

# Cuadernos de Derecho Público

**La crisis de las fuentes del derecho**

*Luis Javier Moreno Ortiz*

**Derecho a la intimidad en la nueva ley  
orgánica de protección de datos personales**

*Javier Ernesto Gutiérrez Rodríguez*



1



UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA

25  
años  
1984 - 2009

*UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA*  
*Cuaderno de Derecho Público No. 1*  
*Director: Camilo Guzman Gómez*  
*Coordinador: Luis Javier Moreno Ortiz*

*Comité Editorial:*  
*José María del Castillo Abella*  
*Ernesto Lucena Barrero*  
*Ileana Marlit Melo*  
*Myriam Julieta Arenas Ceballos*

*La crisis de las fuentes del derecho*  
© *Luis Javier Moreno Ortiz*  
*Derecho de intimidad en la nueva ley orgánica*  
*de protección de datos personales*  
© *Javier Ernesto Gutiérrez Rodríguez*

*Primera edición: septiembre de 2009.*

*Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin*  
*previa autorización escrita del editor.*

*Edición realizada por el Fondo de Publicaciones*  
*Universidad Sergio Arboleda.*  
*Carrera 15 No. 74-40*  
*Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.*  
*www.usa.edu.co*  
*Fax: 3 17 75 29.*  
*Bogotá D.C.*

*Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez*  
*Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo*

*Bogotá, D.C.*

*ISSN: 2145-2717*

# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	5
<b>LA CRISIS DE LAS FUENTES DEL DERECHO</b>	
<i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> .....	7
Introducción.....	7
1. Análisis teórico.....	8
2. Análisis práctico.....	14
3. Sentencia C-335 de 2008 de la Corte Constitucional.....	18
4. Sentencia del 9 de febrero de 2009, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 30751.....	63
<b>DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES</b>	
<i>Javier Ernesto Gutiérrez Rodríguez</i> .....	85
1. Introducción.....	85
2. Delimitación jurídica del derecho a la intimidad.....	87
3. Aproximación doctrinal al derecho de la intimidad.....	87
4. Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad.....	88
5. El derecho a la intimidad como derecho de la personalidad.....	90
6. Evolución jurídica del concepto intimidad y análisis del derecho a la autodeterminación informativa en la nueva LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos).....	92
7. Fundamento de la protección de datos personales.....	93
8. Conclusión.....	94
9. Directiva 95/46/CE del Consejo de Europa, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.....	96



## PRESENTACIÓN

Se consolida una nueva etapa dentro del desarrollo del Departamento de Derecho Público de la Universidad, el lanzamiento de los Cuadernos de Derecho Público. Esta publicación, fruto del esfuerzo y del empeño de los miembros del grupo de investigación CREAM y del Departamento de Derecho Público, tiene por vocación ser una herramienta de diálogo entre profesores, investigadores y estudiantes de la Universidad.

Los Cuadernos de Derecho Público, que tendrán una publicación trimestral, fueron diseñados de tal manera, que nos permitirán tener un acercamiento novedoso al estudio y análisis del derecho público. Estructuralmente, la publicación contará con dos partes, una reservada a profesores e investigadores y otra reservada a los estudiantes de la Universidad. Esto permitirá un intercambio entre docentes y estudiantes sobre temas concretos e interesar a los estudiantes en la investigación en esta rama del derecho. En casos excepcionales, contará con una tercera parte cuando contemos con la participación de expertos o invitados. Metodológicamente, el aporte hecho por los profesores consistirá en un estudio de una sentencia y tendrá como objetivo otorgar herramientas críticas para el análisis de la jurisprudencia y crear una cultura profunda y estructurada de la crítica en nuestros estudiantes. Pedagógicamente, esto permitirá a nuestros profesores dinamizar y actualizar el estudio del derecho público utilizando estos Cuadernos como instrumento principal.

Este primer Cuaderno está dedicado a uno de los problemas más acuciantes del derecho contemporáneo, la crisis de las fuentes del derecho. Esta crisis resulta de los cambios de paradigmas que conoce el derecho, resultado de la constitucionalización del derecho y del rol creciente de la jurisprudencia. Nos encontramos en la transición entre el paradigma del legalismo, que tradicionalmente guió el estudio y la aplicación del derecho en Colombia, y el paradigma de la diversidad de las fuentes, especialmente del rol preponderante del manejo de las fuentes no legales que hace el juez. El análisis crítico ofrecido por el Profesor LUIS JAVIER MORENO ORTIZ, es la prueba contundente de este cambio. La jurisprudencia deja poco a poco de ser fuente auxiliar del derecho para volverse fuente principal. Esta

evolución no se encuentra limitada al derecho público y afecta todo nuestro ordenamiento jurídico, como lo demuestran las sentencias comentadas. Desconocer esta evolución sería desconocer el giro de la realidad jurídica Colombia, pero, además, sería desconocer un fenómeno mundial. Sin embargo, pese a reconocer esta evolución y adaptarnos a ella, no renunciamos a nuestra actitud crítica, es más, consideramos fundamental y un deber de la academia, hacer un seguimiento crítico de la jurisprudencia. Hoy en día, el estudio del derecho no puede limitarse a la construcción de líneas jurisprudenciales, sino que debe ir más allá, debe tener un alto grado de crítica. Igualmente esta evolución evidenciada por el Profesor LUIS JAVIER MORENO ORTIZ justifica la metodología de los Cuadernos, pero más allá, abre puertas y caminos de reflexión para todos, pues tal es el rol que nos ha sido dado y que debemos asumir. Igualmente contamos con la participación de JAVIER ERNESTO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, que hace un interesante aporte sobre “Derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales”.

Aprovecho la ocasión para anunciar otra herramienta del Departamento, la creación de un Concurso de ensayo en derecho público, abierto a todos los estudiantes y cuyas reglas serán publicadas en el próximo número, que tendrá por tema el Derecho del Espacio Ultraterrestre.

Sólo me resta agradecer a la Escuela de Derecho por su apoyo incondicional, en especial al Señor Decano, el Doctor José María del Castillo y al Señor Rector, Doctor Rodrigo Noguera Calderón, sin cuyo apoyo y visión, no podríamos crear herramientas tan novedosas como estos Cuadernos de Derecho Público.

Cabe precisar, por último, que las reglas de publicación de artículos en los Cuadernos aparecen al final de este número, y son una invitación abierta para que nuestros estudiantes y docentes participen activamente en ellos y en este proceso fundamental que está llevando el Departamento de Derecho Público.

**Camilo Guzmán Gómez**  
Director del Departamento de Derecho Público  
Director del grupo de investigación CREAR

# LA CRISIS DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

*Luis Javier Moreno Ortiz.*

*SUMARIO: Introducción. 1. Análisis teórico. § 1. La visión tradicional. § 2. La primacía de la ley. § 3. La ley en sentido material. § 4. De la vaga noción del ordenamiento jurídico a la vaga noción de la norma aplicable: el *decisum* y la *ratio decidendi*. § 5. Replanteamiento de la cuestión. § 6. La jurisprudencia de las altas Cortes como fuente de Derecho. § 7. Digresión sobre el precedente. § 8. La jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho. § 9. Un conflictivo *matiz*. 2. Análisis práctico. § 10. Visión de la defensa. § 11. Visión del Tribunal. § 12. Visión de la Corte: el *decisum* y la *ratio decidendi*. § 13. Ante una jurisprudencia consolidada. § 14. Un paso adelante y un medio paso atrás, sin perder el compás. 3. Sentencia C-335 de 2008 de la Corte Constitucional. 4. Sentencia del 9 de febrero de 2009, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 30751.*

## **Introducción.**

*En los momentos de crisis, sólo la imaginación es más importante que el conocimiento.*  
*Albert Einstein.*

La galopante crisis de los mercados financieros, de cuyos descalabros todavía no se tiene una noticia completa, ha conmocionado al mundo. Sus efectos superan los intereses de los cultores de la lúgubre ciencia, como algunos llaman a la Economía, y nos tocan a todos. La atención prestada a esta grave coyuntura ha sido parcialmente desplazada por el pánico generado por la nueva mutación del virus de la influenza, con su evocación de la inexorable muerte. Así, mientras tratamos de defender el bolsillo y taparnos la boca, algunas otras cosas no menos importantes pasan sin la atención que merecen. Tal es el caso de la crisis de las fuentes del Derecho, con la conmoción estructural que ella implica para el edificio de la justicia y para sus principales actores: la jurisdicción y la administración.

El presente comentario pretende hacer una aproximación al fenómeno de la crisis de las fuentes del Derecho, a partir del análisis de sendas sentencias de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La aproximación abarca tanto lo teórico como lo práctico. Lo primero se hace mediante el análisis de la sentencia de constitucionalidad. Lo segundo se realiza sobre la base del análisis de la sentencia de segunda instancia.

Antes de empezar el discurso, y para evitar equívocos, es menester delinear su trayectoria: el delito de prevaricato por acción, si bien es el punto de convergencia de ambas sentencias, no es la materia principal de análisis, sino un tema tangencial u ocasional del mismo; la crisis de las fuentes del Derecho es un tema estructural en las sentencias y en el análisis, en tanto brinda un contexto a la reflexión y a la argumentación; el núcleo central del discurso será la consideración de las nuevas fuentes jurídicas, en especial de la jurisprudencia, sea constitucional, sea ordinaria o sea contenciosa, como fuente de Derecho, y de las implicaciones, (en el caso práctico que se estudia, penales) que de ello se siguen.

## **1. Análisis teórico.**

*Los que se enamoran de la práctica sin la teoría son como los pilotos  
sin timón ni brújula, que nunca podrán saber a dónde van.  
Leonardo Da Vinci.*

En la Sentencia C-335 de 2008, la Corte Constitucional resuelve dos acciones de inconstitucionalidad, acumuladas, contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de prevaricato por acción. Ambos ataques van dirigidos contra la noción “ley” contenida en el artículo demandado, pues se arguye que éste viola diversos preceptos de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad, por cuanto se desconoce la modificación sufrida por el Derecho colombiano en 1991, ya que la Constitución de ese año cambió el sistema de fuentes, al pasar de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho. La argumentación es prolija en reducciones al absurdo y en ampliaciones del espectro hermenéutico. Lo primero se hace al plantear eventuales resoluciones, dictámenes o conceptos que siendo contrarios a la Constitución no podrían ser castigados como prevaricato por acción, puesto que el tipo penal sólo se refiere a la ley. Lo segundo se logra trayendo a cuento los principios jurídicos que superan la hermética noción de ley. Planteado así el problema a resolver, es menester considerar, como se hace en las próximas secciones, de un lado la visión tradicional de las



fuentes del Derecho y, de otro, si dicha visión ha sufrido o no cambios, cuáles son ellos y cuál es su alcance.

## § 1.

Bajo la férula del positivismo decimonónico, el sistema jurídico colombiano fue construido en torno del pilar estructural de la ley. La ilustración había dejado su huella en la cultura de occidente, que aspiraba a un conocimiento trascendental, definitivo. La desmesurada aspiración de encontrar leyes sociales, y especialmente jurídicas, iguales a las leyes naturales, animó la portentosa gesta de la codificación. La ley estaba contenida en el código, y lo estaba de manera trascendental, en un sistema terminado e insuperable, en una especie de condensación del saber jurídico. La ley por excelencia será el Código Civil, en el cual se llegará a incorporar incluso un título de la Constitución de 1886, el correspondiente a los derechos y las libertades, para asegurar su vigor y permanencia. La constitución parecía estar en una especie de éter inestable, que se movía al vaivén de las revoluciones y de la inestabilidad de la política, mientras que la ley era real, tangible. Las tareas de interpretar y aplicar la ley se consideraban vicariales y riesgosas. El propio Napoleón advertía sobre el riesgo que sufre la ley de ser pervertida al interpretarse. Para facilitar tales tareas y precaver sus riesgos, el positivismo requería una especial hermenéutica. La ley 153 de 1887, además de reformar algunos códigos, contiene las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, valga decir, las reglas tradicionales de nuestra hermenéutica jurídica, entre las cuales se encontraba una que establecía la presunción de constitucionalidad de la ley (art. 6), uno de cuyos vestigios es la actual presunción de legalidad de los actos administrativos.

## § 2.

Según la hermenéutica tradicional, la ley es la principal fuente de Derecho. La Constitución aparece en un confuso lugar, pues al tenor del artículo 9 de la ley 153 de 1887 es apenas “ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente”, lo que llevaría a considerar que su rango y jerarquía es igual al de la ley, mas el artículo 7 lo pone en entredicho, al afirmar que “el título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad le corresponde como parte integrante del Código Civil”. En el mejor de los casos, la Constitución es una ley más, organizada en un código político, con la desventaja de que

no puede aplicarse directamente, pues requiere ser desarrollada por otras leyes. La ley cubre el panorama de fuentes, ya sea por su propio valor, ya sea por ser intermediaria necesaria de la Constitución. A su lado, y en el rol secundario de fuentes auxiliares, como elementos hermenéuticos no normativos, aparecen, según lo establecido en los artículos 4, 5 y 10, los principios de derecho natural, las reglas de jurisprudencia, que sirven para ilustrar la Constitución en casos dudosos; la equidad natural, la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica, que ayudan a fijar el pensamiento del legislador o a aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes; y la doctrina legal más probable, que aplicarán los jueces en los casos más dudosos, respectivamente.

### § 3.

El rígido principio moderno de la separación del poder, en razón de la creciente complejidad de las circunstancias, se irá flexibilizando. Las claras y distintas nociones de legislador y de ley, teóricamente unívocas, poco a poco pasarán a ser complejas, confusas y equívocas. La ley adquiere con el tiempo nuevos sentidos. La noción ortodoxa o formal de la ley, como mandato aprobado por el legislador, o sea la asamblea que representa a la Nación o el pueblo, según sea el caso, convive con la noción heterodoxa o material de la ley, como mandato dictado por el ejecutivo, cuando se ha declarado el estado de sitio y dicta decretos legislativos, cuando se trata de ejercer facultades pro tempore que le ha conferido el legislador y profiere decretos ley, o cuando es la propia Constitución la que lo autoriza para dictar reglamentos autónomos. La equívoca noción de ley incluye tanto su sentido formal como su sentido material, a los que cubre con un manto conceptual indeterminado: el ordenamiento jurídico.

### § 4.

La incluyente, dúctil y vaga noción de ordenamiento jurídico brinda generoso cobijo a lo que se tercié, pues para algo han de servir los conceptos jurídicos indeterminados, no faltaba más. El ordenamiento jurídico acoge la ley, sea formal o sea material, la Constitución, el bloque de constitucionalidad, los reglamentos, los actos administrativos, la jurisprudencia, y todo lo que haya menester. Tan monumental noción, atemperada en los actuales tiempos con el contemporáneo nombre de norma aplicable, es el verdadero sentido de la añeja palabra ley. Y si en ella

cabe todo lo que debe haber, pues el problema planteado en las acciones es un falso problema, pues los rigurosos actores pretenden enfrentar a una anacrónica noción de ley otros referentes jurídicos, pasando por alto que ellos ya están incluidos en su noción contemporánea. Tal es la opinión de todos los intervinientes, entre los que se encuentran el Fiscal General de la Nación y el Procurador General de la Nación. Ante la unanimidad del auditorio, y luego de sintetizar los cargos contra el artículo demandado, la Corte anticipa su decisión, adversa a los actores, y la justifica, a modo de ratio decidendi,

(...) porque el tipo penal, tal y como se encuentra descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comprende los supuestos que los demandantes consideran excluidos, esto es, que si en el caso concreto resultan aplicables la Constitución, el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional, y el operador jurídico realiza una aplicación manifiestamente contraria a éstas, en los términos y condiciones previstos en el derecho penal, puede ser sancionado por la comisión del delito de prevaricato por acción.

## § 5.

Definido el proceso y decantada su ratio decidendi, valga decir, desvanecido el suspense, es necesario replantear el comentario, para pasar al análisis de la argumentación de la Corte, que aparece organizada en la sentencia en ocho puntos. Me anticipo a la crítica, en el texto de la sentencia aparece (x) en el punto 2.4, pero no aparecen ni el (viii) ni el (ix), así la aritmética se impone sobre el nominalismo y sentencia que son ocho. De los cinco primeros se pasa ligera revista enseguida, de los restantes se tratará en las siguientes secciones. En el primero se revisa el tema de la cosa juzgada y se encuentra que no existe en este asunto, por cuanto en la sentencia C-917 de 2001 los cargos eran diferentes y en la sentencia C-503 de 2007 su decisión fue inhibitoria. En el segundo se retoma jurisprudencia relevante, brindando insumos adecuados para construir una línea jurisprudencial, al traer a cuento las sentencias T-118 de 1995, T-260 de 1999 y C-832 de 2002. En el tercero se hace acopio de varias sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contribuyendo también a construir la respectiva línea jurisprudencial, de cuya cita me excuso porque su extensísima identificación haría este párrafo interminable. En el cuarto se hace una interesante deducción inequívoca del principio de legalidad. En el quinto se distingue el alcance del principio respecto de los jueces y los demás servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas.

## § 6.

El añejo sabor del artículo 230 de la Carta de 1991, digno vestigio de los viejos tiempos, a la manera de eslabón perdido en la cadena de evolución de las fuentes del Derecho, soporta pacíficamente ser remozado, merced a la equívoca noción de ley, transmutada en ordenamiento jurídico o en norma aplicable, para incluir sin mayores disputas la Constitución, el bloque de constitucionalidad y los principios jurídicos. Otra cosa ocurre cuando se trata de hacer entrar por tan amplia puerta a la jurisprudencia. La novedad parece tan pesada que concita en algunos casos excéntricos como un salvamento de voto que comparte la decisión, cuyo fundamento es la defensa de la visión tradicional, soslayada y desconocida por la irrupción de un nuevo protagonista: el precedente, y pone en hombros de otros, en este caso la mayoría, la tarea de construir un prolijo discurso para justificarla. La traumática inclusión de la jurisprudencia de las altas Cortes como fuente de Derecho, lleva a la Corte Constitucional a matizar que, por regla general, contradecirla no da lugar a prevaricato, a menos que

(...) se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

## § 7.

El discurso de la Corte sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho, especialmente agudo e interesante, ha concitado mucho interés en los últimos años en varios trabajos académicos. Con el riesgo de repetir lo ya dicho, y con el más grave riesgo de repetirme, es menester abordar el tema, pues es mayor, como se verá, el riesgo que tiene para la libertad personal el ignorar una jurisprudencia reiterada. La teoría del precedente, de la cual soy partidario, y quizá por ello no imparcial, es enunciada por la Corte en su fallo, a partir de las Sentencias T-123 y T-260 de 1995, T-175 de 1997, T-001 y T-800 de 1999, T-068 de 2000, C-252 y C-836 de 2001, SU-120 de 2003, T-688 de 2003, T-698 de 2004 y T-571 de 2007. Quedan así puestos los primeros palos en el nido del nicho citacional.

## § 8.

Al ocuparse de su propia jurisprudencia la Corte precisa la estructura de sus fallos, que desde el punto de vista de las fuentes del derecho, no

puede asumirse con el sencillo esquema antiguo de: consideraciones y decisión. Valiéndose de las Sentencias SU-047 de 1999 y C-836 de 2001 la Corte distingue entre *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum*. Las sentencias de constitucionalidad, al igual que las sentencias de nulidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, no presentan mayores problemas de cara a la cuestión de las fuentes de Derecho, pues ambas tienen efectos *erga omnes*, valga decir, su *decisum* es vinculante para todos. El asunto es pacífico respecto de las sentencias que declaran la inexecutable de una norma, porque la Corte actúa como un legislador negativo, según palabras de Kelsen. Otra es la situación cuando se trata de sentencias que declaran constitucional la norma, pues ello impide aplicar la excepción de inconstitucionalidad, o de sentencias que declaran la constitucionalidad condicionada de la norma, evento en el cual está vedado interpretar dicha norma de manera diferente de como lo ha hecho la Corte, por lo que en este caso, a más de *decisum* es vinculante la *ratio decidendi*.

## § 9.

En cuanto a las sentencias dictadas por las altas Cortes en procesos diferentes de los de control constitucional, es decir en la gran mayoría de ellas, la Corte hace la salvedad de que sólo puede considerarse que hay prevaricato cuando el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales, legales o administrativos de carácter general. La razón de la salvedad es *prima facie*, la de que al violar la jurisprudencia también se puede estar violando la norma constitucional, legal o administrativa en la cual ésta se apoya, por lo que se trataría en realidad de una violación de éstas y no de aquella. Si eso fuese todo, no sería nada; debe de haber algo más. Y lo hay. No se encuentra en el caso de normas que admiten varias interpretaciones razonables, pues para unificarlas existen los recursos extraordinarios ante las altas Cortes, y una discrepancia de ese tipo no puede ser tenida como delito, aunque sí es exigible su justificación adecuada. La *rara avis* de la salvedad, valga decir, el caso en el cual desconocer la jurisprudencia sí es prevaricato, ocurre cuando se trata de una subregla constitucional constante. Y ¿cómo saberlo? Pues siguiendo tres pistas que permiten caracterizar cuándo una jurisprudencia es constante: que existan fallos que se limiten a reafirmar o reiterar la subregla constitucional; que el número de estos fallos sea “extremadamente” elevado; y que hagan interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley, o un acto administrativo de carácter general, “por parte del juez constitucional”. Los anteriores parámetros

se adecuan como horma al zapato de algunas de las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional. ¿Y las otras Cortes? Vamos poco a poco. Las Altas Cortes suelen producir fallos que se limitan a reiterar su jurisprudencia, eso lo han venido cumpliendo progresivamente. El número de estos fallos ¿es “extremadamente” elevado? Eso depende de cuántos fallos hagan la diferencia entre un número elevado y uno extremadamente elevado. Como poco sé de extremos y fundamentalismos, paso de este análisis numérico. Las interpretaciones de las Altas Cortes pueden ser constantes y uniformes. Prefiero creer que sí, en un acto de fe en la coherencia de las Cortes, para no pasar por aguafiestas. Sólo queda un detalle, pequeño pero perturbador: ¿qué quiere decir la Corte con la expresión “por parte del juez constitucional”? Será que se refiere sólo a su jurisprudencia. Esto no tendría sentido, pues se ha venido hablando de la jurisprudencia de las Altas Cortes. ¿Será que se refiere a la jurisprudencia constitucional de las Altas Cortes, valga decir, a sus sentencias de tutela? Esto armoniza lo uno con lo otro, y parece razonable. ¿Será que lo de juez constitucional incluye también a las sentencias que profieren como jueces ordinarios, contenciosos administrativos o disciplinarios las Altas Cortes? Eso también cabe si se interpretan las palabras “juez constitucional” como se interpretan las palabras “ordenamiento jurídico”. Me quedo con la segunda alternativa, para ser coherente con mi falta de gusto por los extremos, pero menudo problema queda para los seguidores de la dogmática penal, pues los han puesto a hacer cuentas para saber si el número es “extremadamente elevado” y, además, a dilucidar si desconocer jurisprudencia no constitucional de las Altas Cortes es o no delito. Y luego hablan de lo aburridos y herméticos que son los tipos penales.

## 2. Análisis práctico.

*La práctica es un maestro excepcional.  
Plinio el Joven.*

En sentencia de nueve (9) de febrero de 2009, en el proceso 30571, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, mediante la cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó a un juez municipal de esa ciudad a una pena privativa de la libertad por la comisión del delito de prevaricato. Los hechos relevantes en este proceso, para formar la tipología del caso, son los siguientes: a) un juez, en ejercicio de sus funciones, conoce de una acción de tutela; b) la acción pretende que se ampare el derecho fundamental a la igualdad a unos pensionados; c) se

solicita, en consecuencia, un reajuste en las pensiones vitalicias de los actores; d) el juez otorga el amparo y ordena el reajuste solicitado. La evaluación del material probatorio que sustenta la decisión del juez es en este caso irrelevante, porque se trata de establecer si se cometió o no el delito de prevaricato, valga decir si se aplicó o se desconoció de manera manifiesta la norma jurídica que era aplicable. En este caso, y eso es lo novedoso, no se discute en torno a la aplicación de la Constitución, de la ley, de un acto administrativo, o de una sentencia de constitucionalidad, sino que se trata de la aplicación de la jurisprudencia que, en materia de tutela, ha establecido la Corte Constitucional, es decir, estamos en el ámbito de la salvedad estudiada en el análisis teórico precedente. En las secciones siguientes el análisis se centrará en los dos aspectos medulares del debate jurídico penal: i) cuál es la norma aplicada por el juez para resolver la acción de tutela presentada por los pensionados, ii) cuál es la norma que debía aplicar.

## § 10.

La defensa centra su estrategia en excluir de la conducta del procesado un ánimo doloso o malicioso de violentar el sentido del ordenamiento jurídico. Se arguye que el juez se “valió de la orientación jurisprudencial dominante” en la época de los hechos, es decir el 4 de septiembre de 1996. Dicha jurisprudencia estaría contenida en las Sentencia T-418 de 1996, que cita con profusión, y en las Sentencias T-422 y T-432 de 1992. El cambio de esta jurisprudencia ocurre, a juicio de la defensa, con posterioridad a la época de los hechos. Para fortalecer esta opinión, se traen a cuento dos ilustrativos ejemplos: uno, lo dicho por la Fiscalía en otro proceso semejante, contra el mismo procesado, en el cual consideró que el cambio ocurre a partir de las Sentencias T-01, T-126 y T-207 de 1997 y se consolida en la Sentencia T-575 de ese mismo año; y dos, lo decidido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de junio de 1996, cuya conducta es semejante a la del procesado. En consecuencia, el juez aplicó la norma que debía aplicar y, por sustracción de materia, no habría incurrido en prevaricato por acción.

## § 11.

El Tribunal de Cartagena piensa muy diferente. Su discurso parte de considerar que la acción de tutela no procede en el proceso fallado por el juez, porque no satisface ni los requisitos legales ni los jurisprudenciales,

ya que, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable, lo cual no se da en el caso, la tutela está supeditada a la carencia de otro medio de defensa judicial. Para desvirtuar el argumento de la jurisprudencia dominante, el Tribunal trae, a modo de contraejemplo, las Sentencias T-022, T-135 y T-117 de 1995.

## § 12.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia empieza por hacer un recuento de lo acaecido con el sistema de fuentes en nuestra tradición jurídica, a partir de las Sentencias C-131 de 1993, C-085 de 1995 y C-836 de 2001, las cuales cita con prolijidad. Trae a cuento la visionaria legislación penal, que en los Artículos 232 del Decreto 2700 de 1991 y 220 de la Ley 600 de 2000, ha establecido como causal de revisión el cambio de la jurisprudencia de esta Sala, cuando es favorable al procesado. A partir de ese marco de referencia, la Sala, siguiendo el guión de la Corte Constitucional en la sentencia analizada atrás, fulmina el suspense y anticipa su decisión y la justificación de la misma, en los siguientes términos:

Así, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos la jurisprudencia constitucional reiterativamente venía señalando la improcedencia de la acción de tutela para reclamar derechos prestacionales derivados de una relación laboral, salvo los casos en los cuales se configura un perjuicio irremediable o la necesidad de proteger el mínimo vital y móvil del demandante, en los que resulta admisible la protección constitucional como mecanismo transitorio, el procesado debió tenerla en cuenta y denegar el amparo al derecho a la igualdad, invocado por los actores.

## § 13.

Definido el asunto, la Sala de Casación Penal pasa a refutar los argumentos del procesado y de su defensa, para lo cual realiza un estudio detallado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia. Las Sentencias T-230 de 1994 y T-418 de 1996, sobre las cuales se construye el discurso de la defensa, son desdeñadas por la Sala, merced a una importante distinción, enmarcada en el método propio de los precedentes, pues se trata de situaciones fácticas diferentes de la que subyace en el caso decidido por el juez procesado, ya que en ellas se trataba de proteger a los trabajadores sindicalizados de tratos discriminatorios como no permitirles trabajar horas extras, o de discriminar a los trabajadores en el pago en el tiempo de sus



prestaciones, respectivamente, y no de reliquidación de pensiones de jubilación. La jurisprudencia constitucional sólo admite la tutela de manera excepcional en casos como el estudiado, siempre y cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable o se amenace el mínimo vital y móvil del interesado, circunstancias que no se observan en este asunto. De otra parte, y este es el argumento más contundente, la Corte Constitucional había sostenido en numerosos fallos, de manera reiterada, en una interpretación constante y pacífica, que la acción de tutela no procede para reclamar acreencias laborales, salvo en los casos excepcionales antes indicados. La *ratio decidendi* que sirve de fundamento a este discurso, se cifra por la Sala de Casación Penal en la Sentencia T-530 de 1995. Ahí podría concluirse el discurso, pero la Sala, quizá en un alarde de nostalgia, lo refuerza argumentando, como lo hace el Tribunal, que la conducta del juez vulnera también la propia Constitución y la ley, en tanto ellas regulan la procedencia de la acción de tutela.

#### § 14.

A manera de epílogo de este comentario, podría decirse que tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se hacen cargo del nuevo orden de cosas en materia de fuentes del Derecho de manera temerosa y precavida. La Corte Constitucional inserta a la jurisprudencia dentro de los elementos que conforman el ordenamiento jurídico y, al hacerlo, la convierte en norma jurídica aplicable a los casos sometidos al conocimiento y a la decisión de los jueces. Este es un paso adelante en el camino hacia el sistema de precedentes. Pero temerosa de su progresismo, lo modera cautelosamente, imponiendo una rigurosa serie de pautas, que operan como condiciones, para que el desconocimiento de la jurisprudencia por los jueces pueda ser tenido como delito. Este es un medio paso atrás. Algo semejante ocurre con la Sala de Casación Penal, pues su sentencia se basa en el análisis de la aplicación o inaplicación de una jurisprudencia reiterada, dando un paso adelante, pero al final se insiste en que más bien se trata de una violación conjunta de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, dando el medio paso atrás. Es probable que la razón de tales vaivenes sea que estamos viviendo una etapa de transición, de cambio, un momento decisivo y de consecuencias graves, que bien puede ser calificado como crisis, y que afecta a uno de los pilares estructurales de la disciplina jurídica: las fuentes.

### **3. Sentencia C-335 de 2008 de la Corte Constitucional.**

Referencia: expedientes D-6943 y D-6946.  
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000.  
Demandantes: Franky Urrego Ortiz, Iván Estrada Vélez y otros.  
Magistrado Ponente:  
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

#### **SENTENCIA**

##### **I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Franky Urrego Ortiz demandó la inexecutable del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por considerar que viola el Preámbulo y los artículos 2, 4, 93, 95 y 122 constitucionales, al igual que el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De igual manera, los ciudadanos Sergio Iván Estrada Vélez, Francisco Javier Valderrama Bedoya, Luis Alfonso Botero Chica y Carlos Alberto Mojica Araque, demandaron igualmente la totalidad del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por estimar que vulnera el Preámbulo constitucional, los artículos 2, 4, 121, 122, 123, 228 y 230 Superiores, los artículos 1º y 153 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como los artículos 10 y 13 de la Ley 599 de 2000.

La Sala Plena de la Corte, en sesión llevada a cabo el 5 de septiembre de 2007, resolvió acumular el expediente D- 6943 al D- 6943, y en consecuencia, se tramitaron y decidieron conjuntamente.

##### **II. DISPOSICIÓN DEMANDADA.**

A continuación se transcribe la integridad de la disposición acusada, tal y como aparece publicada en el Diario Oficial núm. 44.097 del 24 de julio de 2000:

“Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos

legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”<sup>1</sup>

### III. LA DEMANDA

#### 1. Demanda presentada por Franky Urrego Ortiz.

El demandante adelanta una consideración previa en el sentido de explicar que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 413 del Código Penal, por cuanto, la Corte en Sentencia C- 917 de 2001 lo declaró exequible “*por los cargos analizados*”, los cuales son distintos de los planteados en la presente demanda. De igual manera, esta Corporación en Sentencia C- 503 de 2007 se declaró inhibida para pronunciarse de fondo, argumentando que no se había integrado la proposición jurídica completa.

Así las cosas, manifiesta que en la presente oportunidad se demanda la integridad del artículo 413 del C.P., el cual configura una proposición jurídica integral.

En lo que concierne al concepto de la violación, argumenta el ciudadano que la modificación que operó la Constitución de 1991 en el modelo de Estado, se tradujo, a su vez, en una transformación del sistema de fuentes del derecho aplicable en Colombia, el cual abarca el bloque de constitucionalidad en sentidos *lato y stricto*.

Agrega que surge la necesidad de que en aras de asegurar “*un óptimo funcionamiento del sistema jurídico se establezcan criterios uniformes de interpretación y aplicación del derecho y de allí el requerimiento porque las reglas jurisprudenciales que fija el supremo intérprete de la Constitución también sean observadas por los operadores jurídicos*”.

Desde esta perspectiva, explica el demandante, la ley ha dejado de ser el límite en la adopción, por parte de los servidores públicos, de las resoluciones, dictámenes o conceptos que en cumplimiento de sus funciones deben proferir. En otras palabras, el control de este tipo de actos ya no tiene como parámetro exclusivo la ley sino que dada la fuerza normativa de la Constitución y aquella de la jurisprudencia constitucional, reconocida como fuente formal del derecho, como de la jurisprudencia (doctrina probable), “*el ámbito de control se ha ampliado y esto se ha justificado en la garantía de la efectividad del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima*”.

---

<sup>1</sup> La Corte precisa que la pena asignada al delito de prevaricato por acción se incrementó en virtud de la Ley 890 de 2004, cuyo artículo pertinente reza “Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.”

Así las cosas, según el ciudadano, los servidores públicos deben observancia al principio de constitucionalidad, “*quedando superada de esa manera la noción de principio de legalidad que fue el fundamento del delito de prevaricato por acción en vigencia del Estado de Derecho*”. A renglón seguido argumenta que “*la disposición acusada desconoce la fuerza normativa del Preámbulo y los artículos 2 y 4 de la Constitución Política pues dentro de la órbita del bien jurídico tutelado, dicho enunciado restringe la sanción penal a que el servidor público dicte una decisión o un concepto manifiestamente contrario a la ley, pudiendo en consecuencia desconocer los contenidos de cualquier precepto constitucional sin que exista sanción penal en esos eventos*”.

Agrega que resulta contrario al artículo 95 Superior que el artículo 413 del Código Penal no prevea como sanción penal por prevaricato a quien estando obligado, como servidor público, a cumplir la Constitución, no lo hace y en su lugar se aparta “*impunemente de lo previsto por el pueblo soberano*”. De tal suerte que resulta inconstitucional que el legislador haya diseñado un tipo penal para el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, ya que dicha persona debe garantizar con sus decisiones las reglas, principios y valores constitucionales, “*el no hacerlo debe generar responsabilidad, so pena de restarle toda fuerza normativa directa a la Constitución*”.

Siguiendo con su argumentación, alega el demandante que la norma acusada permite a un servidor público proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Constitución, sin que se pueda iniciar una acción penal en su contra, violándose de esta forma el artículo 4 Superior.

Explica que no se podría sostener que la expresión “ley” comprende aquella de Constitución, por cuanto se vulneraría de esta manera el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. De igual manera, es inadmisibles que el legislador no defina de manera clara y expresa los elementos estructurales del tipo penal.

A renglón seguido, el ciudadano trae a colación ejemplos en los cuales los jueces habrían prevaricado por violar los precedentes sentados por la Corte Constitucional, en materias tales medicamentos excluidos del POS, habeas data y seguridad social. En todas estas situaciones, el funcionario judicial profiere una decisión contraria a la Constitución, y a pesar de ello no comete prevaricato por acción.

Asegura que si bien el legislador cuenta con un margen de configuración en el diseño de la política criminal, también lo es que tal competencia se encuentra limitada por la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente (art. 2 Superior).

Aunado a lo anterior, anota que “*el bien jurídico de la administración pública protege que el servidor público no contravenga manifiestamente la ley, con lo*

*cual se exige de responsabilidad (art. 6 C.P.) en el evento que aquél profiera resolución, dictamen o concepto que sea manifiestamente contrario a la Constitución*". De contera, se vulnera el artículo 122 constitucional, según el cual todos los servidores públicos deben cumplir y defender la Constitución, para lo cual prestan un juramento, normativa que es vulnerada si luego se les permite desconocer la Constitución.

Indica asimismo que la norma acusada vulnera el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto el legislador no garantiza que el tratado internacional efectivamente se cumpla, en los términos del artículo 93 Superior. A continuación señala que *"si uno de los fines esenciales del Estado ( art. 2 C.P. ) es la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y los mismos deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia ( art. 93 ídem ) el Estado colombiano tiene la obligación de establecer medidas para sancionar penalmente a quienes no cumplan los contenidos constitucionalmente a la luz del principio de interpretación conforme, y mucho más, en la medida en que la supremacía de la Constitución tiene rango iusfundamental"*.

## **2. Demanda presentada por los ciudadanos Sergio Iván Estrada Vélez, Francisco Javier Valderrama Bedoya, Luis Alfonso Botero Chica y Carlos Alberto Mojica Araque.**

Los ciudadanos comienzan por señalar que no existe cosa juzgada en el presente caso, ya que la Corte en Sentencia C- 917 de 2001 declaró exequible el artículo acusado, pero limitando el pronunciamiento a los cargos señalados, los cuales no guardan relación alguna con aquellos que presentan. Agregan que esta Corporación se declaró inhibida en providencia C- 503 de 2007 para emitir un fallo de fondo sobre el mismo artículo.

A renglón seguido indican que se está ante el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente debido a aquello que denominan *"mutación indefectible del tipo penal de prevaricato con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho"*. Al respecto explican que en un modelo de Estado de Derecho la ley era la máxima representación jurídica del Estado, situación que no sucede en el Estado Constitucional, debido a las consecuencias que comporta la incorporación de un derecho material o por principios en el sistema de fuentes. En efecto, los principios son el límite al ejercicio del poder, son los medios para concretar los valores, y por ende, prevalecen sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Explican que dentro de las consecuencias de la incorporación del Estado social de derecho se encuentra el fortalecimiento del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, quienes deben procurar no sólo por la aplicación de la ley sino aquella de los principios y garantías constitucionales. En ese contexto, al operador judicial se le impone el deber de aplicar el derecho de manera coherente

con los postulados axiológicos constitucionales. En consecuencia *“sólo es posible una práctica jurídica acorde con los imperativos del Estado constitucional de derecho si se reconoce las mutaciones al tipo penal del prevaricato dirigidas a reconocer como bien jurídico la protección del ordenamiento y no sólo de la ley”*.

Agregan que un entendimiento del prevaricato en la forma señalada en el artículo 413 del Código Penal impide el logro de importantes tareas encomendadas a la función jurisdiccional, tales como la materialización de un orden constitucional que tiene por paradigma jurídico un conjunto de elementos axiológico deontológicos, que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la función jurisdiccional tanto constitucional como ordinaria. De tal suerte que esté de por medio la eficacia real, y no simplemente simbólica, de la Constitución. Consecuentemente, se evita, por temor a una investigación por prevaricato, la aplicación de contenidos normativos diferentes a la ley pero pertenecientes al ordenamiento jurídico tal como sería, a modo de ejemplo, el caso de los principios jurídicos.

Argumentan que *“Una perspectiva material del ordenamiento debe estar presente en la descripción o formulación del tipo penal de prevaricato sin que ello signifique un sacrificio de las principales características (unidad e integridad) y fines (seguridad jurídica, orden) que debe procurar el ordenamiento jurídico colombiano. La ley entendida en su acepción formal no cumple con la misión de suministrar soluciones a cada una de las situaciones que exigen su intervención.”* Agrega que *“A diferencia de lo que ocurre en el Estado legicentrista, en el Estado constitucional la aplicación de un derecho material no puede ser causal de configuración del delito de prevaricato. Si realmente se desea el otorgamiento de pleno poder normativo a los contenidos materiales de la Constitución, es necesario interpretar que por ley en el tipo penal de prevaricato es ley en sentido material”*. Así mismo, en virtud del bloque de constitucionalidad, se procura un obediencia al texto de la Constitución y a las demás normas que por su importancia condicionan la validez de las demás de inferior jerarquía, no siendo por tanto coherente con estos postulados reducir el tipo penal de prevaricato a infracción de la ley en sentido formal.

En este orden de ideas, según los demandantes, no es posible hacer referencia en el Estado constitucional a la idea de prevaricato sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Así, mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho propendía proteger el principio de estricta legalidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es *“la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento independientemente de su pedigree o forma de producción”*. A renglón seguido señalan que *“una idea de prevaricato acorde al contexto del Estado constitucional exige el reconocimiento de una noción de ley y de ordenamiento jurídico respetuosa de elementos axiológico-deontológicos concretados y que determinan la validez material de las normas jurídicas. No es coherente con un Estado constitucional seguir señalando*

*la configuración del prevaricato por infracción a la ley en su sentido formal y de otro lado exigir la aplicación de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad. La necesidad de ajustar el tipo penal de prevaricato a las circunstancias del Estado constitucional se constituye en imperativo categórico para la evaluación de la actividad jurisdiccional”.*

Aseguran que en el contexto de un Estado constitucional varía el bien jurídicamente tutelado por el tipo penal de prevaricato, no siendo la protección de la ley sino del ordenamiento jurídico.

Finalmente, señalan a modo de síntesis lo siguiente: *“la formulación de algunas ideas referentes a la forma en que se debe entender la dogmática en el Estado constitucional de derecho y su influencia en la descripción de conceptos básicos de la teoría general del derecho como la noción de norma, de ordenamiento y la reformulación de las fuentes del derecho, constituyen las premisas básicas para una comprensión del tipo penal del prevaricato, que repercute en dos maneras: la primera, en un aumento o promoción de la libertad requerida por la función jurisdiccional en un Estado constitucional donde el juez ya no estará sometido a la ley en su sentido formal sino al ordenamiento jurídico en su sentido material. La segunda, el ejercicio de la libertad mencionada apareja el deber del operador jurídico de comprender la teoría de los principios jurídicos en el Estado constitucional de derecho así como de la metodología para su ejercicio y aplicación mediante la interpretación y argumentación jurídicas”.*

#### **IV. INTERVENCIONES.**

##### **1. Fiscalía General de la Nación.**

El Señor Fiscal General de la Nación interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la expresión “ley” del artículo 413 de la Ley 599 de 2000; y en caso de no acogerse tal petición, solicita que sea proferida una sentencia interpretativa en la que se condicione la exequibilidad de aquélla al entendimiento de que comprende las normas con fuerza material de ley y la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico colombiano.

Indica que en los ordenamientos jurídicos posteriores a la Segunda Guerra Mundial se comenzó a acordarle valor normativo a la Constitución como norma suprema dentro del sistema de fuentes del derecho. De esta forma, la ley, que tradicionalmente había sido vista como la fuente máxima de aquél, tuvo que ceder espacio a la Constitución. De allí que, con base en el artículo 4º Superior, ninguna norma puede contrariar la Carta Política. A partir de tal constatación, es indudable que, en adelante, ya no es la ley la norma llamada a servir de parámetro para ejercer el control de validez de un determinado precepto normativo, pues tal rol lo ocupa la Constitución.

En cuanto al sentido de la palabra “ley” en el artículo 413 del C.P., indica que tradicionalmente se ha diferenciado entre ley en sentido formal y material. Así, aunque es cierto que en la Carta predomina un criterio formal en cuanto a la noción de ley, la propia Constitución atribuye a ciertas disposiciones, que no son formalmente leyes, por cuanto no son actos expedidos por el Congreso, una fuerza equivalente al de las leyes en sentido formal. Así el artículo 150-10 autoriza al Congreso a que faculte al Presidente a expedir normas con fuerza de ley. Igualmente, decretado un estado de excepción, el Presidente puede expedir decretos legislativos que tienen fuerza de ley.

Así las cosas, según el interviniente *“puede concluirse válidamente que la expresión demandada del artículo 413 de la ley 599 de 2000, incluye el concepto de Constitución, sin que ello implique una interpretación extensiva o analógica del concepto de ley, que suponga una violación del artículo 29 constitucional, tal como lo pretende hacer ver el accionante, sino por el contrario una interpretación que ha sido ampliamente acogida en nuestro medio y que se deriva directamente de la regulación constitucional del sistema de fuentes”*.

Agrega que es inconcebible que el legislador, al momento de tipificar el delito de prevaricato, estuviese pensando únicamente en brindar protección frente a la norma que es expedida por el Congreso, excluyendo de tal protección los contenidos de la norma superior del ordenamiento. De allí que *“es claro que el cargo del actor carece de todo sustento pues el concepto de ley en sentido material, tiene pleno respaldo constitucional y en este sentido lo utiliza el artículo 413 demandado”*.

Por último, sostiene que la Corte podría proferir una sentencia interpretativa, en el sentido de que la expresión “ley” comprende todas las normas con fuerza material de ley y la Constitución.

## **2. Ministerio del Interior y de Justicia.**

Tatiana del Rocío Romero Acevedo, actuando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible el artículo demandado.

Asegura que los demandantes interpretan indebidamente la norma acusada, ya que la ley debe entenderse en su sentido material y no formal. Por lo anterior, es claro que la vulneración de un precepto constitucional mediante la actuación de una autoridad supone indefectiblemente el desconocimiento de un mandato legal que lo desarrolla, con lo cual la configuración del delito de prevaricato por acción, como la de la totalidad de descripciones típicas contenidas en el ordenamiento punitivo sustancial, reporta una necesaria violación del marco superior.

En tal sentido, concluye que si la Carta Política emplea el término ley en unas ocasiones en sentido amplio como sinónimo de derecho, del conjunto de



normas jurídicas y en otras se refiere sólo a ella como norma proveniente del órgano legislativo, mal haríamos en aceptar los argumentos de los demandantes, fundados en una interpretación meramente subjetiva y limitar entonces el alcance de la disposición acusada, porque en ella no están concretamente señalados los términos Constitución o tratados internacionales.

### **3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.**

Mauricio Pava Lugo, actuando en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte proceda a declarar la constitucionalidad condicionada de la norma acusada, en el entendido de que el término ley contempla todo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, *“mismo que tiene su fuente primigenia en la Constitución Política Colombiana”*.

Luego de citar diversos autores, el interviniente sostiene que no es posible hacer referencia en el Estado constitucional a la idea de prevaricato, sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho buscaba proteger la estricta legalidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es, la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento *“independientemente de su pedigree o forma de producción. A su vez, la idea de ordenamiento, entendido en el Estado liberal como orden jerarquizado de normas, coherente y pleno, se debe complementar con el concepto de sistema que comprenda una idea de derecho en constante cambio, al interior del cual se verifican relaciones normativas de coordinación y no sólo de subordinación entre las normas explícitas e implícitamente positivizadas”*.

Explica que la defensa del enunciado normativo establecido en el artículo 413 del Código Penal, en el sentido de entender la ley en sentido formal, sólo puede encontrar en una noción decimonónica de seguridad jurídica su más firme argumento. Pero al cambiar la comprensión de la seguridad jurídica en el contexto del Estado constitucional debe igualmente variar la idea de bien jurídicamente tutelado con el prevaricato: no es la protección de la ley sino del ordenamiento jurídico.

Agrega que no resulta compatible con la Carta de Derechos que no se demande de los funcionarios judiciales el acatamiento de los valores, principios y normas constitucionales, y mucho menos, que se posibilite la impunidad de los preceptos constitucionales que deben ser salvaguardados a toda costa en un Estado Democrático de Derecho.

### **4. Academia Colombiana de Jurisprudencia.**

Alberto Pulido Pineda, actuando en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, sostiene que *“Ninguna norma constitucional ha sido*

*quebrantada, por lo mismo la determinación debe ser inhibitoria*". Apoya la anterior afirmación en diversos fallos proferidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, agregando que *"no le asiste razón al demandante sobre el presunto quebrantamiento de la reserva de ley, al regular los delitos a que se refieren las normas acusadas, pues tanto el código penal anteriormente vigente como el actual se ocuparon expresamente de ellos con absoluta claridad y precisión"*.

## **5. Universidad de Cartagena.**

David Enrique Mercado, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la expresión acusada en el entendido de que la expresión ley debe entenderse en un sentido material *"por lo que se refiere al ordenamiento jurídico del Estado"*.

En lo que concierne a la expresión "ley" afirma que la misma se ha entendido de dos maneras: formal y material. Propone que aquélla sea entendida como sinónimo de "ordenamiento jurídico", para que sea coherente con la jurisprudencia constitucional.

Explica que el concepto de prevaricato en un Estado de Derecho clásico protegía el principio de legalidad estricto, mientras que en un Estado constitucional se entiende amparado el ordenamiento jurídico en su conjunto *"desde la perspectiva no de una mera sujeción, sino como compromiso con todo el ordenamiento jurídico para el logro de los fines del Estado Social de Derecho"*.

## **V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.**

El Procurador General de la Nación conceptúa en el sentido de que la Corte debe declarar exequible la expresión "ley" del artículo 413 de la Ley 599 de 2000.

Sostiene que la descripción típica del delito de prevaricato por acción aparentemente merecería reparos porque, con el fin de salvaguardar la administración pública, mediante la sanción penal, se conmina al cumplimiento de la ley pero se ignora a la Constitución; sin embargo, tal lectura se edifica sobre un ejercicio hermenéutico basado exclusivamente en el concepto no especificado en el texto acusado, el de ley en sentido formal, es decir, entendiendo como "ley" únicamente aquel conjunto normativo emanado del legislador ordinario, mas no otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico como son los decretos, los reglamentos, e incluso la Constitución, conglomerado normativo al que sin duda está sometido el servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Agrega que para el Ministerio Público el tipo penal hace referencia a un concepto más amplio de ley, el cual supera aquel de ley en sentido material, en cuanto *"involucra todas las disposiciones del ordenamiento jurídico"*. En tal sentido,

resulta inadmisibles limitar el alcance del término “ley” a aquel de “ley formal”, desconociendo de plano y sin justificación alguna que este vocablo tiene diversas acepciones, y que para los efectos de la protección penal que busca el delito de prevaricato por acción, debe acudir a la más amplia de ellas, es decir, como sinónimo de “ordenamiento jurídico”, de sistema normativo integrado por valores, principios y reglas a las cuales debe ajustarse la conducta de los servidores públicos en un Estado de Derecho, pues la norma no tiene una finalidad distinta a la de persuadir a los servidores para que cumplan la función encomendada con apego a ese ordenamiento jurídico que le impone en el caso concreto un determinado proceder.

De allí que el empleo del vocablo “ley” no se opone a la Constitución, si se entiende que el mismo no se refiere exclusivamente a las normas proferidas por el Congreso de la República, sino todas aquellas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico.

Concluye diciendo que *“la utilización del término ley en sentido material no es extraña a la Constitución, que en varias disposiciones hace uso del mismo, y mal podría alegarse que en tales ocasiones sólo se refiere a ley en sentido formal, adscribiéndole gratuitamente un alcance que no ha sido clara e inequívocamente restringido por el constituyente”*.

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **1. Competencia**

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

### **2. Problemas jurídicos planteados a la Corte Constitucional.**

#### **2.1. Expediente D- 6943.**

El ciudadano Franky Urrego Ortiz demanda la inexecutable del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por considerar que viola el Preámbulo y los artículos 2, 4, 93, 95 y 122 constitucionales, al igual que el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, explicando además la ausencia de la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con las sentencias C- 917 de 2001 y C- 503 de 2007.

En relación con la vulneración del **Preámbulo** y de los artículos **2 y 4 Superiores**, el ciudadano explica que la disposición acusada restringe la sanción penal del delito de prevaricato a que el servidor público dicte una decisión o un concepto manifiestamente contrario a la “ley”, pudiendo *“en consecuencia desconocer los contenidos de cualquier precepto constitucional sin que exista sanción penal en esos eventos”*. Agrega si bien tal limitante era conforme con la Constitución

de 1886, por cuanto sobre el principio de legalidad se edificaba el Estado de Derecho, no lo es en relación con la Carta Política de 1991, en la cual se acuerda fuerza normativa no sólo a la ley sino a los principios y valores constitucionales.

Agrega que el legislador desconoció el contenido del **artículo 4 Superior**, por cuanto la disposición acusada permite a un servidor público proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Carta, sin que el Estado pueda iniciar la correspondiente acción penal, *“puesto que es evidente en este evento, que la Constitución no es norma de normas”*. De igual manera, sostiene el demandante, que en estos casos no bastaría con decir que la expresión *“ley”* incluye de forma implícita aquella de *“Constitución”*, por cuanto se desconocería de esta manera el principio de legalidad penal. Así mismo, sostiene que la norma penal permitiría la existencia de casos en los cuales los jueces se apartan por completo de las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Constitucional, como es el caso de los fallos de tutela referentes a medicamentos excluidos del POS.

Indica igualmente que si bien el legislador cuenta con un amplio margen al momento de configurar la política criminal, y en ese sentido puede tipificar un comportamiento como delito, *“también lo es que dicha competencia, al igual que la de los demás poderes constituidos se encuentra necesariamente limitada por la garantía de la efectividad (art. 2 Superior) de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*.

En lo que concierne al **artículo 95** constitucional, según el cual toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, el artículo 413 del Código Penal lo desconoce por cuanto no prevé sanción penal alguna por la comisión de un prevaricato imputable a quien estando obligado en su calidad de funcionario público desconozca la Constitución.

Respecto a la vulneración del **artículo 122 Superior**, a cuyo tenor *“ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”*, la norma acusada *“lo que hace es amparar un perjurio”*, en el sentido de que el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Constitución, no incurría en responsabilidad penal.

Por otra parte, en relación con las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cita el **artículo 2** del Pacto de San José de Costa Rica, referente al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en consonancia con el **artículo 93 Superior**, el Estado colombiano está en el deber de garantizar su efectividad mediante sanciones penales, entre ellas, la del prevaricato por acción. De tal suerte que, según el demandante *“conforme a la interpretación vinculante para la Corte Constitucional plasmada en las sentencias de la Corte Interamericana (art.93 Superior), no cabe la menor duda que Colombia a través del legislador ha debido adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno”*.

## 2.2. Expediente D- 6946.

Los ciudadanos Sergio Iván Estrada Vélez, Francisco Javier Valderrama Bedoya, Luis Alfonso Botero Chica y Carlos Alberto Mojica Araque, demandaron igualmente la totalidad del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por estimar que vulnera el Preámbulo constitucional, los artículos 2, 4, 121, 122, 123, 228 y 230 Superiores, los artículos 1º y 153 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como los artículos 10 y 13 de la Ley 599 de 2000, aclarando igualmente que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, tomando en cuenta lo decidido en sentencias C- 917 de 2001 y C- 503 de 2007.

A continuación señalan que se está ante el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente debido a aquello que denominan “*mutación indefectible del tipo penal de prevaricato con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*”. Al respecto explican que en un modelo de Estado de Derecho la ley era la máxima representación jurídica del Estado, situación que no sucede en el Estado Constitucional, debido a las consecuencias que comporta la incorporación de un derecho material o por principios en el sistema de fuentes. En efecto, los principios son el límite al ejercicio del poder, son los medios para concretar los valores, y por ende, prevalecen sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Argumentan que dentro de las consecuencias de la incorporación del Estado Social de Derecho se encuentra el fortalecimiento del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, quienes deben procurar no sólo por la aplicación de la ley sino aquella de los principios y garantías constitucionales. En ese contexto, al operador judicial se le impone el deber de aplicar el derecho de manera coherente con los postulados axiológicos constitucionales. En consecuencia “*sólo es posible una práctica jurídica acorde con los imperativos del Estado constitucional de derecho si se reconoce las mutaciones al tipo penal del prevaricato dirigidas a reconocer como bien jurídico la protección del ordenamiento y no sólo de la ley*”.

Agregan que un entendimiento del prevaricato en la forma señalada en el artículo 413 del Código Penal impide el logro de importantes tareas encomendadas a la función jurisdiccional, tales como la materialización de un orden constitucional que tiene por paradigma jurídico un conjunto de elementos axiológico- deontológicos, que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la función jurisdiccional tanto constitucional como ordinaria. De tal suerte que esté de por medio la eficacia real, y no simplemente simbólica, de la Constitución. Consecuentemente, se evita, por temor a una investigación por prevaricato, la aplicación de contenidos normativos diferentes a la ley pero pertenecientes al ordenamiento jurídico tal como sería, a modo de ejemplo, el caso de los principios jurídicos.

Argumentan que “*Una perspectiva material del ordenamiento debe estar presente en la descripción o formulación del tipo penal de prevaricato sin que ello signifique un sacrificio de las principales características (unidad e integridad)*”

*y fines (seguridad jurídica, orden) que debe procurar el ordenamiento jurídico colombiano. La ley entendida en su acepción formal no cumple con la misión de suministrar soluciones a cada una de las situaciones que exigen su intervención.”* Agrega que *“A diferencia de lo que ocurre en el Estado legicentrista, en el Estado constitucional la aplicación de un derecho material no puede ser causal de configuración del delito de prevaricato. Si realmente se desea el otorgamiento de pleno poder normativo a los contenidos materiales de la Constitución, es necesario interpretar que por ley en el tipo penal de prevaricato es ley en sentido material”*. Así mismo, en virtud del bloque de constitucionalidad, se procura un obediencia al texto de la Constitución y a las demás normas que por su importancia condicionan la validez de las demás de inferior jerarquía, no siendo por tanto coherente con estos postulados reducir el tipo penal de prevaricato a infracción de la ley en sentido formal.

En este orden de ideas, según los demandantes, no es posible hacer referencia en el Estado constitucional a la idea de prevaricato sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Así, mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho propendía proteger el principio de estricta legalidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es *“la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento independientemente de su pedigree o forma de producción”*. A renglón seguido señalan que *“una idea de prevaricato acorde al contexto del Estado constitucional exige el reconocimiento de una noción de ley y de ordenamiento jurídico respetuosa de elementos axiológico-deontológicos concretados y que determinan la validez material de las normas jurídicas. No es coherente con un Estado constitucional seguir señalando la configuración del prevaricato por infracción a la ley en su sentido formal y de otro lado exigir la aplicación de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad. La necesidad de ajustar el tipo penal de prevaricato a las circunstancias del Estado constitucional se constituye en imperativo categórico para la evaluación de la actividad jurisdiccional”*.

Señalan a modo de síntesis lo siguiente: *“la formulación de algunas ideas referentes a la forma en que se debe entender la dogmática en el Estado constitucional de derecho y su influencia en la descripción de conceptos básicos de la teoría general del derecho como la noción de norma, de ordenamiento y la reformulación de las fuentes del derecho, constituyen las premisas básicas para una comprensión del tipo penal del prevaricato, que repercute en dos maneras: la primera, en un aumento o promoción de la libertad requerida por la función jurisdiccional en un Estado constitucional donde el juez ya no estará sometido a la ley en su sentido formal sino al ordenamiento jurídico en su sentido material. La segunda, el ejercicio de la libertad mencionada apareja el deber del operador jurídico de comprender la teoría de los principios jurídicos en el*

*Estado constitucional de derecho así como de la metodología para su ejercicio y aplicación mediante la interpretación y argumentación jurídicas”.*

Finalmente, es preciso señalar que los demandantes acompañan su escrito de los resultados empíricos obtenidos por una investigación académica realizada en 2006 relacionada con el temor que tienen los funcionarios judiciales al momento de fallar con base en principios constitucionales, así como de un examen entorno a la jurisprudencia elaborada en relación con el tipo penal de prevaricato.

2.3. Intervenciones ciudadanas, de autoridades públicas y concepto del Procurador General de la Nación.

La mayoría de intervinientes coinciden en señalar que la Corte debe declarar exequible el artículo 413 del Código Penal, aunque condicionándolo de diversas formas, tales como que la expresión “ley” comprende “*las normas con fuerza material de ley y la Constitución como norma superior del ordenamiento*”; o “*todo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico*”.

La Vista Fiscal, por su parte, si bien solicita a la Corte declarar exequible la norma acusada, sin condicionamiento alguno, en su intervención sostiene que “*el empleo del vocablo “ley” no se opone a la Constitución, si se entiende que el mismo no se refiere exclusivamente a las normas proferidas por el Congreso de la República, sino todas aquellas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico*”.

#### **2.4. Presentación del cargo de inconstitucionalidad.**

Una vez examinadas las demandas ciudadanas se puede comprender que ambas confluyen en formular un mismo cargo de inconstitucionalidad que constituye el problema jurídico a resolver: el artículo 413 del Código Penal que consagra el tipo penal de prevaricato por acción es inconstitucional por omitir los supuestos de infracción o desconocimiento de la Constitución, la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, así como el bloque de constitucionalidad. En tal sentido, los demandantes parten de comprender que el supuesto descrito en el artículo 413 del Código Penal no permite sancionar a los jueces, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por desconocer manifiestamente la Constitución, la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, al igual que el bloque de constitucionalidad.

Contrario a lo sostenido por los demandantes, la Corte considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar porque el tipo penal, tal y como se encuentra descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comprende los supuestos que los demandantes consideran excluidos, esto es, que si en el caso concreto resultan aplicables la Constitución, el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional, y el operador jurídico realiza una aplicación

manifiestamente contraria a éstas, en los términos y condiciones previstos en el derecho penal, puede ser sancionado por la comisión del delito de prevaricato por acción.

A efectos de arribar a la anterior conclusión, la Corte (i) examinará la inexistencia de cosa juzgada constitucional en relación con la norma legal acusada; (ii) analizará la jurisprudencia constitucional en materia de prevaricato por acción; (iii) estudiará la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el mismo ilícito; (iv) determinará los fundamentos constitucionales del principio de legalidad; (v) considerará que el contenido y el alcance del principio de legalidad no se entiende de la misma forma para los jueces y demás servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas; (vi) analizará el carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes frente al delito de prevaricato por acción; (vii) examinará lo concerniente al carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia constitucional, habiendo distinguido entre fallos de control y de tutela; y (x) extraerá las conclusiones del caso.

### **3. Asunto procesal previo: ausencia de cosa juzgada constitucional.**

En dos oportunidades, la Corte ha examinado la conformidad, total o parcial, del artículo 413 del Código Penal con la Constitución. Veamos.

En Sentencia C-917 de 2001 la Corte examinó la constitucionalidad de la expresión “*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contraria a la ley*”, del artículo 413 de la Ley 599 de 2000, en relación con un cargo de inconstitucionalidad que apuntaba a señalar que se trataba de un tipo penal en blanco, contrario al principio de legalidad penal, y violatorio de los artículos 28 y 29 Superiores. Esta Corporación estimó que el cargo no estaba llamado a prosperar, por las siguientes razones:

*“b) En cuanto al prevaricato por acción descrito como conducta delictual tanto en el artículo 149 del Código Penal anterior; como en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, encuentra la Corte que la conducta está descrita de manera inequívoca por el legislador; pero ella requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta constitutiva de delito tiene como referente necesario a la ley, en cada caso concreto, para comparar; luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o si la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir, resulta manifiesta, es decir, ostensible.*

*Sobre este punto, es pertinente transcribir un aparte de una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 19 de diciembre de 2000, en que analizó el contenido del artículo 146 del Código*



*Penal, y señaló que la conducta juzgada objetivamente es típica, para ello, partió del examen de los artículos constitucionales y legales a los que remite la disposición, y resumió el resultado del estudio así:*

*“La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas.” (proceso 17088, de 19 de diciembre de 2000, M.P., doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón).*

*No puede, entonces, aceptarse la acusación de vaguedad e imprecisión, que resultaría en desmedro de la garantía de legalidad, sino que, ha de concluirse que, a contrario de lo sostenido por el demandante, esa garantía de la descripción del delito de prevaricato por acción, sí se ha cumplido a plenitud. En lo esencial, la conducta objeto del reproche jurídico penal ha sido descrita por la ley. Es decir, lo que constituye el propio núcleo de la conducta delictiva es conocida por los destinatarios de la ley penal y por los funcionarios encargados de aplicarla, al igual que las sanciones respectivas fueron previstas para cada uno de estos delitos por la ley.*

*Obsérvese, entonces, que respecto de las normas acusadas como presuntamente inconstitucionales, el principio de legalidad, en cuanto exige que no pueda existir delito sin ley que lo defina, ni pena sin ley que la determine, no ha sido desconocido en este caso por el legislador.*

*Por ello, no asiste razón al demandante sobre el presunto quebrantamiento de la reserva de la ley, al regular los delitos a que se refieren las normas acusadas, pues tanto el Código Penal anteriormente vigente como el actual (Decreto Ley 100 de 1980 y Ley 599 de 2000), se ocuparon expresamente de ellos, con absoluta claridad y precisión.*

***La Corte declarará la exequibilidad de los preceptos acusados en razón de los cargos esgrimidos. (negrillas agregadas).***

Como se puede advertir fácilmente el cargo de inconstitucionalidad que la Corte resolvió en Sentencia C- 917 de 2001 no guarda relación alguna con aquellos planteados en el presente caso.

Más recientemente, en Sentencia C- 503 de 2007, en relación con una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la expresión “ley” del artículo 413 del Código Penal, la Corte se declaró inhibida para fallar de fondo, por cuanto “Ciertamente, la expresión “ley”, única sobre la cual recae la demanda, aisladamente considerada carece de un alcance regulador propio y autónomo que permita llevar a cabo un examen de constitucionalidad. Lo anterior resulta

*claro si se considera que, de llegar a ser retirada del ordenamiento la sola palabra “ley”, el tenor literal del tipo penal de prevaricato por acción resultaría carente de sentido lógico alguno”.*

Así las cosas, no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, motivo por el cual la Corte puede proferir un fallo de fondo en relación con el artículo 413 del Código Penal.

#### **4. Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el delito de prevaricato.**

En escasas ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con el delito de prevaricato. Así, en Sentencia T- 118 de 1995 consideró que *“la vía de hecho, clara y plenamente probada, si consiste en una vulneración de la ley procesal de tales características que comporta una ruptura grave del debido proceso y, por ende, la violación de la Constitución Política, o una trasgresión abierta de otros preceptos constitucionales, de modo que lleve a conceder la tutela contra la providencia judicial en tela de juicio, debe dar lugar a que el juez de tutela corra traslado de las diligencias a la Fiscalía General de la Nación para que se inicie el correspondiente proceso penal por prevaricato”*, es decir, estimó que una abierta contradicción de preceptos constitucionales por parte de un funcionario público daba lugar a una investigación penal por el delito de prevaricato.

Posteriormente, esta Corporación en Sentencia T- 260 de 1999 se refirió a la conducta de prevaricato indicando que la misma exigía *“tener en cuenta la condición del agente, por cuanto dicha conducta sólo puede ser cometida por un sujeto activo cualificado”*.

Finalmente, de manera tangencial, la Corte aludió al tipo penal de prevaricato en Sentencia C- 832 de 2002 referente a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra determinados artículos de la Ley 715 de 2001.

#### **5. Configuración del delito de prevaricato por acción a la luz de la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.**

La Corte considera necesario examinar la manera como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido configurando los elementos del delito de prevaricato por acción en Colombia. Lo anterior por cuanto el juicio de constitucionalidad *“no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético”*<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sentencia C- 557 de 2001.

Así las cosas, en relación con el sujeto activo del delito de prevaricato por acción, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que aquél se caracteriza por ser cometido por un sujeto activo cualificado: el servidor público. En tal sentido, téngase presente que el artículo 123 Superior dispone que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios<sup>3</sup>. De igual manera, a renglón seguido precisa que aquéllos “*ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*”, en tanto que, de manera complementaria, el artículo 124 Superior establece que “*La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva*”.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el delito de prevaricato por acción “*exige un sujeto activo cualificado, es decir, que en él solo podría incurrir a título de autor, quien ostenta la condición de servidor público*”<sup>4</sup>.

En lo que concierne al sujeto pasivo del delito, es preciso señalar que el artículo 413 del Código Penal se encuentra ubicado en el Título XV “*Delitos contra la administración pública*”, lo cual indica que dicho comportamiento lesiona un interés jurídico cuyo titular es el Estado, siendo posible que, en determinadas hipótesis, pueda llegar a ser considerado un delito pluriofensivo, como cuando con aquél se vulneran igualmente bienes jurídicos de los particulares.<sup>5</sup>

Por otra parte, en lo que atañe al objeto material del delito de prevaricato por acción, es decir, la resolución, dictamen o concepto proferido por el servidor público, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido en relación con la expresión “*resolución*” que “*no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función*”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> En concordancia con lo anterior, el artículo 20 del Código Penal dispone: ARTICULO 20. SERVIDORES PUBLICOS. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 25 de mayo de 2005, proceso núm. 22855.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 15 de mayo de 1985.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 5 de abril de 1984.

Ahora bien, en relación con la expresión “dictámenes o conceptos”, en sentencia del 13 de octubre de 1988, reiterada en providencia del 29 de septiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia estimó lo siguiente:

*“Lo otro, o sea que la no presencia de los vocablos “concepto” y “providencia”, en el texto del artículo 149 del C. Penal, deja por fuera del ilícito el salvamento arbitrario de voto, porque solo es un “criterio” u “opinión” no vinculante y porque propiamente no es recogido por los términos “resolución o dictamen” que finalmente fue los que consignó el legislador; prescindiendo de los otros, es apuntamiento que no consulta la realidad jurídica y gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la lengua, define la voz dictamen (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es entonces incuestionable que si quien dio la opinión o suscribió el dictamen (caso del salvamento de voto), lo hace con el carácter de funcionario, consignando apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley, o preceptos, criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato por acción, así sus afirmaciones no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio” (auto de única instancia del 13 de octubre de 1988, radicado 2270). (negrilla agregada).*

En tal sentido, por proferir un dictamen o concepto ha de entenderse verter una opinión en el curso de un proceso administrativo o judicial en relación con un aspecto concreto, el cual debe ser apreciado por quien finalmente adopte una decisión (vgr. un dictamen rendido por un médico forense).

En lo que atañe al sentido de la expresión “*manifiestamente contrario a la ley*”, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha proferido importantes providencias, cuyo contenido es preciso examinar. Así, en sentencia del 18 de febrero de 2003, consideró lo siguiente:

*“No basta, por supuesto, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”.<sup>7</sup> (negrilla y subrayado agregado).*

De igual manera, en sentencia del 25 de mayo de 2005 la máxima instancia de la justicia penal ordinaria, interpretó el sentido de la expresión “manifiestamente” de la siguiente forma:

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 18 de febrero de 2003, radicado 16.262

*“Lo manifiesto es lo que se presenta con claridad y evidencia, lo que es patente, que está al descubierto, que es notoriamente visible. La exigencia legal apunta, entonces, a que la simple comparación entre la ley con lo expresado en la providencia debe mostrar incuestionable la ilegalidad de la última. Si la contrariedad nace luego de elaborados análisis, la atipicidad del comportamiento deriva incuestionable, en cuanto no es ostensible.*

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en auto del 23 de febrero de 2006 examinó *in extenso* el contenido y alcance de la expresión “*manifiestamente contrario a la ley*”, habiendo concluido lo siguiente:

*La resolución, dictamen o concepto que es contraria a la ley de manera **manifiesta**, es aquella que de su contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de *sindéresis* y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y si por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.*

*La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las **decisiones que sin ninguna reflexión** o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.*

*En consecuencia, **no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho**, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.*

*Como **tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad**, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor; contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.*

*Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, **su falta de valoración** o la*

*omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.*

*Así las cosas, la manifiesta contrariedad con la ley de la decisión judicial puede provenir de alguno de los supuestos mencionados que hacen arbitraria o aparente la apreciación probatoria, los cuales -según lo dicho- tienen origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba. (negrillas y subrayados agregados).*

Más recientemente, la Sala Penal en sentencia del 11 de abril de 2007 ahondó en el examen acerca de qué debe entenderse por una resolución, concepto o dictamen “*manifiestamente*” contrario a la ley:

*“El concepto de contrariedad manifiesta con la ley hace relación entonces a aquellas decisiones que sin ningún raciocinio o con él ofrecen conclusiones divergentes a lo que revelan las pruebas o los preceptos legales bajo los cuales debe resolverse el caso, de tal modo que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.*

*En oposición, no resisten el juicio de tipicidad las providencias que ofrezcan discusión en sus fundamentos siempre que se erijan en razones atendibles, como tampoco las que versan sobre puntos de derecho o preceptos legales que admiten diversas interpretaciones o criterios, bien por su complejidad ora por su ambigüedad, pues ciertamente no puede perderse de vista que en el mundo jurídico suelen presentarse este tipo de discrepancias.*

Una vez dilucidado el sentido de la expresión “*manifiestamente*”, resulta necesario examinar en detalle, a la luz del derecho viviente, qué se ha entendido por “*contrario a la ley*”. Veamos.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de enero de 2003, consideró que el delito de prevaricato por acción se cometía cuando:

*“se configura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley, y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa. (negrillas y subrayados agregados).*

En igual sentido se pronunció la Sala Penal en sentencia del 6 de abril de 2005:

*“Este delito, de acuerdo con su definición legal, se estructura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen manifiestamente **contrarios a la norma jurídica aplicable al caso**, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa. (negrillas y subrayados agregados).*

La misma interpretación de la norma penal que tipifica el delito de prevaricato por acción fue acordada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de marzo de 2006:

*“Este delito, de acuerdo con su definición legal, se estructura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la **norma jurídica aplicable al caso**, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley y afectando, de esa manera, la integridad del ordenamiento jurídico y, por ende, la de la administración pública a cuyo nombre actúa. (negrillas y subrayados agregados).*

Por su parte, el mismo Tribunal, en sentencia del 11 de abril de 2007, estimó que la citada conducta punible se perpetraba cuando:

*“Desde el aspecto meramente objetivo este tipo penal se erige en el divorcio que se presenta entre el contenido de la providencia emitida por el servidor público y **la descripción legal o conjunto de normas que regentan el caso específico**. En otras palabras, esa característica de palmaria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado. (negrillas y subrayados agregados).*

En otras ocasiones, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aludido a fórmulas distintas de interpretación del concepto “*contrario a la ley*”. En tal sentido, en sentencia del 29 de junio de 2005, estimó que:

*“El juicio para establecer si la resolución, el dictamen o el concepto proferido por el servidor público deviene en protuberante **discordancia con el ordenamiento jurídico**, debe ser enfocado desde una perspectiva objetiva, imperativo que se deriva del diseño legislativo del tipo penal comentado por cuanto contiene un ingrediente normativo claro: “manifiestamente contrario a la ley”, que afecta de modo directo a la acción indeseada, la de proferir resolución, dictamen o concepto. (negrillas y subrayados agregados).*

*En esas condiciones, tal verificación es de legalidad o ilegalidad o, de otra manera expresado, de cotejamiento entre el contenido de la resolución, del dictamen o del concepto con lo que manda, ordena o prohíbe el ordenamiento jurídico, a fin de establecer si las disposiciones de la resolución o las materias del dictamen o del concepto son coherentes o incoherentes con los dictados de la ley aplicada.*

En tal sentido, en sentencia del 1 de junio de 2006, consideró lo siguiente:

*“Retomando el factor subjetivo, bueno es precisar que el delito de prevaricato sólo admite la modalidad dolosa, la cual se concreta en la conciencia de proferir una **decisión contraria al ordenamiento jurídico**, sin que exija para su demostración que medie amistad o animadversión hacia alguno de los sujetos procesales, ni la existencia de un interés específico de contradecir abiertamente el derecho, al punto que imprescindible se torna confrontar los argumentos expuestos en la adopción de la decisión que se acusa de prevaricadora con las razones dadas por el juez al ser escuchado en indagatoria dirigidas a justificar su conducta, teniendo en cuenta, además, el criterio que en ese caso fue prevalente para la definición del asunto y las circunstancias específicas que rodearon su proferimiento. ( negrillas y subrayados agregados).*

Así mismo, se ha acudido a otras fórmulas tales como “*texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley*”, tal y como se señala en sentencia del 11 de marzo de 2003:

*“La jurisprudencia de la Corte, a propósito del tema, ha sido copiosa en señalar que cuando se imputa a un funcionario el delito de prevaricato, no es necesario examinar si la interpretación dada por él a las normas que le sirvieron de sustento a sus proveídos fueron o no correctamente aplicadas desde el punto de vista de la certeza jurídica, pues lo que hay que indagar es si el funcionario emite providencias cuya ilegalidad es manifiesta, o si conculca arbitrariamente el derecho ajeno, o si mañosamente hace decir a la ley lo que ella no expresa; asimismo, que si el sentido literal de la norma y la específica finalidad de un texto legal no son suficientemente claros, mientras éste es complejo, o por su confusa redacción admite interpretaciones discordantes, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal; no basta una interpretación normativa diversa de la predominante para concluir que se está frente al delito; y no constituye prevaricato la interpretación desafortunada de las normas ni el desacierto de una determinación, pues el delito implica la existencia objetiva de un **texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley**” ( negrillas y subrayados agregados).*

Cabe asimismo señalar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que igualmente un servidor público puede incurrir en el delito de



prevaricato por acción por violar la Constitución. Así, en sentencia del 25 de mayo de 2005 estimó que:

*Se trata, pues, de un delito que exige sujeto activo cualificado, es decir, que en él solo podría incurrir a título de autor, quien ostente la condición de servidor público, cuando la decisión o concepto emitido en ejercicio de sus funciones o cargo contraría abierta y groseramente los mandatos constitucionales y legales a cuyo cumplimiento no solo se compromete con la posesión del cargo, sino que es una condición de legitimación del ejercicio de los diferentes poderes que el Estado desarrolla y encarna a través de sus servidores. (negrillas y subrayados agregados)*

En la misma providencia, se afirma lo siguiente:

*“no puede desconocerse que si bien las decisiones de los funcionarios judiciales deben ser independientes y autónomas, eso no conlleva a desconocer que como lo manda el artículo 230 de la Carta, no se sujeten a los dictados de la Constitución y a la ley.*

En igual sentido, años atrás, la Sala Penal en sentencia del 19 de diciembre de 2000, había considerado que al momento de examinar la comisión de un delito de prevaricato por acción era necesario consultar los correspondientes artículos constitucionales y legales aplicables al caso concreto:

*“La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas.”*

De igual forma, en ciertas ocasiones, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la expresión “manifiestamente contrario a la ley” puede comprender un acto administrativo. Así, en sentencia del 29 de marzo de 1990 consideró lo siguiente:

*“Pese a ser el prevaricato un delito de mera conducta, no se consuma por el error en que pudo incurrir el funcionario, frente a la interpretación de la norma, o cuando erró sobre la vigencia o aplicación de una ley en el tiempo o en el espacio, como tampoco cuando por negligencia no estuvo atento a investigar con celo, si en el caso sometido a estudio era aplicable una determinada norma, para el caso subjudice la resolución núm. 029 de 1961 o si por el contrario existían otras disposiciones”.*

En suma, en relación con la configuración del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que (i)

el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo; (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la expresión “*contrario a la ley*”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “*norma jurídica aplicable al caso concreto*”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que aquélla puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional en los términos que se explican a continuación:

#### **6. El alcance del delito de prevaricato por acción requiere previamente de una comprensión del principio de legalidad. Fundamentos constitucionales de este principio.**

Una adecuada comprensión del sentido y alcance del artículo 413 del Código Penal pasa por determinar qué es el principio de legalidad, en los términos de la Constitución de 1991.

Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (*government of laws, not of men*), esto es, “*un sistema de gobierno que rechaza las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales*”<sup>8</sup>, y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley.

El principio de legalidad, en palabras sencillas, en sus orígenes, consistió tan sólo en la sujeción de toda actividad estatal a un sistema objetivo, igualitario y previsible de normas jurídicas de carácter general emanadas del órgano de

<sup>8</sup> Santamaría Pastor, Fundamentos de derecho administrativo, 1988.

representación popular. Al respecto, no se puede perder de vista que el principio de legalidad ha sido objeto de diferentes construcciones dogmáticas, siendo un concepto evolutivo.

Así, en algunos casos se consideró a la ley como fundamento previo y necesario de toda actividad estatal (*vinculación positiva*), en donde siempre se requiere de una ley habilitadora para que aquélla se pueda desarrollar válidamente, o como simple límite externo o frontera de las competencias estatales, en la medida en que el Estado puede realizar con discrecionalidad su actividad, salvo en las áreas en donde exista una regulación legal (*vinculación negativa*).

Una segunda forma de concebir el principio de legalidad implica reconocer que los demás poderes, en ausencia de regulación constitucional, están sometidos a lo que establezca el legislador. En tal sentido, el principio de legalidad implica la sujeción plena de la administración, y de los demás poderes públicos, a la ley, tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de su potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella habrá de sujetarse.

Al respecto, cabe precisar que este segundo entendimiento del principio de legalidad no riñe, de manera alguna, con la supremacía constitucional. En efecto, en un Estado de Derecho, la Constitución es norma jurídica vinculante, poseyendo todos sus preceptos eficacia normativa. Todas sus normas poseen una específica eficacia directa derivada de su condición de *lex superior*, esto es, la eficacia condicionante de la validez de todas las normas de rango inferior y de interpretación de las mismas. De acuerdo con la estructura de cada uno de sus preceptos es posible determinar si se trata de una norma *completa*, es decir, que no precisa de operaciones de concreción normativa para ser aplicable, como es el caso de las disposiciones sobre derechos fundamentales, así como la mayor parte de las organizativas. De igual manera, existen otras normas constitucionales provistas de eficacia inmediata, aunque indirecta, como son los principios que no precisan de desarrollo ni concreción alguna; al ser reglas interpretativas y estructurales, su empleo siempre tiene lugar a propósito de la aplicación de cualquiera otra norma.

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad exige que la actividad estatal tenga como fundamento la Constitución, pero el hecho de que todas las normas constitucionales tengan eficacia interpretativa, sean normas jurídicas superiores y en ese sentido condicionen la validez de todas las disposiciones de rango inferior, no significa que la norma constitucional pueda ser realizada en todos los casos directamente, sin mediación de la ley, como fundamento de la actividad reglamentaria del Ejecutivo u otras autoridades, ya que, si bien hay normas que son autoejecutables y no precisan mediación legal, existen otras con distinta eficacia interpretativa, como es el caso de los fines, valores y principios constitucionales.

Ahora bien, en materia penal, el principio de legalidad comporta que el legislador, al momento de tipificar un delito y fijar la correspondiente pena acate los siguientes principios: (i) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); (ii) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); (iii) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); (iv) la prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)<sup>9</sup>; (v) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*)<sup>10</sup>; (vi) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*)<sup>11</sup>; y (vii) el derecho penal de acto y no de autor.

Así mismo, en materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales, y a su vez, un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

Ahora bien, en el caso colombiano, el principio de legalidad, entendido como principio de superioridad de la ley sobre los demás órdenes de autoridad del Estado, no es formulado de manera expresa en la Constitución colombiana, aunque se deduce inequívocamente de ciertos preceptos constitucionales.

El **artículo 1° Superior** establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que presupone la existencia y acatamiento del principio de legalidad como necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático.

El **artículo 6° constitucional** al disponer que “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”, establece una vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto que determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la Carta Política y en la ley. De allí que, actuar de conformidad con la Constitución y la ley es un mandato vinculante para todos los servidores públicos. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley

---

<sup>9</sup> Roxin, C., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 140. En el mismo sentido, puede citarse la siguiente obra: Mir Puig, S., Derecho Penal. Parte General. Barcelona, quinta edición, 2002, p. 75.

<sup>10</sup> Ferrajoli, L, ob.cit, p. 467.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 468.

significa derecho positivo, es decir, se incluyen los reglamentos, en los términos del artículo 123 Superior.

**El artículo 29 de la Carta Política**, en el cual se consagra el derecho fundamental al debido proceso y cuyo texto reza en lo pertinente *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*.

**El artículo 121 Superior** prescribe que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, reiterando de esta forma la vigencia del principio de legalidad. Se trata de una perspectiva objetiva, se amplía la prescripción del artículo 6° dirigido a los servidores públicos, en cuanto sujetos, y de esta manera se reitera el sistema de sometimiento a la Constitución y la ley, en esta ocasión para los órganos estatales en cuanto tales.

**El artículo 123 constitucional** indica que existe un sistema de legalidad, de vinculación positiva de todos los servidores públicos y de todas las autoridades a la Constitución, la ley y el reglamento, en los siguientes términos: *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*, ampliando de esta forma el fundamento de la legalidad de la actividad estatal. De este artículo se deriva que (i) se reitera la vigencia del principio de legalidad; y (ii) se basa en la existencia de un sistema normativo estructurado jerárquicamente, en el cual la Constitución funda el orden jurídico estatal; la ley ordena las relaciones sociales y económicas, regula la actuación de todos los servidores públicos; y el reglamento, norma de carácter ejecutivo, se encarga de desarrollar las prescripciones legales, y a diferencia de la relación que mantiene la ley frente a la Constitución, con su gran margen de innovación, aquél debe circunscribirse a ejecutar disposiciones legales.

La mención al reglamento en el artículo 123 Superior conduce a someter todo el poder ejecutivo al derecho. En efecto, se insiste en que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa, acatar, además de la Constitución y de la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior.

De igual manera, constituye un fundamento constitucional del principio de legalidad, el **artículo 189.11 Superior**, según el cual corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Así mismo, el **artículo 230 constitucional**, en relación con el sistema de fuentes colombiano establece que *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*.

A su vez, y de manera complementaria, los **artículos 44, 93 y 214.2 constitucionales**, le imponen a las autoridades públicas el sometimiento a la legalidad internacional que ha sido debidamente incorporada al orden interno colombiano. A decir verdad, desde la famosa frase del juez británico Blackstone *“international law is part of the law of the land”*<sup>12</sup>, pronunciada a mediados del S.XVIII, las legalidades interna e internacional han venido conociendo un verdadero proceso de ósmosis, tal y como quedó reflejado en el artículo 91 de la Constitución de Rionegro de 1863 a cuyo tenor *“El derecho de gentes hace parte de la legislación nacional”*.

Dicho fenómeno ha conocido sus mayores avances con la inclusión de diversas cláusulas de reenvío en ciertas Cartas Políticas occidentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con el propósito de elevar los estándares de protección de los derechos fundamentales. Tales son los casos de los artículos 25 de la Ley Fundamental de Bonn; 16 de la Constitución portuguesa de 1976; y 10.2 de la Constitución española de 1978, referentes todos ellos que sirvieron de inspiración a los constituyentes de 1991.

**7. Los servidores públicos, incluidos los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción, por emitir una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.**

Una interpretación armónica de los artículos constitucionales mediante los cuales se consagra el principio de legalidad en Colombia, indica que todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción, a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.

En tal sentido, cabe recordar que el artículo 230 Superior al referirse a la *“ley”*, alude realmente a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general. Por el contrario, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

---

<sup>12</sup> Carreau, Droit International Public, Paris, 2002.

Así las cosas, la Corte insiste en señalar que el delito de prevaricato por acción se comete únicamente cuando los servidores públicos, incluidos los jueces de la República, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política, emiten resolución, dictamen o concepto que resulte ser manifiestamente contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general, en los términos indicados de manera constante por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

**8. La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.**

La Corte considera que, contrario a lo sostenido por los demandantes, el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general.

La anterior afirmación se fundamenta en un examen acerca de: (i) el carácter vinculante que presenta la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes; (ii) los efectos de los fallos de control de constitucionalidad sobre las leyes; (iii) los casos en los cuales el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte conlleva, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general

**8.1. El carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes.**

Una interpretación literal del artículo 230 constitucional indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es sólo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. La anterior hermenéutica resulta inaceptable, por las razones que pasan a explicarse.

Desde un punto de vista de dogmática constitucional, autores clásicos como Chamberlain<sup>13</sup>, sostienen que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, en últimas, todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma.

De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.

La Corte Constitucional, de igual manera, ha reconocido expresamente el carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes. Así, desde temprana jurisprudencia sostuvo lo siguiente:

*“Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP*

---

<sup>13</sup> Chamberlain, The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions, Harvard Law Review, 1889.



*art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución<sup>14</sup>*

Posteriormente, en sentencia C- 836 de 2001, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, a cuyo tenor “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*”, consideró lo siguiente:

*“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.*

De allí que en el mencionado fallo la Corte haya resuelto lo siguiente:

*“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.*

Más recientemente, la Corte en sentencia T- 571 de 2007 consideró lo siguiente:

*“Los límites a la autonomía. Sin embargo, también ha señalado que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado. Esos criterios objetivos son: a). El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; b) El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la*

<sup>14</sup> Sentencia T- 123 de 1995.

*interpretación normativa que se convierte precedente a seguir*<sup>15</sup>. c) Si bien, ese criterio o **precedente** puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específico<sup>16</sup>; d) el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico; e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución.<sup>17</sup> El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial.<sup>18</sup>

En esa misma providencia se destacó la labor que deben desempeñar los Tribunales de Distrito Judicial en la construcción de un entramado de precedentes jurisprudenciales, con el propósito de asegurar el derecho a la igualdad entre los ciudadanos y la seguridad jurídica:

*“En conclusión, los Tribunales cumplen en sus respectivos Distritos Judiciales una importante función de unificación de la jurisprudencia en ámbitos no cubiertos, por razones legales, por la Corte Suprema de Justicia. En esa medida deben aplicar a casos iguales o similares los*

---

<sup>15</sup> Este criterio objetivo se ha desarrollado a través del principio de doctrina probable, el cual constituye también un límite a la autonomía del juez. Este principio supone el respeto de los órganos judiciales hacia la jurisprudencia fijada por el órgano superior, respeto que además de apoyarse en el derecho a la igualdad, emana también del carácter unitario de la nación, y especialmente de la judicatura, que demanda la existencia de instrumentos de unificación de la jurisprudencia nacional (C-836 de 2001 y SU-120 de 2003). Si bien el estado de certeza que crea el respeto por las decisiones judiciales previas no debe ser sacralizado en la medida en que las normas jurídicas requieren de la intervención de los jueces para que las apliquen en situaciones jurídicas cambiantes, la sujeción a la doctrina probable no implica una interpretación inmutable de la ley, sino un respeto a la confianza legítima de los asociados frente a las decisiones jurisprudenciales. Respetar esta doctrina asegura que los cambios jurisprudenciales no sean arbitrarios, que la modificación en la interpretación de las normas no se deba a un hecho del propio fallador, y que sea posible proteger las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad, en la aplicación e interpretación de la ley. (SU-120 de 2003).

<sup>16</sup> T-698 de 2004.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2003.

<sup>18</sup> En materia laboral, por ejemplo, la Corte ha señalado que so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. Ver Sentencia T-001/99; T-800/99 y T-688 de 2003.

*mismos criterios jurisprudenciales seguidos por sus Salas en decisiones anteriores. Para separarse razonadamente de un precedente establecido por otra Sala o por sí mismos en casos sustancialmente idénticos, los integrantes de la Corporación deben justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio a fin de resguardar con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de autonomía en la interpretación judicial protegidas por la Constitución. Tratándose de jueces colegiados la garantía de autonomía e independencia les permite a los miembros discrepantes salvar su voto, pero cuando actúan como ponentes deben respetar los precedentes establecidos por la Corporación como órgano de decisión.*

La Corte Constitucional ha considerado asimismo que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante, y en consecuencia, como se examinará, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas. Veamos.

En sentencia T- 260 de 1995 la Corte comenzó a hacer reconocer el carácter vinculante de sus fallos proferidos en sede de amparo, sopesando el principio de autonomía judicial y el derecho que tienen los ciudadanos a ser juzgados de manera igual. En palabras de esta Corporación:

*En últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.*

*Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenderse. **Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.** (negritas agregadas).*

El anterior criterio fue seguido en sentencia T- 175 de 1997, insistiendo en las particulares que ofrece la jurisprudencia constitucional en relación con aquella sentada por la jurisdicción ordinaria:

*“En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.*

*Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.*

De igual manera, la Corte en sentencia T- 068 de 2000 reiteró que sus sentencias de amparo no resultaban equiparables con aquellas que profieren los jueces ordinarios, por cuanto se trata de interpretar la Constitución misma. En palabras de esta Corporación:

*“De aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de revisión llega tan solo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del artículo 13 de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás -la inmensa mayoría- debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferior de la jurisdicción.*

Posteriormente, en sentencia C- 252 de 2001, la Corte reiteró su postura en cuanto al carácter vinculante de presentar los fallos de tutela, los cuales trascienden la resolución del caso concreto:

*‘Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución’.*

De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado, de manera constante, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal). Así, en sentencia T- 698 de 2004, decisión que ha sido reiterada de manera constante, consideró lo siguiente:

*“En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas.*

*(...)*

*En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad”*  
(Subrayas no originales).

En suma, debido a las profundas transformaciones que en los últimos años ha conocido el sistema de fuentes colombiano se ha abandonado una concepción decimonónica de la jurisprudencia, fundada en postulados tales como (i) el juez es un mero aplicador de normas legales; (ii) los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes sólo tienen un carácter indicativo o ilustrativo acerca de la forma como debe entenderse la ley; y (iii) los jueces gozan de total libertad para

apartarse de sus fallos anteriores (precedente horizontal) como aquel de sus superiores jerárquicos (precedente vertical).

De igual manera, la creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución, en la medida en que, dada el carácter abierto que ofrecen las disposiciones constitucionales contentivas de aquéllos, se precisa de la existencia de un entramado de precedentes que precisen el sentido y alcance de aquéllas.

## **8.2. Efectos de los fallos de control de constitucionalidad sobre las leyes.**

El artículo 243 constitucional señala que *“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”*. Quiere ello significar que, por mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad.

Ahora bien, en materia de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional es preciso distinguir, como se ha hecho en otras oportunidades, entre tres componentes del fallo de constitucionalidad: la *ratio decidendi*, los *obiter dictum* y el *decisum*. Al respecto, la Corte en sentencia SU- 047 de 1999 consideró lo siguiente:

*“Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores<sup>19</sup>, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el decisum es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo*

---

<sup>19</sup> La terminología no es siempre idéntica. Así, algunos autores, en especial estadounidenses, prefieren hablar del “holding”, en vez de ratio decidendi, y de “disposition”, que es la parte resolutive, pero la idea es básicamente la misma.

*directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.*

En igual sentido, la Corte en sentencia C- 836 de 2001 se pronunció acerca de las diferencias existentes entre estos tres componentes del fallo de constitucionalidad, en los siguientes términos:

*“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que **no todo el texto de su motivación resulta obligatorio**. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los ratione decidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.<sup>20</sup> Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.*

Así las cosas, una vez proferido un fallo de control de constitucionalidad de una ley ningún juez puede aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de la Carta Política, es decir, del artículo 243 Superior. En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está

---

<sup>20</sup> Sobre los conceptos de ratio decidendi y obiter dicta ver las siguientes providencias: SU-168/99, SU-047/99, SU-640/98, T-961/00, T-937/99, Auto A-016/00, T-022/01, T-1003/00.

vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva.

En relación con los efectos de los fallos de inexecutableidad, la Corte en sentencia T- 355 de 2007 consideró lo siguiente:

*“La Sala de Revisión no comparte la posición asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por cuanto ello conduciría a admitir que una disposición legal declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, pudiese seguir desplegando efectos jurídicos, postura que sería contraria a lo consagrado en el artículo 243 constitucional. En efecto, el fenómeno de la inexecutableidad conduce a que la norma jurídica no pueda seguir produciendo efecto alguno en el mundo jurídico.*

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencia T- 356 de 2007, en relación igualmente con la imposibilidad de que una norma legal declarada inexecutable pueda seguir produciendo efectos en el ordenamiento jurídico colombiano:

*“La Sala de Revisión no comparte la posición asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por cuanto ello conduciría a admitir que una disposición legal declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, pudiese seguir desplegando efectos jurídicos, postura que sería contraria a lo consagrado en el artículo 243 constitucional. En efecto, el fenómeno de la inexecutableidad conduce a que la norma jurídica no pueda seguir produciendo efecto alguno en el mundo jurídico. De tal suerte que, en el caso concreto, el condenado que no hubiese solicitado el beneficio de que trata el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, durante el tiempo en que la norma estuvo vigente, esto es, desde el 25 de julio de 2005 (fecha de entrada en vigor de la ley) hasta el 18 de mayo de 2006 (fecha en la cual fue declarado inexecutable el artículo 70 de la Ley 975 de 2005), no puede en la actualidad solicitar la aplicación de una disposición que fue expulsada del ordenamiento jurídico colombiano. Razonar de manera distinta conduciría a sostener que, a pesar de lo decidido en sentencia C- 370 de 2006, el artículo 70 de la Ley de Justicia y Paz sigue vigente.*

En suma, una vez la Corte Constitucional declara inexecutable una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o concepto fundado en aquélla, por cuanto de esta manera se estaría desconociendo directamente la Constitución. De igual manera, una vez proferido un fallo de executableidad condicionado, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política.



### **8.3. Casos en los cuales el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte conlleva, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.**

Existen casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

Al respecto, cabe señalar que las disposiciones son simples enunciados normativos, cuyo significado sólo es atribuido una vez son interpretados. De allí que de una misma disposición, sea constitucional o legal, pueden derivarse numerosas normas, esto es, mandatos, prohibiciones o permisiones. Así, mientras la primera es el objeto a interpretar, las segundas constituyen el resultado de tal labor.

En tal sentido, se suele afirmar que los preceptos constitucionales son mucho más genéricos que los de las leyes u otras normas. Son, en general, “*esquemáticos, abstractos, indeterminados y elásticos*”<sup>21</sup>, y por lo tanto “*no predeterminan por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades*”<sup>22</sup>. No obstante lo anterior, las Constituciones pueden contener disposiciones bien precisas (vgr. la mayoría se alcanza a los 18 años de edad), en tanto que las leyes ordinarias conceptos abiertos o indeterminados (vgr. las buenas costumbres).

En este orden de ideas, se presentan casos en los cuales una disposición ofrece un sentido unívoco, claramente aplicable para la resolución del caso concreto. Se presentaría prácticamente una identidad entre la disposición y norma derivada de ésta, quedando reducida al mínimo la actividad creadora del derecho por parte del juez.

La situación es mucho más compleja cuando por el elevado grado de indeterminación que ofrece una disposición constitucional o legal, su significado no es unívoco ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad. No se trata por tanto de una fácil labor de subsunción de un supuesto de hecho a lo prescrito en un enunciado normativo sino, en términos de Hesse, de una verdadera tarea de concretización, es decir, de creación judicial de un sistema de normas derivadas que servirán de premisa mayor al momento de resolver un caso concreto.

Así, partiendo de la afirmación según la cual en ciertos casos no existe realmente una mayor diferencia entre la disposición constitucional o legal y la norma

<sup>21</sup> Rubio Llorente, La Constitución como fuente del derecho, Madrid, 1990.

<sup>22</sup> Rubio Llorente, La Constitución como fuente del derecho, Madrid, 1990.

derivada de ésta, el acatamiento, por parte de los servidores públicos de los pronunciamientos emanados de las Altas Cortes, equivaldría simplemente a aplicar la ley, con lo cual el debate entorno al carácter vinculante de la jurisprudencia emanada de aquéllas carecería de toda relevancia. En otras palabras, siendo tan estrecho el nexo existente entre la disposición legal y la norma, la labor de intermediación que cumple la jurisprudencia entre ambas se desvanece, con lo cual la fuerza vinculante termina siendo de la ley y no de aquélla.

Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos “*al imperio de la ley*”.

La situación resulta ser completamente distinta cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquélla derivan distintas normas jurídicas. En tales situaciones, estima la Corte que la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar la precedentes sentados por las Altas Cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, son suficientes para garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquéllas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción. Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera “*manifestamente contraria a la ley*”. En efecto, en tales situaciones no puede hablarse realmente de una resolución “*manifestamente contraria a la ley*”, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto del servidor público o la providencia del juez no resultan ser ostensiblemente arbitrarios o irrazonables. De hecho, suele igualmente suceder que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas Salas de las Altas Cortes hayan derivado unas normas jurídicas y otras unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia.

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que la Corte en sentencia C- 836 de 2001 estimó que los jueces inferiores que desearan apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, “*están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia*”, es decir, se garantiza la autonomía e independencia de la rama judicial.

En este orden de ideas, entender que se puede cometer el delito de prevaricato por acción cuando se está ante casos en los cuales es posible derivar un elevado

número de normas jurídicas, se topa con un grave obstáculo de orden práctico, consistente en la inexistencia en el país de compilaciones actualizadas y asequibles de jurisprudencia de las Altas Cortes. De tal suerte que, a diferencia de lo acontecido con el texto legal, el cual debe ser debidamente *promulgado* y *publicado* en el Diario Oficial para ser oponible a los ciudadanos, los fallos proferidos por la jurisdicción ordinaria sólo deben ser *notificados* a las partes.

Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional. En otras palabras, en los fallos de reiteración la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “*ley*”, en los términos del artículo 413 del Código Penal. Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación jurisprudencial, en la medida en que la Corte acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general.

Ahora bien, la situación es bien distinta cuando se está ante casos novedosos, donde realmente no se puede hablar de que los servidores públicos hayan desconocido la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual conlleve, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, el artículo 413 del Código Penal, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO  
Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA  
Magistrado  
Con salvamento de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado  
Ausente en comisión

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO  
Magistrado  
Impedimento aceptado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA  
Magistrado  
Con aclaración de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-335 DE 2008 DEL  
MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA**

Referencia: Expediente D-6943 y D-6946

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413  
de la Ley 599 de 2000.

Magistrado Ponente:  
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi disenso frente a la decisión adoptada en esta providencia, en la cual se decide declarar exequible el artículo 413 del Código Penal, ya que si bien me encuentro de acuerdo con la decisión de exequibilidad, no comparto los fundamentos de esta decisión, como me permito exponer a continuación:

1. A mi juicio, el sistema jurídico colombiano no admite el precedente jurisprudencial obligatorio, como quiera que la Constitución Nacional consagra en el artículo 230 el principio de autonomía de los jueces, que en sus decisiones solo están sujetos al “imperio de la ley”, de modo que no se encuentran obligados a seguir una determinada jurisprudencia y por tanto, esta conducta no puede constituir de ninguna manera delito de prevaricato por acción, si se tiene en cuenta que el precepto constitucional sólo le da a la jurisprudencia el carácter de “criterio auxiliar”. Aceptar esta posibilidad, viola en mi concepto, el artículo 230 de la Constitución Política.

2. Por tanto, para el suscrito magistrado el ordenamiento jurídico colombiano constituye un sistema de reglas y leyes y no un sistema de precedentes, tal y como lo establece el artículo 230 de la Constitución Nacional, en el sentido de que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al **imperio de la ley** y que los demás criterios, tales como la equidad, **la jurisprudencia**, los principios generales del derecho y la doctrina constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial.

En este orden de ideas, considero que tal como lo dispone la norma superior, los jueces se encuentran bajo el mandato categórico de la ley, y la jurisprudencia constituye sólo un criterio auxiliar.

Ahora bien, en materia de la jurisprudencia constitucional, para el suscrito magistrado es claro que de conformidad con el artículo 243 Superior y los artículos 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991, las sentencias de constitucionalidad de esta Corporación tienen el valor de cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*.

De otra parte y en relación con las sentencias de tutela, éstas sólo tienen efectos *inter partes*, esto es, surten efectos en el caso concreto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Una tesis contraria a la sentada en estas sentencias no puede dar origen por tanto a un prevaricato.

3. Para el suscrito magistrado, la presente demanda introduce un tema que genera muchas dificultades, en cuanto plantea que el desconocimiento de la jurisprudencia puede llegar a constituir prevaricato. A este respecto, reitero que nuestro sistema jurídico no es de precedentes jurisprudenciales obligatorios, pues el artículo 230 de la Constitución Política establece claramente que la jurisprudencia es solamente criterio auxiliar, lo mismo que la doctrina, de modo que no se le puede dar un valor distinto.

De otra parte, y desde el punto de vista del derecho comparado, es conveniente advertir que la obligatoriedad del precedente no existe en ningún sistema, aún ni siquiera en EE.UU. que cuenta con una Constitución de más de 200 años, la cual ha permanecido en el tiempo, entre otras cosas, por la posibilidad de que existan varias interpretaciones. Así también por ejemplo, la Cámara de los Lores de Inglaterra en 1890 declaró que no estaba obligada por la jurisprudencia.

4. Ahora bien, esta sentencia plantea también el problema de si puede considerarse a la jurisprudencia como fuente de derecho. Para algunos no lo es, pues el juez está sometido a la ley y la jurisprudencia, constituye una simple aplicación de aquélla. Acerca de este tema no sobra recordar que nadie posee la verdad revelada, ni existen verdades absolutas, ni hay lugar a una sola interpretación jurídica correcta. Así las cosas, no se puede pretender imponer un método de interpretación único, pues existen varios métodos hermenéuticos. A este respecto, es de señalar que la rama judicial se rige por principios distintos, en cuanto funciona con independencia hacia fuera y hacia adentro. Los jueces tienen el derecho a disentir y no pensar igual y sólo están atados a la ley y a las pruebas.

5. Otro de los problemas que plantea esta sentencia es el de determinar cuál es el precedente, en qué momento se configura, respecto de lo cual cabe observar que una sola decisión en contrario de la interpretación jurisprudencial hasta ese momento aceptada, la eliminaría.

Por consiguiente, considero que en nuestro sistema jurídico sólo puede hablarse de “*doctrina probable*” y que la casación existe para unificar jurisprudencia, pero igual el juez puede separarse de ella.

6. Así mismo, en mi criterio no es congruente sostener que el juez inferior pueda incurrir en prevaricato por apartarse de la jurisprudencia, mientras que las cortes no, como también lo es que lo que para un juez constituye un cambio de jurisprudencia para otro juez sea prevaricato.

A este respecto, considero que las altas cortes tienden a mantener el *statu quo* y que la circunstancia de que existan diversas interpretaciones no origina un caos jurídico, pues hay mecanismos institucionales, recursos ordinarios y extraordinarios para evitar que ello ocurra.

7. Para este magistrado, lo predecible en el derecho no puede ser que exista una sola interpretación, ni un solo intérprete. El primer interprete de todos es el propio constituyente, luego el legislador y luego los jueces de la República. Así mismo, puede haber varias interpretaciones posibles de una norma, inclusive de la Constitución. A mi juicio, lo que le puede exigir el ciudadano al juez, es que se aplique una de esas interpretaciones probables y no una manifiestamente absurda o contraria a la Constitución Política.

8. Igualmente, considero que la Constitución establece una jerarquía normativa y la norma a aplicar se define caso por caso, y que en este sentido el ordenamiento jurídico es escalonado y sistemático, de manera que partiendo de la Constitución, que es fuente de todas las normas, cada norma es fuente de la que le sigue y a su vez ésta se encuentra sometida al precepto Superior.

Por tanto, a mi juicio aquí se plantea un falso problema, pues siempre habrá una norma para aplicar y el problema jurídico planteado en todo caso se reduce a la

creación y aplicación de normas jurídicas. Así también, sostengo que la única cosa juzgada verdadera es la que excluye normas del orden jurídico.

9. En síntesis, reitero que la Constitución Nacional establece que la jurisprudencia es solamente criterio auxiliar, así como que no se entiende cómo la Corte Constitucional sí se puede apartar de su propia jurisprudencia o de la cosa juzgada cuando varíe el contexto, pero un juez no se puede apartar de la jurisprudencia con una interpretación razonable, porque según el criterio expuesto por esta sentencia, dicha interpretación constituiría un prevaricato.

De conformidad con lo expuesto, manifiesto mi discrepancia frente a esta decisión, por cuanto no se puede desconocer el artículo 230 de la Constitución Política.

*Fecha ut supra.*

JAIME ARAÚJO RENTERÍA  
Magistrado

#### **4. Sentencia del 9 de febrero de 2009, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 30751.**

Proceso No 30571

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:  
**JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA**  
Aprobado Acta No.29

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009).

#### **VISTOS**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor del doctor Romualdo Cabrales Ardila, ex Juez Noveno Penal Municipal de Cartagena, mediante la cual lo condenó a la pena de 54 meses de prisión, multa equivalente a 64 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena privativa de la libertad, por haberlo encontrado autor responsable del delito de prevaricato por acción.

#### **HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Se extracta de las diligencias que los señores Eduardo E. Pájaro Montenegro, René Lorduy Zúñiga, Otilio Sarmiento Rodríguez, Ramiro Barbosa Olascuaga,

Alfonso Tabora González, Francisco Javier Marrugo Zambrano, Efraín Herrera Ochoa y Joaquín Cancio Collazos, pensionados de la empresa Puertos de Colombia, el 23 de agosto de 1996, presentaron acción de tutela en contra del Fondo de Pasivo Social de La Empresa Puertos de Colombia, FONCOLPUERTOS, para que les ampararan el derecho fundamental de igualdad y en consecuencia se ordenara el reajuste de las pensiones vitalicias de jubilación reconocidas a cada uno.

El trámite de la acción correspondió al Juzgado Noveno Penal Municipal de Cartagena a cargo del doctor Romualdo Cabrales Ardila, quien mediante sentencia de 4 de septiembre de 1996, accedió a las pretensiones de los accionantes.

El Representante Legal del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, FONCOLPUERTOS, el 12 de noviembre de 2006, presentó denuncia penal en contra del Juez Noveno Penal Municipal de Cartagena porque con la aludida sentencia desplazó la justicia ordinaria laboral y de manera intimidante insistió en su cumplimiento, en el trámite de incidente de desacato.

Ese fallo, junto con otros proferidos por otros jueces en asuntos similares, fue seleccionado para su revisión por la Corte Constitucional y revocado el 10 de noviembre de 1997, a través de la sentencia T-575, teniendo en cuenta que la tutela se dirigió a obtener el pago de deudas laborales, en relación con las cuales no se cumplían los presupuestos excepcionales señalados por la doctrina constitucional, para su procedencia.

2. El Fiscal Tercero de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cartagena, el 27 de enero de 1997, con apoyo en la denuncia presentada por el Director de Foncolpuertos, dispuso la apertura de investigación previa en desarrollo de la cual se acreditó la calidad de Juez Noveno Penal Municipal de esa ciudad del doctor CABRALES ARDILA<sup>23</sup>, quien en versión libre<sup>24</sup>, manifestó que amparó los derechos invocados en la demanda de tutela presentada por los señores Eduardo Pájaro Montenegro y Anselmo Gómez Elguedo, con base en el artículo 53 de la Constitución Política y la sentencia “230” de la Corte Constitucional en la que fue ponente el Magistrado “*Enrique Cifuentes*”, que habla de la “operancia” al derecho de igualdad.

3. El mismo Fiscal, el 25 de febrero de 1999, ordenó la apertura de investigación penal en contra del doctor ROMUALDO CABRALES ARDILA, y lo escuchó en indagatoria el 9 de junio siguiente, oportunidad en la cual dijo que protegió los derechos invocados por EDUARDO ENRIQUE PÁJARO MONTENEGRO, ANSELMO GÓMEZ ELGUEDO y otros, dentro de los límites de su autonomía funcional y sin ánimo doloso, que en su decisión no hubo desbordamiento alguno como lo asegura el director de FONCOLPUERTOS.

---

<sup>23</sup> Folios 53 – 55 c.o. 1

<sup>24</sup> Folios 55 – 57 íbidem



En la misma intervención, aportó copia la decisión con la cual el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar se abstuvo de iniciarle investigación disciplinaria en relación con el trámite de las acciones de tutela interpuestas por el señor Eduardo Pájaro Montenegro. También allegó la decisión de la Procuraduría Distrital de Cartagena de 6 de octubre de 1998, que dispuso el archivó de la actuación disciplinaria adelantada contra Otilio Sarmiento Rodríguez, Anselmo Gómez Elguedo, Rene Zuñiga Lorduy, Alfonso Taborda González, Francisco Javier Marrugo Zambrano, Carlos Fernando Zapateiro, Eduardo Pájaro Montenegro, Ramiro Barbosa Olascuaga, Joaquín Cancio Collazos y Efraín Herrera Ochoa, ex servidores de FONCOLPUERTOS, por diferentes conductas, entre ellas, la interposición de la acción de tutela que adelantaron en el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cartagena.

4. Mediante resolución de 13 de agosto de 1999, el instructor ordenó acumular a estas diligencias el expediente radicado con el No. 622 que tramitaba la Fiscalía Primera de la misma Unidad de Fiscalías, por tratarse de los mismos hechos.

5. El 13 de septiembre de 2001, el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal de Cartagena resolvió la situación jurídica del doctor CABRALES ARDILA con medida de aseguramiento de detención preventiva, la que substituyó por la detención domiciliaria<sup>25</sup>. Esta providencia fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de apelación que interpuso el defensor.

6. Al proceso se aportó copia de la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2001, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual condenó anticipadamente a ROMUALDO CABRALES ARDILA a 4 años de prisión por el delito de concusión, toda vez que en su condición de abogado de la Contraloría Distrital de la aludida ciudad, exigió a varios ex funcionarios de esa entidad, para pagarles las cesantías debidas, el 50% de los intereses moratorios reconocidos en audiencia de conciliación, realizada en el Centro de Conciliaciones de la Universidad de Cartagena el 15 de diciembre de 1998.

7. Previo cierre de la investigación<sup>26</sup>, el 28 de junio de 2002, la instructora calificó el mérito del sumario acusando al doctor ROMUALDO CABRALES ARDILA como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción.

8. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena adelantó la fase del juicio y después de tramitar las audiencias preparatoria y pública, el 31 de julio de 2008, profirió fallo de primera instancia y condenó al procesado como autor responsable de la conducta delictiva de prevaricato por acción, a las penas de 54 meses de prisión, multa de 64 salarios mínimos mensuales vigentes e inhabilitación para

---

<sup>25</sup> Folios 141 – 17 ibídem

<sup>26</sup> Folio 149 del c.o. 2

el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena privativa de la libertad.

### SENTENCIA IMPUGNADA

1. Rememoró el a *quo* que el delito de prevaricato se configura cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso haciendo prevalecer su capricho, no obstante de esos actos se excluye el error, por esta razón para determinar la tipicidad del comportamiento se debe establecer si la resolución o dictamen proferido traslucen una ruptura grave y patente con la normatividad, confrontando lo decidido con las normas contenidas en las disposiciones aplicables al caso, la posibilidad real de que el funcionario ajustara su proceder al mandato legal y su discernimiento acerca del carácter delictivo de su actuar, y si éste estuvo acorde con su voluntad.

Para apoyar su dicho transcribe abundante jurisprudencia de esta Corporación de la cual concluye que la estructuración del punible investigado desde su aspecto objetivo demanda la comprobación de tres elementos básicos: “1) *La calidad de servidor público*, 2) *La competencia funcional a partir de la cual se profiere la resolución, el dictamen o el concepto*; y 3) *que lo decidido o aquello sobre lo que se ha dictaminado o conceptualizado irrumpe de manera diáfana como ostensiblemente ilegal*”; así mismo, frente al aspecto subjetivo, que la expedición de la decisión manifiestamente ilegal debe ser dolosa, es decir, que haya existido conciencia del servidor público sobre la tergiversación o inaplicación de la ley como debía y voluntad de desatender su sentido y alcance.

El Tribunal consideró cumplidos los requisitos de índole objetivo y subjetivo. El primero, en cuanto está debidamente acreditada la calidad de servidor público del doctor Romualdo Cabrales Ardila en la Rama Judicial como Juez para la fecha en que dictó la sentencia de tutela que se cuestiona, así como su competencia funcional para emitirla, acorde con las disposiciones contenidas en el artículo 86 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios y, por último, que la decisión en mención es ostensiblemente contraria a la ley, toda vez que amparó los derechos fundamentales invocados, cuando de manera notoria resultaba improcedente la acción constitucional al no encontrarse satisfechos los requisitos que para su viabilidad demanda la ley y la jurisprudencia nacional, ya que si bien es cierto con tal instituto se protegen, de manera directa e inmediata, los derechos fundamentales de las personas cuando son vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por los particulares, el mismo está supeditado a la carencia de otro medio de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual procede de manera transitoria.

Explica que el perjuicio irremediable acorde con la jurisprudencia se configura cuando su ocurrencia es inminente, grave y requiere de medidas urgentes para

evitar su materialización o prolongación en el tiempo, situaciones que se deben evaluar por el juez en cada caso particular.

En consecuencia, como la tutela no puede ser utilizada para sustituir un medio de defensa ordinario idóneo para proteger el derecho, afirma el a quo, es clara la contrariedad existente entre lo decidido por el procesado en la sentencia de tutela que profirió el 4 de septiembre de 1996, y, las disposiciones legales contenidas en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, pues siendo que la excepción a la regla general de improcedencia –existencia de otros medios de defensa judicial– exige la acreditación de la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable, ello no ocurrió en el caso en estudio y en consecuencia el amparo concedido resulta carente de fundamento.

Que a través de dicha acción los demandantes pidieron que FONCOLPUERTOS les pagara un porcentaje para el reajuste de la pensión que venían disfrutando, el cual no alcanzaba el tope de 17.5 salarios mínimos devengados, que se le cancelaba a los pensionados de otros puertos. Luego la reclamación fue de índole prestacional, orientada a obtener el reconocimiento y pago de conceptos económicos, lo que de suyo generaba improsperidad del amparo por existir medios de defensa ordinarios efectivos y reales ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa; además, porque no se acreditó ninguna circunstancia especial que demostrara la ocurrencia de un perjuicio irremediable, v.gr., afección al mínimo vital que autorizara el amparo como mecanismo transitorio, lo cual no podía ser así en cuanto los demandantes tenían la calidad de pensionados y las mesadas que recibían les permitía satisfacer las necesidades personales y las de sus familias; más aún, ni siquiera mencionaron incidencias adversas del desequilibrio denunciado para deducir la necesidad de adoptar medidas urgentes destinadas a evitar un perjuicio irremediable o proteger el mínimo vital y móvil.

Razones con fundamento en las cuales concluyó que el acusado obró en contravía de las directrices legales y constitucionales, al proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Agregó que la improsperidad del amparo es palmaria pues bastaba que el acusado hiciera un análisis de los documentos recopilados, de las disposiciones aplicables y los parámetros jurisprudenciales acerca del tema planteado, por ello estima su concesión como “*un exabrupto*” teniendo en cuenta los criterios lógicos, formación y experiencia del doctor Cabrales Ardila, para quien no resultaba novedoso el asunto.

La variación de la jurisprudencia, después de haberse proferido la decisión que se cuestiona, no justifica su comportamiento, ya que desde el comienzo la Corte Constitucional ha sostenido que la tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales, salvo en los casos excepcionales en ella contemplados. Para apoyar su dicho transcribe

abundante jurisprudencia de data anterior a la decisión asumida en sede de tutela por el aquí enjuiciado y que es objeto de reproche –sentencias T-022 de 1º de febrero de 1995, T-135 de 27 de marzo de 1995 y T-117 de 16 de marzo de 1995–, con lo cual demuestra que la doctrina constitucional para negar el amparo en casos como el sometido a consideración del procesado, no era reciente sino reiterativa de lo que desde el inicio ha plasmado y que si en algunas ocasiones ha protegido derechos de esta índole, ello no obedece a un cambio de jurisprudencia, sino a la aplicación de las excepciones referidas.

Dedujo doloso el actuar del doctor Cabrales Ardila en el proferimiento de la decisión, en cuanto que del mismo fallo se desgaja el conocimiento que tenía sobre la improsperidad del amparo reclamado, al referir de manera expresa la posibilidad de resolver el asunto por la vía ordinaria, argumento del cual se apartó so pretexto de amparar el derecho a la no discriminación, aún cuando la pretensión fundamental era el reconocimiento y pago de acreencias laborales, de donde emerge claro que actuó con conciencia en relación con dicho aspecto así como de la vulneración que éste comportaba a la obligación legal de asumir una decisión ajustada a la ley, pues sin soporte alguno antepuso los intereses particulares y en abierto desconocimiento de la improcedencia de la protección constitucional accedió a ella, es decir, hizo prevalecer su voluntad a la de la ley con lo cual, además de crear una injusticia, afectó la integridad y credibilidad de la administración de justicia que debía resguardar por actuar en su nombre.

Aclara que no es necesario establecer el motivo que guió la conducta del acusado para determinar el dolo pues basta con que conociendo la ilicitud de su comportamiento actúe con voluntad para proferir una sentencia contraria a la ley sin que se pueda predicar que su actuar tenga origen en “*preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, que admitan diversas posibilidades interpretativas, o sea la resultante de diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho*” por cuanto la jurisprudencia es reiterada acerca de la improcedencia de la tutela para el pago de acreencias laborales.

Así encontró demostrada la antijuridicidad del comportamiento del enjuiciado al proferir el fallo de tutela de 4 de septiembre de 1996, por lo que su actuar merece reproche, pues, consciente de la ilicitud, lo ejecutó de manera voluntaria cuando podía y debía actuar de manera diferente y en consecuencia lo declaró responsable del delito de prevaricato por acción.

## LA IMPUGNACIÓN

Alega el defensor que la conducta imputada al doctor Cabrales Ardila está revestida de atipicidad subjetiva, pues en su accionar no se desprende ninguna consideración con ánimo doloso, y ante el supuesto teórico en que hubiere obrado o actuado contra derecho, no imperó la malicia y su propósito de violentar de manera inequívoca el texto y sentido de la ley.

Luego de hacer mención a la evolución de la jurisprudencia constitucional y a su valor como precedente judicial, respecto del cual señala dos momentos históricos, correspondientes a los períodos 1991 – 1995 y 1995 – 2006, señala que en el primero se tenía como fuente meramente auxiliar no vinculante para casos futuros, en tanto que en el segundo, se le atribuyó el valor vinculante para la resolución de casos futuros análogos.

Advierte que la inconformidad con el fallo de instancia la centra en los siguientes aspectos: (i) la fuente de la sentencia de tutela acusada de prevaricato y (ii) la temporalidad del fallo.

En relación con el primero, dice que los poderes excepcionales atribuidos al juez de tutela se menguarían al exigírsele que sus decisiones se deben encuadrar dentro de los procesos ordinarios, cuando ellas se nutren de la jurisprudencia constitucional, en calidad de precedente.

En el caso bajo examen, el doctor Romualdo Cabrales Ardila en su condición de juez constitucional para proferir la sentencia por la que se le juzga, se valió de la orientación jurisprudencial dominante, cuya influencia interpretativa fue determinante para decidir en el caso puesto bajo su conocimiento.

Comenta que el acusado en la sentencia de tutela de 4 de septiembre de 1996, acotó la tendencia nacional predominante en ese entonces, condensada en los fundamentos jurídicos de la sentencia T-418 de 1996, conforme con la cual *“[E]l Estado se encuentra obligado a asegurar que las relaciones laborales se desenvuelvan en condiciones dignas y justas y a velar por el permanente respeto de los empleadores, públicos o privados, a las garantías mínimas de los trabajadores, por la adecuada remuneración de sus servicios y por el pago oportuno de sus prestaciones.”*

*“El artículo 53 de la Constitución, a cuyos principios mínimos está sujeto el legislador y lo están, por supuesto, el Gobierno y los jueces, dispone la igualdad de oportunidades para los trabajadores, en desarrollo del principio general de igualdad, que, de conformidad con el artículo 13 ibídem, proscribire toda forma de discriminación o preferencia injustificada.”*

Tal criterio lo expuso el procesado como sustento de su fallo, en el cual acotó: *“El derecho a la igualdad es de rango constitucional y por ello cuando no se observare por un ente público o por otro sujeto de derecho, esto es que se vulnere o fuese amenazado por actos positivos o negativos (sic) de este tipo de sujetos, será por vía similar por donde ha de ventilarse esa inobservancia.”*

*“Este trato discriminatorio ha lesionado en sus intereses económicos a los accionantes puesto que oportunamente no se les ha pagado y reajustado sus pensiones legales y como se les viene desconociendo este derecho conllevando*

*a que desde el tiempo en que lo adquirieron se hagan merecedores a las indemnizaciones moratorias que cada actuación ha ocasionado”.*

Así, la *ratio decidendi* del precedente, como el de la sentencia cuestionada, descansan en el principio general de igualdad, ambas son congruentes en cuanto amparan *“las garantías mínimas de los trabajadores, por la adecuada remuneración de sus servicios y por el pago oportuno de sus prestaciones”*, luego tal principio obliga a aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho.

De otro lado, trae a colación las sentencias de la Corte Constitucional T-422 y T-432 de 1992, en las cuales se expresa: *“El derecho a la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas estas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.”*

Concluye que el objeto jurídico protegido *“en la sentencia de tutela proferida por el Dr. ROMUALDO CABRALES ARDILA, fue precisamente el DERECHO A LA IGUALDAD, con todas sus coberturas, antecedentes, alcances y trascendencias, incluido consecencialmente el otro derecho fundamental y de primera generación como lo es la adecuada remuneración de sus servicios y por el pago oportuno de sus prestaciones de los trabajadores”*.

En relación con el segundo punto, la temporalidad del fallo de tutela, señala que para *“interpretar”* el proferido por el acusado se debe tener en cuenta *“cuál era el criterio imperante en la ‘línea jurisprudencial’ del bien jurídico tutelado para ese entonces”*, el cual no se puede desconocer en el caso bajo examen porque fundaría un desenfoque conceptual con el cual se rechazarían todos los principios y garantías de la administración de justicia.

En el fallo censurado no se tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial compendiado en la sentencia T-418 de 1996, que deja a un lado lo concerniente al perjuicio irremediable y al mínimo vital.

No obstante, en sentencias de tutela anteriores la acción constitucional se negaba con el argumento de que había otras vías o mecanismos diversos a ella, como la ordinaria laboral. Con la expedición de sentencia T-575 de 1997 se fortaleció su viabilidad excepcional, marcando pautas para su admisibilidad, en orden a proteger el erario ante la avalancha de acciones de tutela.

De este modo, refiere que un caso análogo al que es objeto de estudio, adelantado contra el procesado, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena,

en resolución de 15 de mayo de 2003 dijo: “*Fue entonces en la sentencia T-575 de 1997 y antes en sus pares T-01, T-126 y T-207 de 1997, que se puntualizó, se patentizó la importancia de optar por la senda indistinta de la tutela para alcanzar el abono de obligaciones fruto de relaciones laborales. Antes, y en ese marco temporal se inserta el fallo engendrado por el Dr. ROMUALDO CABRALES ARDILA, si bien militaban antecedentes herméticos en rededor del artículo 86 inciso 3° de la Carta y su desarrollo legal artículo 6°,1 del decreto 258 /91 (sic), estos en ciertas circunstancias exceptivas como que habilitaban el camino de la tutela...*”.

*“Demostración convincente de ello es que la propia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, en su rol de juez constitucional de segunda instancia y en un evento referido incluso al Fondo de Pasivo social de la empresa Puertos de Colombia –FONCOLPUERTOS– en calidad de demandada, revocó la decisión impugnada y en su lugar tuteló el derecho basilar a la igualdad implorado por un número de ex trabajadores de COLPUERTOS y jubilados al servicio de la liquidada empresa. Ese fallo de la insigne corporación es del 26 de junio de 1996 y en el que se plasman consideraciones que si bien es cierto vuelven por el carácter eminentemente subsidiario de la acción de tutela, en tratándose del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política...”.*

De esta forma, considera que para el momento en que el procesado dictó el fallo de tutela había dos precedentes jurisprudenciales que respaldaban su tesis.

No obstante, evalúa que el precedente judicial no se puede interpretar en forma absoluta, debe armonizarse con otros principios constitucionales como el de autonomía e independencia judicial, pues las autoridades judiciales pueden apartarse o revisar sus propios precedentes.

De otra parte, si bien es cierto al “*asociar la fuente como precedente del fallo que se ha tildado prevaricador, con los hechos que dieron lugar a su proferimiento para sostener que la interpretación que emerge del análisis de su contenido, aunque sea equivocada, no debe considerarse por sí sola como prevaricadora, ya que es posible que el error de interpretación surja del análisis que en su momento se haga de la fuente como precedente, debido a que no solamente se yerra en la interpretación de la ley, sino por supuesto, en el análisis de la jurisprudencia*”.

Finalmente, indica que de la actuación del acusado no se desprende un hecho inequívoco que muestre el ánimo de torcer el orden jurídico, como tampoco que haya obrado con conocimiento de los elementos integrantes del delito de prevaricato, en el cual la fuente del dolo debe demostrarse desde el aspecto objetivo mediante pruebas directas o indirectas de que obró contrario a lo ordenado por la ley.

## CONSIDERACIONES

1. Acorde con el numeral 3° del artículo 75 del de la Ley 600 de 2000, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conocer de las apelaciones interpuestas en los procesos que en primera instancia conocen los tribunales superiores de distrito judicial, dentro de los límites que señala el artículo 204 ibidem.

En el caso bajo examen, se encuentra demostrado que el doctor ROMUALDO CABRALES ARDILA para el 4 de septiembre de 1996, cuando profirió el fallo de tutela, calificado como manifiestamente contrario al orden jurídico, desempeñaba el cargo de Juez Noveno Penal Municipal de Cartagena en el que fue posesionado<sup>27</sup> en propiedad el 15 de febrero de 1993

Así, en orden a resolver cada uno de los aspectos con base en los cuales el censor fundamenta el recurso, la Sala abordará su estudio de manera separada. En primer lugar, tratará lo concerniente al precedente jurisprudencial y su observancia en casos futuros y análogos; en segundo término, la preexistencia de tal antecedente en el caso sometido a consideración del procesado, y por último, lo relacionado con el tipo subjetivo o dolo típico en el delito de prevaricato.

### **1. El precedente jurisprudencial y su observancia en la resolución de casos análogos.**

En el sistema jurídico colombiano orientado bajo la constitución de 1886, la jurisprudencia solamente tenía trascendencia instrumental, por lo que las decisiones de la Corte Suprema servían como criterio orientador de los operadores judiciales que con ellas amparaban argumentalmente sus decisiones, esto a pesar de que el artículo 4° de la Ley 153 de 1887 dispone que los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en los casos dudosos y que la doctrina constitucional es al mismo tiempo norma para interpretar las leyes.

Así, el artículo 4 de la Ley 169 de 1889, dispone que “*tres decisiones uniformes de la Corte Suprema, como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, hacen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarlas en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe su doctrina en caso de que la juzgue errónea*”.

Lo anterior bajo el entendido que las decisiones de la Corte Suprema en cuanto interpretaban las garantías constitucionales, establecían verdaderas reglas de la actividad judicial y aclaraban las dudas y confusiones de los textos legales, no obstante no generaban fuerza vinculante para el operador jurídico.

---

<sup>27</sup> Folio 55 del c.o.1



A partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, el anterior panorama, a pesar de que se continúa con la tradición latino germánica de preeminencia de la ley, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de las Altas Cortes, bajo la figura de precedente jurisprudencial, adquieren un papel preponderante en la aplicación de la ley, en este sentido su artículo 230 dispone:

*“Los jueces en su providencias están sometidos al imperio de la ley.*

*“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”*

Sin embargo, esta norma ha generado controversia acerca de si debe tenerse la jurisprudencia de los Altos Tribunales como un criterio auxiliar en la interpretación de la Constitución y la aplicación de la ley o si constituye un precedente que vincula horizontal y verticalmente a todos los operadores judiciales.

En tal sentido, la Corte Constitucional en su condición de intérprete de la Constitución, acogió la tesis de que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial, pero que la doctrina constitucional como precedente es vinculante, tema en torno del cual, en la sentencia C-131 de 1993, al cuestionarse acerca del carácter obligatorio de sus fallos, precisó:

*“Para responder a esta pregunta es necesario establecer si cuando una autoridad “reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo” -art. 243 CP-, viola un criterio obligatorio -art. 230 inciso 1° CP- o un criterio auxiliar -art. 230 inciso 2°-*

*“En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?”*

*“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:*

*“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y **son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares** (negrillas fuera de texto).*

*“Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.*

*“Es de anotar que tal norma fue declarada executable por la Corte Constitucional, cuando afirmó:*

*“El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que “son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”. Declaración que, en rigor no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer tránsito a cosa juzgada, o el tener “el valor de la cosa juzgada constitucional”, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general.”<sup>28</sup>*

*“Piénsese que aún en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.*

*“Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad.*

*“El inciso primero del artículo 21 no presenta, en consecuencia, disparidad o contrariedad en relación con norma alguna de la Constitución (negrillas no originales).”<sup>29</sup>*

Y en la sentencia C-083 de 1995, al abordar el tema de los criterios auxiliares de la actividad judicial, señaló:

*“b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen<sup>30</sup> al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.*

*“Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.*

<sup>28</sup> Sentencia N° C-113/93 precitada.

<sup>29</sup> Sentencia N° C-113/93 precitada.

<sup>30</sup> Op. cit.

“Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.) [Subrayas ajenas al texto]

*“Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces”.*

*“[...]*

*“Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener “como criterio auxiliar obligatorio” “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional”, mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.” [Subrayas fuera de texto]*

El mismo Tribunal Constitucional ha fijado que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en el futuro para la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consistencia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y controla la actividad judicial ya que el respecto por el precedente impone un mínimo racionalidad<sup>31</sup>, cuando se trata resolver asuntos similares.

De esta forma, hasta antes de la sentencia C-836 de 2001 del Tribunal Constitucional, se consideraba que el artículo 230 de la Carta Política hacia

<sup>31</sup> Sentencia SU-047 de 1999

referencia a la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho, pero cuando la misma no tiene por finalidad interpretar y fijar el alcance de las disposiciones constitucionales es vinculante.

Pero a partir de la referida sentencia en la cual ese Tribunal se pronunció acerca de la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1889, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también tiene el carácter de precedente jurisprudencial obligatorio.

No obstante, advierte la Sala que tal connotación se la había atribuido el legislador, al establecer en el numeral 6º, de los artículos 232 del Decreto 2700 de 1991 y 220 de la Ley 600 de 2000, como causal de revisión: *“Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”*.

Así, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos la jurisprudencia constitucional reiterativamente venía señalando la improcedencia de la acción de tutela para reclamar derechos prestacionales derivados de una relación laboral, salvo los casos en los cuales se configura un perjuicio irremediable o la necesidad de proteger el mínimo vital y móvil del demandante, en los que resulta admisible la protección constitucional como mecanismo transitorio, el procesado debió tenerla en cuenta y denegar el amparo al derecho a la igualdad, invocado por los actores.

## **2. Los precedentes jurisprudenciales conocidos para la época del suceso.**

Tanto el procesado como su defensor propugnan porque se reconozca que en la adopción de la decisión por la cual se censura aquél tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial vigente en ese entonces. En tal sentido, inicialmente, en diligencia de versión libre y espontánea, sostuvo que se apoyó en la sentencia “230” de la Corte Constitucional, en la cual fue ponente el Magistrado “Enrique Cifuentes”, en tanto que el togado asegura que se amparó en la sentencia T-418 de 1996.

Al buscar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se establece que el procesado hace alusión a la sentencia T-230 de 1994, la cual trata el tema de la protección de derecho al trabajo y al principio de no discriminación del trabajador sindicalizado, en los casos en los cuales el patrono asume conductas orientadas a desestimular la afiliación de los demás trabajadores a la organización gremial, por ejemplo, cuando no permite que el trabajador adepto a la misma labore horas extras, pero no al reconocimiento de prestaciones económicas derivadas de la relación laboral como la pensión o su reliquidación.

Así mismo, la tesis del defensor de que la interpretación que el procesado hizo del derecho a la igualdad guarda relación con lo que por la época de los hechos sostenía la Corte Constitucional, específicamente con lo considerado en la sentencia

T-418 de 1996, constituye una quimera, pues su contenido fáctico y jurídico no se acomoda a los referidos en la acción de tutela interpuesta por Eduardo E. Pájaro Montenegro y los otros demandantes en contra de FONCOLPUERTOS, pues en aquél caso, como expresamente fue señalado en la sentencia T-001 de 1997, se resguardó el derecho a la igualdad por el trato discriminatorio entre los trabajadores, para fijar el momento de cancelación de las prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado régimen y demorándolo indefinidamente para aquellas que han optado por permanecer en uno diferente.

Es que como lo refirió el *a quo* en el fallo impugnado, para aquél entonces la jurisprudencia constitucional sostenía y continúa haciéndolo, que la acción de tutela es improcedente para el pago de acreencias laborales, salvo cuando se configuren las excepciones que doctrinalmente se han establecido, esto es, (i) la configuración de un perjuicio irremediable o (ii) se amenace el mínimo vital y móvil del actor.

Al respecto, además de las sentencias de tutela traídas a colación por el *a quo*, habían otras en el mismo sentido, específicamente en la sentencia T- 530 de 1995 por medio de la cual la Corte Constitucional revisó varias sentencias de tutela en casos que comprometían a FONCOLPUERTOS, la cual constituía un precedente a seguir por parte del procesado, precisó:

*“En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que el juicio ejecutivo laboral es el mecanismo idóneo para hacer efectivos los créditos laborales, salvo en aquellos casos en los cuales se encuentre comprometido el mínimo vital del actor. En estas circunstancias, el medio judicial citado se torna insuficiente como instrumento eficaz de garantía de los derechos fundamentales de la persona<sup>32</sup> y, en consecuencia, procede la acción de tutela.”*

En esta decisión, como se verá en el punto siguiente, puso al descubierto que la apoderada de los accionantes para hacer el esguince a la anterior postura, refirió que FONCOLPUERTOS dispensaba un trato discriminatorio consistente en la cancelación de obligaciones laborales contraídas con posterioridad a las pactadas a favor de éstos, concluyendo el Alto Tribunal que no había lesión al referido derecho fundamental.

Lo anterior muestra que en el caso bajo examen, contrario a lo que sostiene la defensa, la doctrina constitucional ha sido constante acerca de la improcedencia de la tutela para obtener el pago de créditos laborales, ante la posibilidad cierta de ejercer otros mecanismos de defensa judicial, así mismo que la situación de los ex trabajadores de FONCOLPUERTOS no es ajena a dicha cláusula general

---

<sup>32</sup> Ver entre otras ST-497/92; ST-184/94; ST-244/95.

de improcedencia, posición que no ha sido replanteada con fundamento un nuevo balanceo o test de proporcionalidad<sup>33</sup>.

### **3. El tipo subjetivo en el delito de prevaricato por acción**

Este se estructura cuando frente a la solución jurídica prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el problema planteado, el funcionario judicial antepone su voluntad o capricho, eludiendo el contenido de la norma jurídica concreta que por conocerla está obligado a aplicarla correctamente, generando con ello un evidente distanciamiento entre el derecho aplicable y el usado en el caso concreto, lesionando el bien jurídico de la administración pública, traducido en el sometimiento del Estado al imperio de la ley en sus relaciones con los particulares, en virtud del cual, los asuntos de conocimiento de sus servidores deben ser resueltos con fundamento en la normatividad que los rige, garantizando de esta forma la vigencia del ordenamiento y la pacífica convivencia del colectivo social.

En otras palabras, en el dolo típico<sup>34</sup> debe coexistir el conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y la conciencia que con ella se vulneraba injustamente el bien jurídico de la recta definición del conflicto puesto en conocimiento del servidor público, quien podía y debía pronunciarse con sujeción a la ley y a la justicia, sin que sea de su naturaleza la demostración de una especial finalidad, la que si bien puede ser relevante en la determinación de la culpabilidad, su falta de acreditación no conduce a declarar la irresponsabilidad del procesado.

Al respecto, vale recordar que la jurisprudencia también viene insistiendo en que cuando se comprueba una motivación en concreto, ello facilita la demostración del móvil, pero si esto no se logra, no implica que el conocimiento y la voluntad de transgredir la ley desaparezca.

Así, la evidente contradicción de lo resuelto con la norma debe observarse en el contexto de la providencia, en el sentido de identificar qué tan cerca o qué tan lejos se estuvo de aquella, sin perjuicio, desde luego, de respetar la interpretación autónoma de que goza el juez para tomar la decisión (artículo 228 de la Constitución Política). Sin embargo, esa autonomía no puede rayar en la

---

<sup>33</sup> “El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad [sic], el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.” ANDRÉS IBÁÑEZ, Pefecto; ALEX Y, Robert, Jueces y Ponderación Argumentativa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. Pág. 2.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Civitas, 1997 § 10, Pág. 308. “Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”.

independencia absoluta de la ley, esto es, en el alejamiento total de su sentido, porque, entonces, se incurriría en la arbitrariedad y en el capricho.

En el caso que se examina la Sala encuentra al evaluar los medios de prueba aportados al proceso en el fallo de tutela proferido por el acusado el 4 de septiembre de 1996, dentro de la acción de tutela promovida por Eduardo Enrique Pájaro Montenegro y otros contra el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia –FONCOLPUERTOS– es manifiestamente ilegal en cuanto se opone a lo previsto en la constitución y la ley acerca del carácter subsidiario de la acción de tutela.

En este sentido, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política dispone:

*“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

Y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 1591 de 1991, prevé en el mismo sentido:

*“1º) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellas se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”*

En torno de este aspecto, la jurisprudencia, como se señaló en el numeral anterior (supra 2), ha sido inmutable en señalar que la acción de tutela es procedente cuando los derechos constitucionales fundamentales indiscutiblemente se encuentran vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares por los motivos previstos en la ley, siempre que el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial. Salvo los casos en que se configure la inminencia de un perjuicio irremediable en los cuales el fallo de la justicia ordinaria se trasmute en una decisión tardía e inútil, eventos en los que opera la protección temporal de los derechos mientras el juez competente resuelve el asunto definitivamente.

En ese orden de ideas, se tiene sentado que por regla general la tutela no es procedente para obtener el reconocimiento, liquidación y pago de acreencias laborales, habida cuenta que con esos propósitos el orden jurídico instituyó la jurisdicción ordinaria, en donde los usuarios cuentan con las herramientas idóneas para alcanzar esos fines, excepto en los casos específicos y excepcionales en que se ha comprobado su ineficacia atendiendo las circunstancias concretas del actor, como por ejemplo para asegurar el derecho del trabajador a obtener el pago de su salario cuando está afectado el mínimo vital; para alcanzar la cancelación de

las mesadas pensionales dejadas de percibir por personas de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso; o en casos en que la entidad a cargo de la pensión revoque unilateralmente su reconocimiento; o con miras a restablecer la igualdad quebrantada por el Estado cuando se discrimina entre los trabajadores, para fijar el momento de la cancelación de prestaciones, favoreciendo con un pago rápido a quienes se acogen a determinado régimen y demorándolo indefinidamente a aquellos que han optado por otro; y para eliminar las desigualdades creadas por el uso indebido de los pactos colectivos de trabajo con el fin de desestimular la asociación sindical<sup>35</sup>.

También se ha reiterado que el trato desigual dado a personas que están en idénticas condiciones per se no conlleva a un juicio de discriminación, porque puede estar justificado razonable y objetivamente si se orienta a la consecución de fines constitucionales o a la protección de bienes con ese rango; pero si no encuentra explicación en dichos términos, el derecho se verá conculcado. En consecuencia, corresponde al demandante en la acción de tutela acreditar, al menos indiciariamente, que la actuación no está justificada razonada y objetivamente, y por consiguiente compromete valores, principios y derechos constitucionales fundamentales; y como mecanismo transitorio tendrá lugar únicamente frente a la vulneración grave, inminente y clara o a la amenaza incuestionable de los derechos alegados por el actor.

En este sentido, en la sentencia T-530 de 1995, la Corte Constitucional determinó:

*“4. El principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta, no significa que todas las personas deban recibir tratamiento idéntico o no diferenciado. Como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, la diferencia de trato entre personas que se encuentran en igualdad de condiciones, no necesariamente conduce a un juicio de discriminación. Así, el tratamiento diferenciado puede encontrar una justificación objetiva y razonable, que tienda a la búsqueda de fines constitucionales, o a la protección de bienes protegidos por el texto fundamental. Por el contrario, cuando el trato disímil no se encuentra justificado o atenta directamente contra valores o principios del ordenamiento constitucional, se compromete, en los términos del artículo 13 de la Carta, el derecho a la igualdad.*

*“Por ello, no puede afirmarse, como lo hace el Tribunal, que el tratamiento diferente, representado en el pago de unas acreencias laborales respecto de otras insatisfechas, no afecta, en ningún caso, el derecho consagrado en el artículo 13 del texto fundamental. Por el contrario, si se demostrare que dicho comportamiento no encuentra justificación razonable y objetiva, sería indudable la pertinencia de la aplicación del principio de igualdad.*

---

<sup>35</sup> En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-001 de 1997, rememoró los precedentes judiciales relacionados con la improcedencia de la acción de tutela para reclamar acreencias laborales.



“Sin embargo, del mero tratamiento diferenciado no se infiere la existencia de un trato discriminatorio. En estos casos, el actor debe demostrar, al menos indiciariamente, que la actuación acusada compromete valores o principios constitucionalmente tutelados, o que no encuentra justificación razonable y objetiva. (Subrayas ajenas al texto)

*“En el caso que ocupa la atención de la Corte, el actor simplemente señaló los hechos de los cuales se deduce un trato disímil respecto de ex trabajadores y pensionados de Puertos de Colombia - se demuestra que la entidad demandada liquidó obligaciones laborales pactadas con posterioridad a aquellas que tiene respecto de los actores y que no han sido asumidas -, los cuales por sí mismos no prueban, siquiera sumariamente, que existió un trato discriminatorio”<sup>36</sup>.*

Conceptos que el procesado tenía claros y, no obstante, voluntariamente los desconoció al adoptar la decisión reprochada en cuya motivación afirmó:

*“Pudiera pensarse de que el reclamo hecho por este conducto tenga cavida (sic) por la vía ordinaria, pero es que resulta que no puede tener confusión el cumplimiento de una obligación laboral por parte del empleador, que si cabe por aquella vía que este mismo empleador (Puertos de Colombia) le de al extrabajador de uno u otro puerto del país, sobre los cuales también tenga la misma potestad tanto nominadora como patronal que si genera a la postre el desconocimiento de un derecho, como es el de Igualdad (sic), que con claridad meridiana se ve en esa actuación gravemente vulnerado por la conducta omisiva de la pluricitada empresa... FONCOLPUERTOS”.*

En efecto, aunque en la demanda de tutela los actores hicieron alusión a la presunta vulneración a su derecho fundamental de petición por parte del Director de FONCOLPUERTOS, porque desde el 5 de noviembre de 1995 habían solicitado el pago de los uniformes y calzados a los cuales tenían derecho con fundamento en el artículo 45 de la Convención Colectiva, no hay duda que lo pretendido por ellos era obtener el reajuste de la pensión reconocida y el pago de la indemnización moratoria respectiva, ante lo cual la protección constitucional solicitada era improcedente, puesto que se trataba de una controversia que debía dirimirse a través de las vías judiciales ordinarias.

No obstante, a pesar de aceptar la existencia de la vía ordinaria de manera ilógica e inexplicable termina predicando la viabilidad de la tutela, sin ofrecer un solo argumento tendiente a comprobar la presencia de alguna de las hipótesis excepcionales de un perjuicio irremediable o la amenaza al mínimo vital y móvil,

---

<sup>36</sup> Sentencia T-530 de 1995, por medio de la cual se revisaron sentencias de tutela dictadas por diferentes autoridades judiciales que involucraban a FONCOLPUERTOS.

lo cual se explica en su manifiesta ausencia, debido a que los actores recibían las mesadas pensionales, las cuales les garantizaba a ellos la subsistencia digna.

Era tan notoria la improcedencia de la referida acción, que posteriormente la Corte Constitucional en la sentencia T-575 de 1997, mediante la cual revisó el fallo cuestionado, señaló que “*verificadas las características de los casos examinados, no se cumplen los presupuestos excepcionales señalados*” por doctrina constitucional.

La aludida acción ni siquiera procedía como mecanismo transitorio, porque como se viene de precisar, los demandantes no probaron, siquiera indiciariamente, la amenaza o lesión de alguno de sus derechos, pues el menoscabo del de igualdad lo estribaron en el reconocimiento del reajuste pensional y cancelación de la indemnización a otros extrabajadores que teóricamente se encontraban en las mismas condiciones de ellos, manifestación que es frágil ante la necesidad de determinar si realmente los casos comparados eran iguales para merecer el mismo trato, y de estar frente a un tratamiento diferenciado verificar si se justificaba objetiva y razonablemente, lo que no fue hecho por los actores y ladinamente desconocido en el fallo de tutela cuestionado.

Así se impidió a FONCOLPUERTOS hacer uso del abanico de posibilidades legales que tenía para preferir o denegar el reconocimiento y pago de la indemnización reclamada, por ejemplo el valor de la deuda, su naturaleza, los recursos financieros que en ese momento tenía para esos fines, o sencillamente los peticionarios no tuvieran derecho a ella; circunstancias que no podían ser dilucidadas en el trámite breve y sumario de la tutela sino en el proceso ordinario.

En esos términos la tipicidad de la conducta era evidente, junto con su antijuridicidad por lesionar sin justificación alguna la rectitud, probidad y legalidad que deben acompañar las decisiones judiciales.

No tiene la virtud de desnaturalizar el actuar doloso, el argumento de que para adoptar la decisión el procesado siguió la sentencias de 26 de junio de 1996 de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, y T- 418 de 1996 de la Corte Constitucional, pues de haber sido así lo lógico sería que se hubiera referido en el fallo expresamente a la primera por los menos cotejando la situación fáctica tratada en ella con el caso puesto bajo su consideración para concluir que estaba delante de circunstancias semejantes y que el trato discriminatorio no era razonable, pues la segunda fue dictada el 9 de septiembre de 1996, es decir, cinco días después de que profirió la decisión por la que se critica.

Más aún, la referencia que tanto él como su defensor hacen al precedente jurisprudencial, es indicativa de que conocía que para decidir la tutela debía tener en cuenta lo considerado por la Altas Cortes, específicamente por la Constitucional, en relación con el derecho a la igualdad, máxime cuando en

principio consideró que ante la presencia de otros medios de defensa judicial dicho trámite era improcedente, por lo que la autonomía funcional no constituye un argumento suficiente para apartarse del contenido de la ley y de su interpretación jurisprudencial, ya que la labor de los jueces de fijar el sentido del derecho para aplicarlo al caso concreto, esta restringida por el sistema jurídico, el cual establece mecanismos que limitan las interpretaciones posibles, distinguiendo las correctas de las que no satisfacen dicho requerimiento.

En consecuencia, tuvo razón el Tribunal al considerar que el procesado actuó dolosamente y en consecuencia el fallo será confirmado.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado en lo que fue objeto de disenso.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ      SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ  
Permiso

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO      MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN      JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS      JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ  
Secretaria



# **DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.**

*Javier Ernesto Gutiérrez Rodríguez.*

*SUMARIO: § 1. Introducción. § 2. Delimitación jurídica del derecho a la intimidad. § 3. Aproximación doctrinal al derecho de la intimidad. § 4. Naturaleza jurídica del derecho a la intimidad. § 5. El derecho a la intimidad como derecho de la personalidad. § 6. Evolución jurídica del concepto intimidad y análisis del derecho a la autodeterminación informativa en la nueva LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos). § 7. Fundamento de la protección de datos personales. § 8. Conclusión. § 9. Directiva 95/46/CE del Consejo de Europa, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.*

## **§ 1.**

La protección de datos personales de carácter personal hoy en día, se ha convertido en uno de los temas jurídicos de mayor importancia para nuestra sociedad, ya que por vulneración del manejo de datos a nivel personal, a través de medios de comunicación o medios electrónicos, se han afectado derechos como la intimidad, la información y el buen nombre. Es así como en Europa, y más exactamente en España, se desarrolla el tema, como lo hace la profesora Ana Isabel Herrán Ortiz en su libro “El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales”. La citada maestra señala que con la aprobación de la Ley Orgánica 15 de 1999, de Protección de los Datos de carácter personal, comienza en el ordenamiento jurídico español una nueva etapa para el derecho a la protección de los datos personales. Etapa que nosotros como sociedad colombiana hemos tardado en desarrollar, ya que desde tiempo atrás se han tenido problemas jurídicos alrededor de la protección de datos personales, y no se había pensado en solucionarlos hasta cuando la violación del citado derecho se convirtió en repetitiva, pues atentaba contra los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el presente año entró en vigencia la primera ley llamada “ley de habeas data”, que tiene tanto aciertos como yerros, primordialmente por no estudiar el tema a

fondo y no tener en cuenta ciertos análisis de prestigiosos juristas como la autora señalada.

En la presente reseña analizaremos el estudio que plasmó la investigadora en su libro, en cuanto a los precedentes de la citada ley, no solamente en el ámbito español sino inclusive en el europeo; además, indicaremos en el estudio jurídico qué derechos configuran la protección de los datos personales.

La profesora señala que ha quedado atrás la experiencia de la vigencia de la LORTAD (España contaba con una ley al respecto del tratamiento de datos personales que era la LORTAD, (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), que, debido a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Además, anota la profesora, con la primera ley se presentaron demasiadas dificultades en cuanto a su aplicación, errores, deficiencias y graves carencias, que no resolvían el problema jurídico de fondo, y afectaban derechos fundamentales de los ciudadanos españoles.

Con la expedición de la Directiva 95/46/CE, documento expedido por el Consejo de Europa (Parlamento Europeo), se pusieron en evidencia nuevas tareas, avances y aspectos innovadores respecto de la protección, de los datos que no se habían contemplado en la ley LORTAD. Por consiguiente, la Directiva fue contemplada e interpretada como un cambio a algunos aspectos de la protección de datos en el ámbito de la legislación española, y, como consecuencia de esto, se expidió la Ley Orgánica 15 de 1999, también llamada LOPD (Ley orgánica de protección de datos personales). La nueva ley española merece consideración por destacarse especialmente el reforzamiento de los derechos de las personas, de suerte que se amplió el catálogo de los derechos reconocidos a los afectados.

Así pues, con el estudio que presentó a través de su libro, la maestra intentó ofrecer una visión crítica y actual de la problemática que enfrenta en España a los derechos de las personas con el tratamiento de datos personales, y se deja a consideración del lector una propuesta doctrinaria sobre las bases o principios jurídicos en que debe descansar el habeas data, reconocimiento y tutela de la protección de los datos personales por medio automatizado o no en nuestro país.

## § 2.

La intimidad constituye un bien personal al que en modo alguno puede renunciar el individuo sin resentirse en su dignidad humana. El ser humano es social por naturaleza, pero, pese a ello, no deja de sentir la necesidad de realizar una vida interior, ajena a las relaciones que mantiene con otros individuos, y que le permite identificarse como ser humano. La intimidad no se asienta sobre la sustracción de determinadas zonas de la personalidad del individuo al conocimiento ajeno, sino sobre la necesidad de un ámbito de desenvolvimiento interior como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la libertad individual.

Claro que, por otro lado, además de constituir un bien de la personalidad, la intimidad se encuentra caracterizada por su relatividad; en efecto, no debe olvidarse que el contenido y el ámbito de protección de la intimidad dependen en su extensión de las cambiantes circunstancias sociales, económicas, y culturales de cada momento. Por ello, en la sociedad actual la intimidad no goza de un reconocimiento ni de un contenido semejante al concedido en épocas anteriores, donde el desarrollo tecnológico bien no existía, bien carecía de la entidad suficiente para perturbar la existencia y la vida privada de los individuos. Tan es así, que se ha introducido una formulación evolutiva de su concepto, y desde su inicial concepción liberal como protección y tutela necesaria frente al intervencionismo y la arbitrariedad públicas, hasta la significación que Warren y Brandeis le atribuyen como “derecho a ser dejado solo”, la intimidad se ha visto introducida en un proceso de transformación y reformulación jurídica, necesario para garantizar su virtualidad jurídica.

## § 3.

El derecho a la intimidad en la doctrina española se encuentra profundamente vinculado a la construcción y evolución de los derechos de la persona. La doctrina española se ha puesto de acuerdo en admitir que los derechos de la personalidad nacen de la especial consideración que la condición humana alcanza en el ordenamiento jurídico; es decir, el Derecho nace por y para la persona, que se erige así en fundamento y sujeto del ordenamiento jurídico, en tanto que los bienes que son propios del individuo y que lo definen como tal ante los demás, se presentan en el ámbito jurídico como objeto de protección.

En sus acertadas reflexiones, la autora introduce un concepto restringido y limitado de los derechos de la personalidad; no todos los derechos de

la persona que se vinculan al individuo, ostentan la consideración de derechos de la personalidad; sólo aquellos que identifican y califican a la persona, los que constituyen el núcleo esencial de la misma; entre éstos se incluyen los derechos que se refieren al respeto y reserva de la vida privada y de la individualidad de cada ser humano.

La intimidad representa la realidad interior del individuo a la que tan sólo él puede acceder; sin embargo, si se admite que la intimidad es algo más, que va más allá de lo estrictamente interior, para adentrarse en cualquier ámbito de la actividad humana que sea digno de reserva, por su relevancia para la persona, por su propia naturaleza o por la decisión personal del individuo, la perspectiva del derecho a la intimidad adquiere nuevas dimensiones, ya que en el otro extremo aparecería el derecho a la información.

La autora se muestra, por tanto, de acuerdo con establecer una diferenciación en cuanto al ámbito de protección de la intimidad, de suerte que distinga un núcleo fundamental, integrado por los aspectos más próximos a la persona, y que mayor incidencia representan en el libre desarrollo de la persona, y por otro lado, defiende también un ámbito más extensivo de protección de la intimidad que se identifica con aspectos de la vida de la persona, que si bien no afectan directamente a su mundo interior o a las relaciones con los demás, la persona decide mantenerlos reservados de la curiosidad ajena.

#### § 4.

Respecto de la naturaleza del derecho a la intimidad, su consideración como derecho de la personalidad no ofrece duda para esta autora. Defiende que el derecho a la intimidad es único en cuanto a su concepción, pero múltiple y relativo en sus manifestaciones. Consciente del incesante crecimiento de nuevas formas de amenaza a la intimidad, propone la adopción de una legislación preventiva, que permita al individuo, no ya resarcirse del daño que la intromisión en su esfera íntima pueda producir, sino que garantice la preservación o reserva de su intimidad de la indiscreción ajena. La intimidad no se define únicamente por el derecho al aislamiento, sino por la libertad de decisión respecto de la apertura de sus vivencias a los terceros; se refiere por ello a un doble aspecto de la intimidad que vendría dado por la posibilidad de “encerrarse” y de “dejar de estar encerrado”.



De igual manera que en la tendencia doctrinal europea, en España el derecho a la intimidad ha superado su inicial consideración de derecho a la reserva de determinadas circunstancias interiores de la persona, para configurarse como un poder o facultad de decisión y elección por el interesado de la persona o personas con quienes compartir sus vivencias, sentimientos o comportamientos. Pronto se desvincula el concepto de derecho a la intimidad de su consideración tradicional como derecho negativo o de exclusión de intromisiones ajenas, y comienza a configurarse como facultad o poder de control sobre la propia existencia y las relaciones personales. El derecho a la intimidad aparece configurado como un derecho con doble perspectiva, una negativa, propia de los derechos subjetivos, que se traduce en el poder de exclusión del conocimiento ajeno de aquello que se refiere a la propia persona, y una perspectiva positiva, de control y vigilancia por el interesado de la información que le afecta; ambos aspectos lejos de ser excluyentes, son complementarios en la protección de la intimidad personal y familiar del individuo.

La intimidad en España se ha desplazado en los últimos tiempos hacia el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, que descansa sobre la base de un concepto restrictivo de intimidad, que numerosos autores se han esforzado en mantener. La incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos de la persona, plantea el problema de si la construcción tradicional del derecho a la intimidad pudiera, o no, sustentar la protección jurídica de la persona y sus bienes más esenciales frente a las agresiones nacidas de terceros. La doctrina más moderna, en recientes publicaciones y estudios sobre el derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico español, ha definido la intimidad desde una doble dimensión: en su aspecto negativo como modo de ser negativo de la persona frente a los demás; y, en su aspecto positivo, como derecho de control sobre la información y aspectos privados relativos a la propia persona.

El derecho a la intimidad consiste en un conjunto de facultades del individuo para desenvolverse sin lesionar derechos ajenos, y también en un poder de exclusión del conocimiento ajeno de su vida íntima y familiar. Por ello, el derecho a la intimidad se sitúa en el marco de aquellos derechos humanos que suelen calificarse de “individuales” en contraposición a los denominados “sociales”.

Piénsese que el derecho a la intimidad afecta y hace referencia a cada persona como tal, en su más estricta individualidad frente al resto de personas, que por expresa voluntad de cada individuo deben mantenerse

al margen de la interioridad del sujeto. La consideración del derecho a la intimidad como derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos, sentimientos y los hechos de su vida personal, se presenta como consecuencia obligada de las afirmaciones anteriores. Así, faculta el derecho a la intimidad a que cada persona determine cuándo y hasta qué medida quiere exteriorizar su vida y ponerse en contacto con la sociedad. Como complemento de la existencia del ser humano, debe ser protegido, en tanto que ha de considerarse esencial que cada individuo conserve una esfera de libertad y autonomía que pueda defender frente a intromisiones externas.

## § 5.

El derecho a la intimidad como derecho de la personalidad, es consustancial a la condición humana; por lo tanto, la actitud del ordenamiento jurídico en relación con esta categoría de derechos no puede limitarse a garantizar ámbitos de exclusión, como sucede con otros bienes jurídicos cuya existencia y contenido derivan del explícito reconocimiento legal, sino que corresponde al ordenamiento jurídico su constatación y garantía. La expresión derecho a la intimidad no es sino un modo establecido de hablar, porque consiste en la obligación general de respeto a los demás vista desde el titular del derecho; tal obligación no deviene en exigencias concretas que aquél pueda reclamar antes de la lesión de su intimidad. Tener derecho a la intimidad es una forma de decir que los demás tienen el deber de respetarla y que en caso de lesión, se pueda exigir castigo al culpable. No admite duda, por tanto, que si bien habitualmente se hace referencia al derecho a la intimidad, en puridad jurídica también se alude a la obligación que los demás, terceros ajenos a la esfera personal de cada individuo deben asumir; el derecho a la intimidad se presenta, no sólo como un derecho, sino como el deber de respetar un ámbito propio y esencial de cada persona que afecta al resto de individuos, con la aspiración de que dicho ámbito quede al margen de la indiscreción ajena en tanto que es la propia persona quien lo determina.

Pero aun siendo esto cierto, no lo es menos que reducir el derecho a la intimidad a esta concepción, significaría desconocer su eficacia positiva, el reconocimiento de un ámbito de actuación que faculta a su titular a exigir de los demás conductas tendientes a la protección de su vida privada, y es precisamente este aspecto el que debe subrayarse en este estudio.

La intimidad no se identifica tan sólo con la mera ausencia de información acerca de la vida privada, sino que representa el control o vigilancia que se reconoce respecto de la información que a cada uno concierne. Así, el derecho a la intimidad garantiza una calidad en las relaciones con los demás, que tan sólo trascienda aquello que cada persona revela, sin que ello suponga la pérdida de control sobre la propia información.

La intimidad es entendida como un aspecto propio y fundamental de la personalidad de ahí que no se requiera ningún procedimiento especial para la adquisición de su titularidad, puesto que nace y se extingue con la persona. De su carácter de derecho esencial deriva la consideración del mismo como derechos innato y originario de la persona, le es propio, sin que para ello sea necesario ninguna condición especial en el individuo.

Como consecuencia de su inherencia a la persona, los derechos de la personalidad se definen por:

a) Su naturaleza individual, puesto que estos derechos se reconocen concretamente a la persona, considerada como individuo, y de tal naturaleza es el interés protegido, y por su carácter privado, se orientan a garantizar a cada individuo el pleno disfrute de su ser físico o intelectual. El fundamento de su protección consiste en la prevención, prohibición o sanción de injerencias ajenas en un bien privativo de la persona.

b) Su condición de derechos erga omnes, es decir, ejercitables frente a cualquiera que pretenda invadirlos o desconocerlos; aunque su carácter absoluto no puede referirse al contenido, dado que exigencias morales de interés público imponen su relación o armonización con los derechos de los demás, en orden a la preservación y mantenimiento del bien común.

La extrapatrimonialidad de los derechos personales significa que estos derechos de la persona se encuentran fuera del comercio, que en principio no nacen para ser valorados en dinero, sino para garantizar al hombre el goce de sus bienes y cualidades personales. Sin embargo, nada impide que excepcionalmente en determinadas circunstancias puedan transformarse en bienes evaluables patrimonialmente. Piénsese, por ejemplo, aquel caso en que la imagen de un determinado deportista pueda ser utilizada con su consentimiento en medios publicitarios, la consideración de bienes extracomercium condiciona la determinación de otras notas que, en sentido negativo, contribuyen a la definición de los derechos de la personalidad frente a los demás derechos subjetivos; por

lo que se trata de bienes indisponibles e irrenunciables, inexpropiables, inembargables e imprescriptibles.

Ha de destacarse la especial significación que adquieren las afirmaciones del TC, por cuanto que establecen la directa vinculación entre el derecho a la intimidad y el respeto a la dignidad y libertad de la persona como individuo. Abundando en lo expresado, significar que todo individuo debe disfrutar de un ámbito de libertad que le permita decidir sobre aquellos aspectos de su vida que quiera preservar de las injerencias ajenas, y que integran su vida privada, de forma que decide sobre su núcleo de existencia y los aspectos que integran su esencia como ser humano; en definitiva, la libertad del individuo respecto de su propia existencia alcanza su máxima expresión en el derecho a la intimidad como instrumento de tutela y garantía de la dignidad y personalidad humana.

## § 6.

Tradicionalmente, los derechos fundamentales en su origen, y entre ellos el derecho a la intimidad, se configuran de forma negativa, esto es, como derechos de defensa, nota principal de los derechos subjetivos. La libertad de actuación y decisión del individuo es en principio ilimitada, frente a las potestades de intervención de los poderes públicos en la misma que son controlables y en todo caso limitadas. El derecho a la intimidad y sus manifestaciones, constituyen auténticos derechos fundamentales de la persona, inherentes a la misma, y garantizadores de libertad frente al Estado y a los particulares, instrumentos jurídicos de garantía de la dignidad y de la libertad humana.

La esencia y naturaleza del derecho a la intimidad permiten su consideración como un derecho de defensa; se trata de una defensa en principio ilimitada y frente a toda injerencia en aquella esfera de la persona que por su significación individual debe permanecer reservada en su interior.

Los derechos fundamentales en tanto que derechos subjetivos otorgan a sus titulares la posibilidad de recabar amparo judicial frente a toda actuación de los poderes públicos que vulnere el derecho tutelado; también se garantiza su protección con el reconocimiento de instrumentos jurídicos que prevengan amenazas de los particulares (Directiva 45/95 y Ley Orgánica de protección de los datos personales LOPD). Los derechos fundamentales, por tanto, aseguran una esfera de protección

positiva, ya que además de garantizar que nadie será privado de libertad, con carácter general, sino en las circunstancias legalmente expresadas, protegen el desenvolvimiento de libertades concretas, que significan para el individuo la garantía de un espacio vital de existencia y pleno desarrollo de su personalidad; se puede citar entre otras, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, y piedra angular de la protección de datos personales (*derecho a la autodeterminación informativa*).

Como conclusión, los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste.

## § 7.

La autora señala que el derecho a la intimidad ha alcanzado la denominación de derecho a la autodeterminación informativa, sentido en el que la intimidad alcanza su mayor relevancia en la sociedad actual, como instrumento de tutela de los derechos de las personas en los inicios del nuevo siglo XXI.

La polémica en torno al derecho a la intimidad en España, se ha desplazado recientemente hacia la necesidad o no del reconocimiento de un nuevo derecho fundamental que descansa sobre la base de un concepto más amplio de la intimidad, frente al tradicional concepto de intimidad, que numerosos autores se han mostrado celosos de reservar, para mantener así la auténtica significación y función jurídica del derecho a la intimidad. No obstante, la realidad es que las tecnologías de la información y la comunicación han establecido potencialmente nuevas formas de agresión y vulneración, sin duda más sutiles y sofisticadas, frente a los derechos de la persona, por lo que se suscita el problema de si la construcción tradicional del derecho a la intimidad pudiera o no sustentar la protección jurídica de la persona.

En efecto, han evolucionado los medios de intromisión en los bienes y derechos de la persona y en consecuencia, deberán evolucionar también los instrumentos legales de tutela. La vulneración de la intimidad no se circunscribe exclusivamente a la captación de imágenes o a la divulgación de informaciones relativas a la intimidad de las personas; la informática y las tecnologías de la comunicación han revolucionado la sociedad, y ahora se hace preciso una tutela de los derechos teniendo presentes estas

nuevas formas de agresión. Es por ello que utilizaciones interesadas y fraudulentas hacen necesaria una reformulación jurídica y conceptual del derecho a la intimidad, que permita su acomodo a las nuevas formas potenciales de amenaza a los derechos de las personas, y en concreto a los derechos de la intimidad personal y familiar.

Con frecuencia se afirma que la intimidad pertenece al ámbito más interior de la naturaleza humana y que se corresponde con la esfera más profunda de la persona, en tanto que la “privacidad” se define como la libertad del individuo ante el contacto con la sociedad y frente a la observación de los demás, esto es, el derecho a la “privacidad” reconoce la capacidad de la persona para decidir voluntariamente un apartamiento o retirada de la vida en sociedad.

Sólo en parte pueden compartirse las aseveraciones de la autora, porque parece evidenciarse de lo manifestado, que ambos conceptos representan realidades contrapuestas o excluyentes y, sin embargo, intimidad y privacidad no constituyen sino dos aspectos complementarios e interdependientes de la existencia humana; quiere ello decir que una protección completa de la persona frente a las agresiones de las tecnologías de la información, únicamente se alcanzará a través de la tutela de ambas esferas de actuación de la persona. Por consiguiente, no se trata de decidir cuál de ellas se identifica con el bien jurídico protegido mediante la protección de datos personales, sino de delimitar y establecer los mecanismos jurídicos apropiados para la protección de los bienes y derechos de la persona, que garanticen al individuo el pleno desenvolvimiento de su personalidad y un adecuado y libre desarrollo de las relaciones sociales e interpersonales.

Al hilo de tal reflexión, debe reconocerse que en el derecho a la intimidad podría diferenciarse un doble contenido: un primer aspecto, de libertad negativa, o capacidad de la persona para preservar del conocimiento público aquellos ámbitos de su vida personal que considere oportuno; y un segundo aspecto, de libertad positiva, referido al concepto de “privacidad” que se delimitaría como una facultad integrante del derecho a la intimidad, por la que cabe defender éste preventivamente frente a las agresiones o riesgos procedentes del uso de la informática.

## § 8.

La perspectiva de este estudio no se encamina a la defensa y argumentación tendientes a favorecer el reconocimiento de un nuevo derecho de la

persona, sino a intentar delimitar el ámbito de tutela y garantía a que se refiere el derecho a la autodeterminación informativa.

Sería un intento vano desconocer que, además del derecho a la intimidad y al honor, mediante el derecho a la autodeterminación informativa se protegen “otros” aspectos o facetas de la persona, que ni son propiamente íntimos, ni perjudican la reputación o estima del individuo por ser objeto de tratamiento informático. La profesora pone como ejemplo, el concepto de privacidad, mediante el cual se hace referencia a aquellas facetas del ser humano que si bien no integran la esencia de su personalidad aisladamente consideradas, pudieran llegar a perjudicar al individuo si se relacionasen oportunamente entre sí, porque revelarían aspectos de la persona que la comprometen o que impiden y dificultan el ejercicio satisfactorio de sus derechos. Es cierto que, en principio, el conocimiento de los comercios donde una persona adquiere sus enseres o el vestuario parecen hechos que, además de hacerse en público, son irrelevantes y carecen de cualquier trascendencia; no obstante, adviértase que el conocimiento de estos datos debidamente relacionados pueden ofrecer una “imagen” o perfil de la persona, de sus gustos y aficiones o puede revelar, por ejemplo, facetas de la personalidad que a nadie corresponde conocer y tratar. Son datos que pueden perjudicar a la persona, no por su falsedad o por el desmerecimiento de su reputación, sino por el sólo hecho de que el individuo no ha consentido su almacenamiento y, menos aún, su utilización interesada por terceros. Por lo tanto, el peligro no lo constituye un único dato personal aislado, sino un incesante almacenamiento y entrecruzamiento de la información personal, esto es, no representa una grave amenaza que consten determinados datos personales, pero de todos es conocido que no existen hoy límites a la posibilidad de almacenamiento de datos, y que por el sólo hecho de ser registrados perjudican a la persona, al ofrecer una imagen de la misma que la descubre ante terceras personas.

Resulta inequívoco que los esfuerzos de protección frente a la indebida utilización informática, se orientan a salvaguardar no sólo la esfera interna o esencial de la persona, sino que estas nuevas formas de vulneración de los derechos individuales, extremadamente sofisticadas y modernas, hacen aconsejable garantizar actividades y ámbitos del individuo que, sin incidir directamente en su intimidad o núcleo de su personalidad, pueden afectar y condicionar el ejercicio de los derechos y el desenvolvimiento adecuado en las relaciones sociales. En el enfrentamiento con las tecnologías informáticas, son diversos los derechos que se ponen en

peligro, como la libertad individual, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad, la libertad de información, el derecho al honor.

En consecuencia, cualquier información personal merece protección frente al poder informático. No es lo verdaderamente significativo la naturaleza íntima o no de los datos que se conocen o tratan, sino que ello pueda afectar a la libertad y la dignidad del individuo; se pretende evitar la intromisión, la simple invasión en la vida ajena. Hoy nadie duda de que la vida privada de la persona es un bien que debe respetarse, porque el ataque a la misma puede causar un daño irreparable a la persona, en una sociedad como la actual, cuyo único límite al almacenamiento y tratamiento de datos personales es el que procede de la imaginación humana. Información relativa al ocio, a los comercios donde se adquieren los bienes, así como a las actividades profesionales, no son inocuas en el desarrollo personal y en la honorabilidad o imagen que se ofrece al exterior, por lo que oportunamente entrelazadas y almacenadas revelan todo de cada individuo y de su personalidad; inmiscuirse en ellas, para conocerlas y tratarlas sin consentimiento, representa un peligro del que se debe ser consciente, si se quiere una sociedad libre y con igualdad de oportunidades.

Sentir que constantemente se está siendo observado, consciente de que la totalidad de las acciones serán “registradas”, impide el derecho a manifestarse en sociedad con libertad y dificulta el libre desarrollo de la personalidad. Es por ello, por los nuevos peligros y amenazas que el tratamiento informático trae consigo, por lo que la autora sugiere una concepción del derecho a la autodeterminación informativa que extienda su protección frente al uso ilícito o abusivo de la informática, a cualquier información en “manos de terceros” que represente una amenaza para la persona; la interceptación no consentida de la información debe controlarse y limitarse sin detenerse a averiguar la índole íntima o no de la información. Así pues, el fundamento último del derecho a la autodeterminación informativa consiste no en preservar ocultos y aislados del conocimiento ajeno los actos y vivencias de la realidad personal, sino en mantener la libertad y la dignidad del individuo, evitando la fiscalización interesada de la vida de las personas y, a través de ello, impedir la instrumentalización del ser humano.

## § 9.

La presente Directiva se aplica a los datos tratados por medios automatizados (base de datos informática de clientes, por ejemplo), así



como a los datos contenidos en un fichero no automatizado o que vayan a figurar en él (ficheros en papel tradicionales). La Directiva no se aplicará al tratamiento de datos: a) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente particulares o domésticas; y b) aplicado al ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, tales como la seguridad pública, la defensa o la seguridad del Estado.

La Directiva tiene como objetivo proteger los derechos y las libertades de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, estableciendo principios de orientación para determinar la licitud de dicho tratamiento.

Dichos principios se refieren a:

1. La **calidad** de los datos: los datos personales serán tratados de manera leal y lícita, y recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos. Además, serán exactos y, cuando sea necesario, actualizados.
2. La **legitimación** del tratamiento: el tratamiento de datos personales sólo podrá efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca o si el tratamiento es necesario para:
  - a) La ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o,
  - b) El cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento o,
  - c) Proteger el interés vital del interesado, o
  - d) El cumplimiento de una misión de interés público, o
  - e) La satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento.
3. Las **categorías** especiales de tratamiento: deberá prohibirse el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas y la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad. Esta disposición va acompañada de reservas que se aplicarán, por ejemplo, en caso de que el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del interesado o para la prevención o el diagnóstico médico.

- 4) La **información** a los afectados por dicho tratamiento: el responsable del tratamiento deberá facilitar cierta cantidad de información (identidad del responsable del tratamiento, fines del tratamiento, destinatarios de los datos, etc.) a la persona de quien se recaben los datos que le conciernan.
- 5) El **derecho de acceso** del interesado a los datos: todos los interesados deberán tener el derecho de obtener del responsable del tratamiento:
  - la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen y la comunicación de los datos objeto de los tratamientos;
  - la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, así como la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de dichas modificaciones.
- 6) Las **excepciones y limitaciones**: se podrá limitar el alcance de los principios relativos a la calidad de los datos, la información del interesado, el derecho de acceso y la publicidad de los tratamientos con objeto de salvaguardar, entre otras cosas, la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública, la represión de infracciones penales, un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la UE (Unión Europea) o la protección del interesado.
- 7) El **derecho del interesado a oponerse** al tratamiento: el interesado deberá tener derecho a oponerse, por razones legítimas, a que los datos que le conciernen sean objeto de tratamiento. También deberá tener la posibilidad de oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos respecto de los cuales se prevea un tratamiento destinado a la prospección. Por último, deberá ser informado antes de que los datos se comuniquen a terceros a efectos de prospección y tendrá derecho a oponerse a dicha comunicación.
- 8) La **confidencialidad y la seguridad del tratamiento**: las personas que actúen bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento, incluido este último, sólo podrán tratar datos personales a los que tengan acceso, cuando se lo encargue el responsable del tratamiento. Por otra parte, el responsable del tratamiento deberá aplicar las medidas adecuadas para la protección de los datos

personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental, la alteración, la difusión o el acceso no autorizados.

- 9) La **notificación del tratamiento a la autoridad de control**: el responsable del tratamiento efectuará una notificación a la autoridad de control nacional con anterioridad a la realización de un tratamiento. La autoridad de control realizará comprobaciones previas sobre los posibles riesgos para los derechos y libertades de los interesados una vez que haya recibido la notificación. Deberá procederse a la publicidad de los tratamientos y las autoridades de control llevarán un registro de los tratamientos notificados.

Las legislaciones nacionales deben prever un recurso judicial para los casos en los que el responsable del tratamiento de datos no respete los derechos de los interesados. Además, las personas que sufran un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito de sus datos personales tendrán derecho a obtener la reparación del perjuicio sufrido.

Cada Estado miembro designará una o varias autoridades públicas independientes encargadas de controlar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la presente directiva.

Se crea un grupo para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que estará compuesto por representantes de las autoridades de control nacionales, por representantes de las autoridades de control de las instituciones y organismos comunitarios y por un representante de la Comisión.



**CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO**  
**NORMAS DE PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

1. Cuadernos de Derecho Público publica artículos de las áreas de Derecho, Ciencia Política y Ciencias Sociales en general.
2. Se deberá remitir el artículo, en medio magnético, al correo electrónico del director de los Cuadernos [camilo.guzman@usa.edu.co](mailto:camilo.guzman@usa.edu.co)
3. Los artículos deben presentarse en el programa Microsoft Word® (versiones 97 en adelante), letra Palatino Linotype de 12 puntos, tamaño carta, interlineado doble, márgenes de 3 cm, a cada lado. La paginación del manuscrito estará ubicada en el extremo derecho del encabezado de cada una de las páginas.
4. Los artículos descritos en el anterior numeral no podrán exceder las 50 páginas. El Comité Editorial podrá aceptar otro tipo de artículos como notas, comunicaciones, ponencias, resúmenes de contribuciones, reseñas bibliográficas, críticas o comentarios jurisprudenciales, los cuales no deberán superar las 25 páginas.
5. Por tratarse de una publicación con arbitraje, el Comité Editorial designará evaluadores para el artículo y decidirá, con fundamento en el concepto de los evaluadores y en criterios de rigor científico, sobre su publicación. El Comité tiene la facultad para: aceptar el artículo, solicitar modificaciones o rechazarlo para su publicación.
6. El Comité Editorial otorga prelación a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en resultados de investigación con un fuerte referente teórico; ser producto de reflexiones teóricas; o constituir revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio.
7. Por tratarse de una publicación de carácter internacional, se aceptan artículos en otros idiomas.
8. Los artículos deben ir acompañados de un documento remisario en el que se incluya un resumen en el idioma original, en inglés y en español (acompañado del título en el idioma respectivo); se indique la naturaleza del documento (si es un producto de investigación, una reflexión, o una revisión de un tema), el objetivo general del documento (lo que pretende el documento), la(s) metodología(s) de investigación utilizada(s) y la principal conclusión o evidencia del documento con una extensión máxima de 200 palabras; se deben incluir, así mismo, las palabras clave que describan su contenido, preferiblemente en número de 4 a 6, en los idiomas mencionados.
9. El título del artículo deberá ir seguido del nombre del autor.
10. Las referencias bibliográficas y de otro orden se consignarán en pie de página, y su enumeración será continua a lo largo de todo el artículo (no debe ser por capítulos).
11. En la parte final del artículo se incluirán la bibliografía y demás fuentes utilizadas, en orden alfabético por autor o, en su defecto, por título.

12. Se recomienda a los autores consultar y referenciar en sus artículos los Cuadernos de Derecho Público, el Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, la Revista Civilizar, los Cuadernos de Derecho Penal, los artículos digitales de la Escuela, y la Revista Crónica Universitaria, disponibles en la biblioteca de la Universidad Sergio Arboleda y en los siguientes links:  
[http://www.usa.edu.co/estudios\\_constitucionales/index.htm](http://www.usa.edu.co/estudios_constitucionales/index.htm)  
[http://www.usa.edu.co/civilizar/revista\\_electronica.htm](http://www.usa.edu.co/civilizar/revista_electronica.htm)  
[http://www.usa.edu.co/derecho\\_penal/Cuadernos%20Penal.pdf](http://www.usa.edu.co/derecho_penal/Cuadernos%20Penal.pdf)  
<http://www.usa.edu.co/derecho/articulos.htm>
13. Para los Cuadernos de Derecho Público el envío de un artículo indica que el(los) autor(es) certifica(n) y acepta(n): (1) que éste no ha sido publicado, ni aceptado para publicación en otra revista; (2) que no se ha reportado la publicación de una versión previa como working paper (o ‘literatura gris’) o en un sitio web, y que en caso de ser aceptada su publicación, lo retirarán de los sitios web y que allí solo dejarán el título, el resumen, las palabras clave y el hipervínculo a la Revista.
14. Al enviar los artículos para su evaluación, el(los) autor(es) acepta(n) igualmente que transferirá(n) los derechos de autor a los Cuadernos de Derecho Público, para su publicación en versión impresa y electrónica.
15. Respecto de las reseñas de la sección bibliográfica, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:
  - 15.1 El texto objeto de reseña debe caracterizarse por su novedad, carácter científico, importancia, crítica y aporte al Derecho. Estos elementos, sin ser excluyentes de otros, deben ser tenidos en cuenta por el autor para realizar la reseña en esta publicación.
  - 15.2 Las reseñas de textos se realizarán bajo la modalidad de ensayo-reseña, con el fin de realizar un aporte a los lectores que quieran acercarse a un determinado texto.
  - 15.3 El ensayo-reseña se referirá al libro escogido. El autor de la reseña deberá no solamente presentar una mención de los capítulos de los que se compone el texto, sino también aportar a los lectores un marco referencial para abordarlo.
  - 15.4 El ensayo-reseña debe mostrar las líneas de fuerza o hipótesis centrales del texto reseñado, con el fin de poder hacer la recomendación que se considere pertinente al lector.
16. Los autores cuyos artículos se publiquen recibirán tres (3) ejemplares de la revista en que resulte publicado su trabajo.