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho al recurso contra el fallo condenatorio y la doble instancia son, en esencia, derechos diferentes de cara al procedimiento penal; mientras el primero implica como núcleo esencial la posibilidad de revisión integral del fallo de condena en materia penal, el segundo tiene como núcleo la existencia de dos momentos de conocimiento, no sólo en razón de un fallo condenatorio sino de cualquier otro tipo de decisión judicial. Asimismo, la doble instancia se garantiza con recursos incluso de naturaleza extraordinaria, situación contraria al derecho a recurrir el fallo de condena.

Por ende, la obligación de los Estados Partes de la Convención es garantizar el derecho al doble conforme y no la doble instancia. (Salazar Giraldo, 2015, pág. 162)

De manera generalizada, es de advertir que los fundamentos base de los salvamentos de voto arguyen en primera medida que la impugnación es un término genérico en sentido amplio y no restringido, siendo el recurso extraordinario de casación el idóneo y suficiente para salvaguardar el derecho de impugnación. Empero, la Corte en la sentencia, expone una postura a la que nos adherimos, pues explica que ni el recurso extraordinario de casación, ni la tutela o el recurso de revisión que se pueda presentar, son suficientes porque su acceso es limitado y de difícil acceso para el culpado, además de que no muestran un tratamiento equitativo del derecho de recurrir tanto de las víctimas como del condenado.

Otro fundamento que se esgrime, es el planteamiento de un riesgo en el que la Corte Constitucional con este tipo de decisiones suplante la función del legislador, más sin embargo repelemos en este supuesto toda vez que es claro que la justicia constitucional debe tener un rol activo, que vaya evolucionando conforme a las necesidades contextuales de la sociedad, para así proteger en la máxima medida y de manera garantista los derechos fundamentales.

En ella se hace evidente la importancia y utilidad del derecho internacional convencional de los derechos humanos, resaltando el papel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver conflictos constitucionales, con herramientas que son escasas en el ordenamiento interno del país, y, por ende, integrando el derecho internacional como parte del fundamento del fallo.

Se tiene entonces que, el derecho de impugnación tiene una serie de estándares mínimos, como son: i) dar lugar a un nuevo examen del caso, a una revaloración o análisis que comprenda lo fáctico, jurídico y probatorio; ii) debe ser realizado por un juez superior independiente, facultado para esa revisión que garantice de sobremanera el debido proceso y la recta administración de justicia. En desarrollo de la misma, la Corte exhortó al Congreso para que regule íntegramente el derecho a impugnar las sentencias condenatorias, siendo la llamada a proteger este derecho y de cierta manera regulando los vacíos normativos aún existentes en el ordenamiento penal.

b. Acto legislativo 01/2018, del 18 de enero, sobre reforma constitucional.

El Acto legislativo 01 de 2018 (Diario oficial No.50.480 de enero 18 de 2018) modifica los arts.186, 234 y 235 de la Constitución Política de Colombia y se implementan el derecho a la doble instancia y así poder impugnar la primera sentencia condenatoria.

El primer avance que se avizora frente al mencionado Acto legislativo, está presente en el artículo primero, el cual modificó el artículo 186 en donde añade crear unas salas especiales en la Corte Suprema de Justicia para garantizar la doble instancia para los aforados y el de doble conformidad en los casos en donde se ha condenado por primera vez en segunda instancia.

Por su parte, el artículo segundo modifica el artículo 234 al señalar el proceso que se sigue en el caso de los aforados, la división de dicha sala especial de primera instancia conformado por tres magistrados y una sala de instrucción de seis magistrados, la competencia de los magistrados, como sus exclusiones en algunos asuntos, además de las atribuciones a cargo de la Corte Suprema de Justicia.

Se tiene entonces que, la disposición legal estudiada produjo un cambio significativo y trascendental, que se va amoldando conforme a las estipulaciones internacionales y constitucionales, además de garantizar principios como el debido proceso, el acceso efectivo a la administración de justicia, el derecho a impugnar, el derecho de defensa. Y a la par, reconoce a todo condenado el derecho de buscar que un juez diferente y superior al inicial, examine nuevamente de forma integral la sentencia que condena por primera vez, comenzando a llenar un vacío que se presentaba nuestro ordenamiento jurídico, pero se estima que no se ha completado pues tiene faltantes como la retroactividad para su aplicación, modificación del régimen regulador del recurso, la aplicación en los procesos de Ley 600/2000, la interrupción de las prescripción penal, entre otras.

Ahora bien, con excepción de Argentina, actualmente en Suramérica la garantía de la doble conformidad judicial en el fallo condenatorio carece de suficiente protección, ya que no existen medidas legislativas dispuestas para lograr su efectividad. Situación que genera el riesgo de una posible responsabilidad internacional ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Salazar Giraldo, 2015, pág. 161)

En lo atinente, es oportuno señalar que la constitución contiene unas disposiciones especiales para las personas que cuenten con fuero, que delimitan la competencia de algunos jueces y de los hechos que conllevaron a la comisión una conducta punible estando en el ejercicio del cargo o en relación con las funciones desempeñadas.

Fueros como los contemplados de la siguiente forma:

El reservado para (i) el Presidente de la República o quien haga sus veces; (ii) los magistrados de las altas corporaciones judiciales y (iii) el Fiscal General de la Nación, que solo pueden ser juzgados políticamente por el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes y en lo propiamente criminal, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; El fuero que cobija a los congresistas, que solo pueden ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia; El fuero previsto para otros altos funcionarios a saber, (i) el Vicepresidente de la República; (ii) los ministros del Despacho; (iii) los directores de departamentos administrativos; (iv) el Procurador General de la Nación; (v) el Defensor del Pueblo; (vi) el Contralor General de la República; (vii) los gobernadores; (viii) los embajadores y jefes de misión diplomática o consular; (x) los agentes del Ministerio Público ante Corte Suprema, Consejo de Estado y tribunales; (xi) los magistrados de tribunal y (xii) los generales y almirantes de la Fuerza Pública, todos los cuales son juzgados por la Corte Suprema de Justicia por acusación del Fiscal General, del Vicefiscal o de los delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema. (Hernandez, 2018).

No obstante, en diferentes sentencias, donde se resolvieron acciones de tutela, se ha negado el derecho a impugnar la primera condena, vulnerando sistemáticamente todas las garantías, como lo ha confirmado la Corte Constitucional:

Entonces, es evidente que el derecho a la doble conformidad de la condena penal está vigente en nuestro ordenamiento jurídico – se reitera – desde 1976. Luego, la circunstancia de que esa prerrogativa se haya vulnerado en todos los procesos en que los enjuiciados no tuvieron la posibilidad de impugnar la primera condena penal que, por tanto cobro ejecutoria en esas condiciones, no es una causal eximente de la obligación del Estado garantizarla, 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. (Sentencia SU-217/2019 , 2019).

Se tiene entonces que, la rama legislativa y judicial del Estado trata de alguna manera a pequeños pasos hacer factible, el verdadero sentido y espíritu del derecho de impugnación, del principio de doble conformidad sin exceptuar a nadie de su derecho como bien se contrae en el modismo latino *Optima lex quae nimium relinquit arbitrio judicis* “La mejor ley es aquella que da menor cabida al arbitrio del juez”.

3. ANALOGÍA ENTRE EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD Y EL PARADIGMA GARANTISTA. INAPLICABILIDAD DEL DERECHO PENAL MÍNIMO.

Sin lugar a dudas, hablar de la teoría del “paradigma garantista” o “derecho penal mínimo” de Luigi Ferrajoli, se refiere directamente a las garantías penales y procesales, tanto de víctima o victimario, garantizando la verdad (naturalmente con muchas comillas), deseando límites al arbitrio y efectivizando técnicas de minimización de la reacción punitiva.

Frente al tema que concierne el presente texto, se dirá entonces que el “garantismo” ubica al principio de doble conformidad frente a los mínimos penales que se deben conceder a cada sujeto del “todo social”. El excluirllos de este derecho, conlleva a equívocos sistemas penales que vulneran directamente derechos fundamentales.

Así las cosas, es necesario esquematizar la epistemología del garantismo penal y denotar porque la doble conformidad es análoga al precepto ferrajoliano.

Anteriormente, se había expresado en la Unviersita degli studi Roma Tre lo siguiente:

Lo que hoy conocemos como ciencia penal es el producto de una línea histórico-epistemológica amplia, y para dar unos ejemplos: “Los principios de un modelo garantista clásico (la estricta legalidad, lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia) en gran parte, como es sabido, es el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Las diferentes corrientes jusfilosóficas penales (esto es, las teorías iusnaturalistas, contractualistas, racionalistas, empiristas, iuspositivistas y las utilitaristas del derecho y

y de la pena); son los diversos aportes de los siglos XX y XXI derivando en el actual funcionalismo moderado y radical normativo; entre otras. Sin embargo, como dice el profesor Ferrajoli: “más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados y la doctrina sustentada, tal y como se han consolidado en las construcciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario” (Ibarra Sánchez, 2020, pág. 201).

Al pretender hablar de garantismo penal, se debe idear un esquema epistemológico que permita atender las necesidades de un marco penal en concreto, teniendo en cuenta las siguientes premisas: 1. Ningún sistema jurídico penal es perfecto, 2. Toda realidad criminológica y jurídica penal es distinta y, 3. Todo contexto socio jurídico penal es cambiante. Así las cosas, el garantismo penal debe ser traducido como concepto análogo (y consecuente) a los marcos jurídico-penales, y más en concreto al colombiano que es el que nos concierne. Una noción penológica auténtica que salvaguarde los postulados garantistas, pero que sea racional tanto en lo legal como en lo jurisdiccional. Igualmente, este concepto debe significar una limitación a la potestad punitiva del Estado, coherente con la tutela de las personas que no pueden acceder a la justicia penal o sufren la arbitrariedad de la misma.

a. Fundamento epistemológico del Derecho Penal mínimo o garantismo penal⁵

A la luz del análisis jusfilosófico penal frente al aparato normativo que conlleva a las garantías procesales penales como la doble conformidad, el profesor Ferrajoli expresa lo siguiente: *la limitación con normas primarias incriminatorias de las "meras libertades de" y con normas sancionadoras secundarias de las "libertades de" fundamentales (como la libertad personal), por leyes producidas "por la autonomía política" por mediación representativa, dentro de los límites de " derechos de libertad "(...) Por eso el derecho penal es el terreno sobre el que se construyó el paradigma del Estado de derecho y la democracia liberal como sistema de límites al derecho del más fuerte* (2016, pág. 17). (Traducción propia del autor y cursiva fuera de texto).

Ahora bien, a lo mencionado y análogo a lo expuesto en la tesis doctoral anteriormente citada, se vislumbra lo siguiente:

¿En que consiste el paradigma planteado por Ferrajoli? En primer término, es un sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, pues protegen los bienes jurídicos con la construcción de la legalidad y las prohibiciones establecidas por ella, la investigación y el proceso penal, así como con el castigo a los delitos tipificados como punibles. En segundo término, constituye un sistema de límites al ius puniendi, esto es, protege toda garantía procesal y penal (y máxime en el tema tratado, a los principios integrales donde debe hacerse efectivo la doble conformidad). Así las cosas, el garantismo establece dos fines esenciales que justifican el poder punitivo del Estado: 1. la prevención de los delitos o de los “ataques injustos” y de las penas excesivas. 2. Las garantías penales y procesales que limitan la potestad punitiva y protegen la libertad y por ende las normas procesales (Ibarra Sánchez, 2020, pág. 215).

5 El presente estudio versa sobre un fragmento de la tesis doctoral intitulada: Algunas aporías de la punibilidad dentro del marco jurídico penal colombiano. Del autor Cristian Ibarra

Entonces, se dirá reiteradamente que el derecho penal es una construcción primaria y análoga al orden operativo jurídico, mostrando una fuerte base: La dogmática penal (validez-positivización), la criminología (realidad jurídica o sociológica) y la política criminal (fundamentos axiológicos penales), que versa igualmente en los módulos del sistema modular de la Unviersidad Santo Tomás. Sin la aplicación propicia de estos tres ejes temáticos, se vicia la funcionalidad y la naturaleza del derecho penal como “ultima ratio”.

Sus ámbitos sustancial y procesal son importantes para las garantías de los derechos fundamentales individuales, de los derechos a la seguridad del “todo social” (que se ve afectada con los hechos punibles), e incluso de los derechos de libertad de los condenados. Como se puede entrever, el derecho penal no es un reduccionismo pues establece límites al poder punitivo del Estado. Al no hacerlo contraría el imperativo categórico Kantiano que indica: “ninguna persona puede ser tomada como medio para fines ajenos”. En últimas el derecho penal no es solo para un grupo considerado de personas porque beneficia tanto a quien ha delinquido, al proteger sus derechos y garantías sustanciales y procesales, como al procesado que resulta inocente (contra quien se cometen injusticias en muchas ocasiones), y también a las víctimas” (Ibarra Sánchez, 2020, pág. 216 y ss).

De este precepto nace la justificación del modelo normativo del derecho penal mínimo en Ferrajoli, quien alude a la máxima del pensamiento beccariano: “dev'essere la minima delle possibili nelle date circostanze” (Beccaria, MDCCLXV). Dicho modelo está compuesto por el paradigma metateórico y el paradigma normativo. El primero concibe el derecho penal como un mínimo que debe prevenir y reducir las ofensas a bienes jurídicos tutelados y derechos fundamentales, pero también, evitar los castigos arbitrarios. El segundo tiene que ver con la legalidad sustancial y procesal, supuestas para salvaguardar los derechos del imputado o condenado frente a las arbitrariedades policiales, judiciales o el abuso de las autoridades carcelarias (Ibarra Sánchez, 2020, pág. 217 y ss).

Así las cosas, el derecho penal mínimo desde la óptica Ferrajoliana expresa como fin la protección a los derechos del “*más débil*”. Esto por cuanto es éste quien carece del poder para hacerlos respetar en un contexto de “absolutismo penal”, como el que se evidencia en la realidad colombiana y más frente al principios de la doble conformidad. Sin calcular por otro lado, los derechos fundamentales que son transgredidos al cumplir la condena en los centros penitenciarios.

En un Estado de Derecho que promulga como su base los derechos fundamentales, se podrán ponderar los diferentes tipos de derechos y su efectividad en casos concretos. Para esto es necesario respetar los principios de legalidad y dignidad humana (máxime en los cuales se configura la dogmática penal colombiana). Es a la luz de estos principios que el promotor del garantismo concibe el papel del derecho en una democracia constitucional: configurando un sistema de garantías que proteja los derechos fundamentales y a la vez fije límites, prohibiciones y obligaciones a cargo de la esfera política. A modo particular de análisis, el garantismo penal contribuye en la solución de los problemas que acarrea

el populismo punitivo. Es necesario remitirse al capítulo XIII y XIV del texto “*Diritto e Ragione*”, en el que Ferrajoli aborda el “derecho penal mínimo” desde el plexo de valores, eso sí, con las características fundantes de la validez normativa indicando rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

El garantismo como proyección constitucional logra entonces garantías penales sustanciales y procesales. Como modelo, se puede contener en 10 axiomas del derecho penal que resultan de una serie principios no derivables entre sí, siguiendo una tradición escolástica:

A1 Nulla poena sine crimine.

A2 Nullum crimen sine lege.

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate.

A4 Nulla necessitas sine iniuria.

A5 Nulla iniuria sine actione.

A6 Nulla actio sine culpa.

A7 Nulla culpa sine iudicio.

A8 Nullum iudicium sine accusatione.

A9 Nulla accusatio sine probatione.

*A10 Nulla probatio sine defensione*⁶.

En las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural. Las garantías penales sustantivas tienen por objetivo averiguar la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación. Aquí es donde versan las protecciones de la doble conformidad, paradigma no solo garantista sino también constitucional, que coadyuva a la necesidad de los mínimos penales expresados a garantías penales procesales y que tienen por objeto averiguar la verdad fáctica (Ibarra Sánchez, 2020, pág. 218 y ss).

Por esta razón, el proceso requiere garantías de verificabilidad, es decir que la ley penal que prevea los delitos que el juez controle su eficacia en el caso concreto bajo los presupuestos del derecho a la defensa. Existe entonces un nexo insoluble entre garantías y la doble conformidad, a sus recursos en el orden procesal y a la doble instancia como garantía constitucional.

6 Sigue el profesor Ferrajoli expresando lo siguiente: “Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación” (Ferrajoli, Derecho y Razón, 1995) (Cursiva fuera de texto).

Para culminar el presente capítulo, y derivando la solidificación de la epistemología garantista dentro del marco constitucional colombiano, dos son los puntos de encuentro para su aplicabilidad:

Un convencionalismo penal y cognoscitivismo procesal penal. El primero, y como se analizó en el tercer momento de la presente obra, es la ejecución y aplicabilidad del principio de estricta legalidad para determinar correctamente y cuantificar lo que es o debe ser punible. Luego no debe ser encaminada solamente desde su perspectiva ontológica en el acto como inmoralidad o como la lesividad al entorno social; es la convención social que radica a formular presupuestos para condenar los actos delictivos frente a una penalidad expresada en la fórmula ya estudiada “Nulla poena et nullum crimen sine lege”. ¿Ello a que debe obligar? En que cualquier término para establecer la pena no puede basarse con referencias subjetivas de autor, sino mediante a estructuras determinadas por los hechos materialmente objetivos: “Nulla poena sine crimen et culpa” (Ibarra Sánchez, 2020, pág. 218).

Frente al *convencionalismo penal* la propuesta que hace Ferrajoli consiste en sugerir una relación de “analogía” y no de “exclusión” entre lo punitivo y otros criterios extrajurídicos de calificación o valoración. Así se asegura el constante nexo entre la *dogmática penal* configurada en la norma penal, la *realidad jurídica* dentro de su criminología y el plexo de valores y bienes jurídicos tutelados proyectados desde la *política criminal*. En este orden de ideas, los tipos penales promulgados en esta realidad jurídica, que son cambiantes, deben ceñirse a la ley, para ordenar el marco de la punibilidad y la esfera de libertad de todas las personas. Solo así es precisa la reserva absoluta de la ley que será ejecutada por el juez en sus dimensiones formal y material.

El segundo punto de encuentro (cognoscitivismo procesal penal), implica la aplicación del *principio de estricta jurisdiccionalidad*, evocando la fórmula *Nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. El deber ser de la jurisdicción radica en un sistema procesal penal de garantías con funciones cognitivas claras y que no solo la norma penal sino también los juicios penales resulten satisfechos. Es decir, que *carezcan de carácter “constitutivo” y tengan carácter “reconoscitivo” de las normas penales y “cognoscitivo” de las de los hechos regulados por ellas* (Ferrajoli, 2016). Esto quiere decir que las decisiones jurisdiccionales deben estar delineadas por la racionalidad frente a las normas y la ejecución de los fallos.

Por ende, las normas penales que rigen el “todo social” colombiano están para dirigir la función del juez, quien debe resolver problemas jurídicos sobre la base de hechos delictivos ciertos y probados. Luego, el proceso penal debe someterse a la estricta legalidad, verificando la existencia de los elementos fácticos consignados previamente en la ley penal y buscando la verdad procesal, análogo a esto debe ir la funcionalidad del principio de doble conformidad que es el asunto que nos atañe.

Para concluir, el profesor Ferrreti Carlos del Rio (2010) alude a dicho sustento epistemológico de la siguiente manera:

Por ello, a partir de este enfoque -en la versión de Ferrajoli, por ejemplo- se ha formulado una teoría de la garantía jurisdiccional como función esencialmente sometida a la ley, de naturaleza cognitiva, la cual, por lo tanto, se basa en argumentos cognitivos respecto de los hechos y reconocitivos acerca del Derecho, y sobre los cuales se funda la declaración jurisdiccional. Por un lado, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción equivale a configurarla como aplicación sustancial o como afirmación de la ley, y por otro, también equivale a garantizar aquél específico derecho fundamental tutelado por la jurisdicción que es la inmunidad de las personas de las decisiones arbitrarias. Esta es la concepción esencial de la garantía secundaria en la teoría axiomática del Derecho, en donde estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad se encuentran indisolublemente unidas.

4. CONCLUSIÓN

El concepto de doble conformidad desarrollado en el cuerpo de la investigación realizada, es un principio que en el sistema penal acusatorio colombiano no se ha logrado materializar, no se ha desenvuelto de la forma correcta, pues debe llevar como bandera base el garantismo que todo Estado Social y de Derecho debe propugnar. Colombia dentro de su ordenamiento jurídico se ve inmerso ante un vacío legislativo, judicial, al igual que doctrinal, siendo demasiado carente su efectivización procesal penal.

Ahora bien, el precario avance no llena las formas preestablecidas e internacionalmente aceptadas, vulnerando numerosos principios del sistema procesal penal que tiene fundamentos principialistas como del respeto a la dignidad humana de todos los ciudadanos, la legalidad como base fundamental del ordenamiento jurídico, entre otros. Dicha normatividad que tiene fundamentación en diversos pactos y tratados internacionales incorporados a nuestro derecho interno, hace que el principio de doble conformidad se mantenga en un reconocimiento positivo, coadyuvando a la determinación de alcance y de su contenido.

A pesar que se hace la idea de que el sistema penal colombiano enmarca luces garantistas desde sus modelos teórico, político y jurídico, este no está del todo sujeto a que los poderes públicos enmarquen la realización de los derechos humanos fundamentados en la constitución. No cabe duda que vamos en pasos ciertos, empero con avances demasiado rezagados, al punto de no ser suficientes conforme a los avances jurídico-procesales que el Estado colombiano sigue conllevando. En específico, los procesos penales han llevado un mal logrado sistema, pues tanto el legislador como los estudiosos del derecho deben despertar proposiciones de contenidos investigativos científicos y normativos eficaces, y así pretender cambiar las circunstancias por las que hasta el momento se ha venido aplicando el principio estudiado.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas. (23 de marzo de 1976). Naciones Unidas - derechos humanos. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Gaceta Constitucional N° 116 del 20 de Julio de 1991. Obtenido de secretaria senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Beccaria, C. (MDCCLXV). Dei deliti e delle pene. Venezia: Venezia in Lausana.

Departamento de Derecho Internacional. (7 al 22 de noviembre de 1969). Organización de los Estados Americanos. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2016). Il paradigma garantista. Napoli: Editoriale Scientifica.

Ferreti, C. (2010 primer semestre). Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho pena: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso, 349-383.

Hernández, J. G. (29 de enero de 2018). [razonpublica.com](https://razonpublica.com/la-doble-instancia-para-los-aforados/). Obtenido de <https://razonpublica.com/la-doble-instancia-para-los-aforados/>

Ibarra Sánchez, C. (2020). Tesis doctoral: Algunas aporías de la punibilidad dentro del marco jurídico-penal colombiano. Roma: Università degli studi Roma Tre.

Instituto Americano de Derechos Humanos. (29 de agosto de 2016). Instituto Americano de Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.iidh.ed.cr/iidh/novedades/premiacion-nove-a-cortes-ganadoras-del-concurso-j-y-c-costa-rica/>

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Asociación Galeón Cultural de León de Manilla, Et Al.

República, C. d. (31 de agosto de 2014). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Bogotá, Colombia: Diario oficial No.45.658. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

República, S. d. (18 de enero de 2018). Acto legislativo 01 de 2018 . Diario oficial No.50.480. Bogotá . Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2018.html

Sentencia SU-217/2019 , T-6.011.878 (Corte Suprema de Justicia 21 de mayo de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU217-19.htm>

Sentencia C-792/2014, Expediente D-10045 (Corte Suprema de Justicia Sala Penal 29 de octubre de 2014). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm>

Salazar Giraldo, G. (2015). La Doble Conforme como Garantía Mínima del Debido Proceso en Materia Penal. Revista Ratio Juris, Vol. 10(Nº 21), 139-164.