

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL
DEL DERECHO PENAL

Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial

Las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho –para el caso del Derecho Penal–, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa. En consecuencia, comete el delito de prevaricato por acción el Juez que desconoce los precedentes jurisprudenciales emanados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A. APARTES DE LA PROVIDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 106

Radicado: 39456

Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil trece (2013).

“El asunto sometido al estudio de la Corte por vía del recurso de apelación se contrae, en esencia, a establecer: *i*) si el desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte del funcionario judicial, al decidir un determinado asunto, puede llegar a configurar el delito de prevaricato y, *ii*) de ser así, si en este caso particular la decisión adoptada por el juez **Luis Manuel Castillo Mercado** al tramitar como ejecutivo un caso que debía cursar como ordinario materializó la mencionada conducta punible.

* Puede consultarse el texto en: <http://www.cortesuprema.gov.co/>

1. Antes de abordar los anteriores cuestionamientos, conviene recordar que el tipo penal de prevaricato por acción que se le atribuye al funcionario judicial **Luis Manuel Castillo Mercado** exige que la resolución, dictamen o concepto sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal sino que la contradicción con la norma debe ser de tal entidad que se advierta de modo ostensible¹.

En otras palabras, este tipo penal se encuentra constituido por tres elementos, a saber: un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; que ese funcionario profiera resolución o dictamen; y que éste sea manifiestamente contrario a la ley.

En torno a la estructura del prevaricato y cómo se establece la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte ha dicho:

“... la resolución, dictamen o concepto que es contrario 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

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 11 de enero de 2011, radicación N°. 34546.

uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles”².

2. La Sala anticipa la respuesta positiva a ambas cuestiones. Las razones son las siguientes:

2.1. Sobre el carácter vinculante del precedente. El apelante funda su argumento en que la jurisprudencia vigente carece por completo de fuerza normativa, como para que su desconocimiento injustificado pueda configurar el delito de prevaricato.

Frente a la anterior postura defensiva, la Sala de Casación Penal tiene dicho³ que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia⁴.

Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

A su turno, la coherencia del sistema constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes.

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 23 de febrero de 2006, radicación N° 23.901.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de febrero de 2012, radicación N° 34853.

⁴ *ibid.*

También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico⁵, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.

Y aun cuando es cierto que a los jueces, en virtud del principio de autonomía judicial, les corresponde determinar el contenido e interpretación de la ley, también lo es que tal principio no tiene el alcance que pretende darle el impugnante, en el sentido de que el desconocimiento del precedente vigente por parte del Juez Promiscuo **Luis Manuel Castillo Mercado**, carece de relevancia.

Ahora bien, de manera concordante con lo dicho en precedencia, no se trata de que el acatamiento del precedente se convierta en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. Por el contrario, la Corte tiene dicho⁶ que la jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que, en un momento dado, hayan podido incurrir los altos Tribunales pero, se reitera, lo cierto es que la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en varias decisiones de tutela y de constitucionalidad, siendo la sentencia hito la C-836 de 2001. Sin embargo, las conclusiones allí plasmadas no fueron del todo novedosas, pues en decisión anterior (sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, mediante la cual se analizó una demanda contra varias normas que regulan la casación en la Ley 600 de 2000) también se hizo referencia al deber de acatamiento de la jurisprudencia que, junto a la Ley y a la Constitución, se constituye en uno de los “materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho”.

En ese pronunciamiento se dijo que, además de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional (sentencia C-083 de 1995⁷), ese poder normativo

⁵ Sentencia C-836 de 2001.

⁶ Sala de Casación Penal, rad. 34853.

⁷ En esta sentencia se analizó la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1887, por la supuesta infracción de dicho precepto al artículo 230 de la Constitución Política de 1991, declarándose su apego a la Carta en razón a que lo que hace el artículo 8° es referir a las normas constitucionales como fundamento inmediato de

también se reputa de las decisiones de otras autoridades, como así se precisó en diversas providencias de la Corte Constitucional, entre ellas las decisiones T-123 de 1995, C-447 y la Sentencia de Unificación 049 de 1997. De todo lo anterior se infiere que un sistema fuerte de precedentes no riñe con nuestra tradición de tener a la ley como fuente primigenia y única de derecho, pues la disciplina de la sujeción al precedente es una forma efectiva de materializar el derecho a la igualdad.

No obstante, esta Colegiatura insiste en que es la sentencia C-836 de 2001, a través de la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896⁸, la que aborda y define la cuestión sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia de las corporaciones distintas al Tribunal Constitucional.

En dicho fallo se declaró la constitucionalidad de la norma demandada, en el entendido de que la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal 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.

Allí también quedó claro que en Colombia existe un sistema relativo de jurisprudencia, pues aun cuando los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta.

Es por lo anterior que, en determinados casos, es factible desacatar las decisiones de las altas Cortes, siempre y cuando se ponderen de manera precisa ciertos y específicos condicionamientos que no obedecen simplemente al capricho del funcionario judicial, a la mera disparidad de criterios o al obedecimiento ciego e irracional del principio de imparcialidad y autonomía judicial.

Así, entonces, se precisó que la jurisprudencia deja de ser obligatoria, siempre que el inferior funcional la encuentre irrazonable, mas no de manera inmotivada o según su fuero interno, sino a partir de la demostración y expresión de alguna de las siguientes hipótesis:

(i) Que, a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, de todas formas existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales conducen a situaciones que no resultan comparables; (ii) debido a un cambio social posterior a la primera

la sentencia, y a la jurisprudencia constitucional, lo cual constituye una exigencia razonable que garantiza la seguridad jurídica y cumple una función integradora.

⁸ “Artículo 4. 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.”

decisión, en cuyo caso el precedente resulta inadecuado para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico y (iv) en los casos de variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse.

La fuerza vinculante del precedente, el carácter normativo de la jurisprudencia por razón de su condición de fuente formal de derecho, así como el deber de sujeción de los jueces a la doctrina probable, han sido reafirmados, además, en diferentes situaciones, entre ellas, en la sentencia de unificación SU 120 de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional decidió varias acciones de tutela interpuestas precisamente contra decisiones de la Sala de Casación Laboral.

Allí se determinó que el respeto al precedente concreta el derecho a la igualdad, al tiempo que materializa los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, unidad del ordenamiento y la presunción de buena fe que pesa sobre la actuación de las autoridades judiciales, con el fin de evitar que los jueces actúen arbitrariamente y, de este modo, incurran en una vía de hecho, cuando sin razones que justifiquen su actuar desconozcan la doctrina probable al interpretar el ordenamiento jurídico.

El tema fue reiterado, además, en la sentencia C-539 de 2011, por medio de la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, precepto que ordena a las entidades públicas acoplar sus actuaciones a los precedentes judiciales que, en materia ordinaria o contenciosa administrativa por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. De esta manera se reconoció que el artículo 230 de la Constitución Política le confiere el carácter de vinculante al precedente judicial, tal y como expresamente lo dispone el artículo 241 del mismo estatuto respecto del precedente constitucional.

Más aún: es pertinente recordar que la Corte Constitucional extiende el deber de obediencia del precedente no solamente a las autoridades administrativas pertenecientes al poder ejecutivo, como en principio podría llegar a entenderse, sino que incluye el rol judicial que también implica una función de esta naturaleza, cual es la de administrar justicia.

Dicha conclusión la fundó en el artículo 230 de la Constitución Política, en cuanto refiere que los jueces solo están sometidos en sus providencias al imperio de la ley. Con apoyo en dicho precepto, concluyó, entonces, que *“la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley”*⁹.

⁹ Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011

Sin embargo, aun cuando el carácter vinculante del precedente judicial se extiende tanto a las autoridades administrativas como a las judiciales, es preciso decir que existen diferencias entre ambas funciones, pues las primeras no gozan de autonomía e independencia, como sí ocurre con las segundas.

De allí que se afirme que el precedente es, en todo caso, obligatorio para las autoridades del orden administrativo, mientras que, respecto de la función judicial, se permite a sus ejecutores apartarse del mismo, siempre que expongan razones atendibles, siguiendo las exigencias argumentativas reseñadas en precedencia.

La Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema¹⁰, reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C-836 de 2001.

En este orden de ideas, en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. La Corporación insiste, al contrario de lo que afirma el apelante, en que las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001.

En **conclusión**, es menester señalar que la modificación de la línea jurisprudencial para un caso determinado no se produce, como así ocurrió en este caso, de manera inmotivada, sino que *“el cambio en la jurisprudencia [debe estar] razonablemente justificado conforme a una ponderación de bienes jurídico en el caso particular”*.

2.2. La materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado. Queda, entonces, por constatar si en este caso el Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel, doctor **Luis Manuel Castillo Mercado**, se apartó injustificadamente de la jurisprudencia vigente y, en caso positivo, si esa discrepancia entre la ley y la jurisprudencia fue ostensible y palmaria.

¹⁰ Sentencia de segunda instancia N°. 30571 del 9 de febrero de 2009; auto 30775 del 18 de febrero de 2009; auto del 16 de abril de 2009, rad. 31115; auto del 28 de abril de 2010, rad. 33659; revisión del 19 de mayo de 2010, rad. 32310; sentencia segunda del 6 de mayo de 2010, rad. 33331; auto del 19 de septiembre de 2011, rad. 36973. Más recientemente, en sentencia de casación del 1° de febrero de 2012, rad. 34853.

Pues bien, en el caso presente, surge nítido que en ningún aparte de la decisión que se dice prevaricadora se observa que el entonces Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel hubiese argüido diferencias entre el supuesto fáctico sobre el cual en ese momento se pronunciaba y aquél que le fuera revocado en el 2004, de modo que se justificara una solución contraria a la dispuesta por la jurisprudencia vigente.

En efecto, en la decisión cuestionada se lee apenas lo siguiente:

“Juzgado Promiscuo del Circuito de Ayapel, Córdoba. Agosto 29 de 2007. En escrito que antecede la Dra. Ana Rubis Román, en nombre de Cayetana Hernández y otros, instaura demanda ejecutiva laboral en contra del municipio de Ayapel. Aporta como sustento de su petición los siguientes documentos: [...] 12° Certificación expedida por el Municipio de Ayapel, donde se acredita que a Jorge David Delgado Cuadrado no se le han cancelado sus cesantías de los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2005, [...] 20. Orden de pago N° 0098 de fecha marzo 6 de 2004, donde se liquidan las cesantías de Jorge David Delgado Cuadrado, con su registro y disponibilidad presupuestal...”

“PARA RESOLVER SE CONSIDERA. El sustento legal de la petición de mandamiento ejecutivo de pago se funda en lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dice: ‘El valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario, por cada día de retraso.’”

“Comoquiera que el sustento de la pretensión reclamada es la misma ley sustantiva que de forma diáfana y clara castiga la mora en la consignación, que de forma anual debe hacer el ente empleador, so pena de pagar de su propio peculio un día desalarlo por cada día de mora.”

“Así las cosas, la pretensión reclamada tiene sustento en la ley, por lo cual es dable librar la ejecución solicitada.”

“Por lo expuesto, este Despacho,” “RESUELVE: Primero: Librese mandamiento ejecutivo de pago, por la vía laboral de mayor cuantía, en contra del Municipio de Ayapel, para que en el término de cinco días cancele las sumas que más adelante se indicarán, a favor de los ejecutantes, conforme a lo dispuesto en la Ley 50 de 1990... 13.1 Jorge David Delgado Cuadrado, la suma de \$36.963.30, por cada día de retardo o mora en el pago o consignación de sus cesantías correspondientes al año 1999 que debía consignar a más tardar el día 15 de febrero de 2000 y hasta tanto se verifique su pago o cancelación total, la cual es de \$1.108.900...”

Ninguna alusión hizo el funcionario judicial a las razones por las que, según la doctrina constitucional ya reseñada, era procedente apartarse del precedente vigente y decidir de forma contraria a lo resuelto por su superior en 2004, cuando le revocó una decisión idéntica a esta, en donde el mismo demandante, Jorge David Delgado Cuadrado, reclamaba la misma prestación.

No existe en el auto calificado de prevaricador explicación alguna sobre una transformación social que ameritara un discurso diferente al fijado en la jurisprudencia, como tampoco la demostración de un cambio histórico que acreditara que se trataba de supuestos de hecho diferentes, menos aún que la jurisprudencia que estaba en boga y comúnmente aceptada era equivocada por ir en contravía de los valores y principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que existía una incompatibilidad axiológica entre la regla jurídica impuesta por el precedente, los derechos fundamentales y los principios en los que se funda el orden jurídico; o, en últimas, que hubo un cambio del régimen legal o constitucional que en su momento determinó la aplicación de un cierto criterio a través del precedente.

Tampoco en la providencia cuestionada obra alguna reflexión sobre la necesidad de hacer prevalecer un orden justo o el derecho material, como así lo justificó la defensa del procesado en esta actuación.

No resulta de recibo el argumento del recurrente, en el sentido de que el funcionario judicial, doctor **Castillo Mercado**, se apartó de la jurisprudencia con fundamento en las explicaciones que manifestó en su indagatoria, pues lo cierto es que el soporte de la decisión judicial debe estar contenido en ella misma y, en este caso particular, no se observa ninguna reflexión para desconocer la postura vigente y aceptada de la Alta Corte en lo laboral.

Exótico sería, por decir lo menos, además de contrapuesto al principio de razón suficiente que rige el razonamiento judicial, admitir como sustento de una providencia las explicaciones que su autor brinde *a posteriori* en una diligencia de descargos, en la que, ahora sí prevalido de los argumentos que no expresó en la decisión irregular, se enfrenta al cuestionamiento de su responsabilidad por la posible ilegalidad de dicha determinación.

Ahora bien, que de la documentación allegada al proceso laboral se desprendiera claramente la existencia de un título ejecutivo; que, en sentir de la defensa, fuera discutible que, en casos laborales como el tramitado en el año 2007, se permitiera a la administración demostrar su buena fe; o la personal lectura que hace el recurrente de una decisión del Consejo de Estado, son apenas argumentos que involucran la personal interpretación del hoy procesado, pero que en nada desestiman la palmaria ilegalidad de la determinación cuestionada, pues el precedente de la Alta Corte sobre el punto debatido en las instancias laborales era claro: la reclamación de lo adeudado, por razón de lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no se hacía a través de un proceso ejecutivo, sino de uno ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando no hay reconocimiento de la obligación.

Así lo concluyó el proceso laboral con fundamento en la ley y la jurisprudencia, sin que a la Sala de Casación Penal le sea dado constituirse

ahora en una suerte de '*tercera instancia*' laboral y, como tal, dirimir asuntos que fueron o habrán de ser resueltos en las instancias correspondientes.¹¹

Y si a lo anterior se agrega que al funcionario judicial **Castillo Mercado** su superior le había revocado una decisión en igual sentido, con ocasión de un caso idéntico y, además, que el precedente en boga que fuera injustificadamente desconocido databa de 7 años atrás, es difícil creer, como así lo pregona el impugnante, que lo hubiera podido olvidar; por el contrario, dicha circunstancia acredita lo deliberado de su comportamiento.

Dígame, además, que si acaso el hoy procesado **Luis Manuel Castillo Mercado** estimó, como Juez Promiscuo del Circuito de Ayapel, en aras de satisfacer el derecho material y hacer prevalecer un orden justo, como así lo explicó en este proceso, que en la actuación laboral existía un título ejecutivo, en los términos en que la legislación civil lo regula, así ha debido sustentarlo suficientemente en la decisión cuestionada, pues de esa manera establecía una diferenciación con los supuestos del precedente que frontal y palmariamente estaba desconociendo.

Pero, insiste la Corte, ninguna reflexión sobre ese particular, aparte de la cita textual del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se observa en la providencia cuestionada.

De igual forma, si consideraba que el caso de 2007 era distinto al de 2004, por la diferente naturaleza de los documentos que soportaban la demanda laboral, también en tal evento ha debido hacerlo explícito en la providencia, para así apartarse legítimamente de la postura vigente.

Pero, una vez más, ninguna argumentación en tal sentido existe en el auto que se califica de prevaricador.

De todo lo anterior se infiere que la trasgresión a la ley y a la jurisprudencia fue ostensible y palmaria, no solamente por la clara contrariedad entre lo decidido y la postura judicial vigente, sino porque su superior, en una ocasión anterior, le advirtió al hoy procesado que su discrepancia no era de recibo por contravenir una decisión de la Sala de Casación Laboral.

Sin duda alguna la actuación del procesado generó graves repercusiones, pues no solamente desconoció frontalmente el debido proceso, en su arista de legalidad de las formas del juicio, sino que, adicionalmente, ocasionó graves perjuicios a la administración municipal.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 16 de noviembre de 2010, radicación N°. 35109.

No se está, por tanto, frente a un funcionario judicial confundido o errado sobre la ley y la jurisprudencia vigentes, sino ante uno decidido a desconocer el tenor literal de la norma y el precedente, como finalmente lo hizo, pues en su obstinada actitud, no obstante que en un caso idéntico su superior jerárquico lo ilustró sobre el trámite que debía adoptar, se mantuvo inamovible en su terca e injustificada postura, evidentemente alejada del precedente.

Así las cosas, no se trata, pues, de una discrepancia judicial sino de un delito de prevaricato.

Por último, ningún fundamento tiene el argumento que trae el recurrente en el escrito de sustentación, en el sentido de que en la sentencia no se le atribuye a **Luis Manuel Castillo Mercado** la violación de norma alguna, pues a las claras surge que el *a quo* le atribuyó al procesado, además de la jurisprudencia vigente sobre la materia, los artículos 100 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral, en concordancia con el 448 del Código de Procedimiento Civil, los cuales desarrollan las características de las obligaciones laborales susceptibles de ser demandadas a través de un proceso ejecutivo, pues evidentemente el funcionario judicial, de manera deliberada, tramitó como ejecutivo un proceso que no tenía esa naturaleza, como así se lo imponía con claridad la ley y la jurisprudencia.

En fin, como la Sala lo anticipó, la providencia recurrida será confirmada, pues el proceso demuestra la materialidad de la conducta punible y los presupuestos de responsabilidad del procesado, sin que los argumentos defensivos permitan una conclusión diferente.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión del Tribunal Superior de Montería del 4 de junio de 2012, por medio de la cual condenó a **Luis Manuel Castillo Mercado** como autor del delito de prevaricato por acción”.

B. PRIMER COMENTARIO

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ*

“Destruído el carácter normativo del derecho, para afirmar como tal solamente el acto concretamente cumplido por el órgano jurídico, es indudable que hemos ido a parar a una tesis autoritaria, en la cual el hecho consumado se identifica con el hecho debido.

(Sebastián Soler¹)

1. Algunas necesarias precisiones. En un Estado de Derecho Social y Democrático (como lo es el colombiano, según reza la Carta Fundamental en sus arts. 1 y ss.), el principio de legalidad es una de las columnas vertebrales de ese andamiaje de organización social, que posibilita una sociedad capaz de instaurar un proceso de efectiva incorporación de los hombres, de todos los hombres, en los mecanismos de control de las decisiones, y de participación real de los mismos en los rendimientos de la producción; por eso, ese modelo de Estado, dice Elías Díaz, se edifica a partir de las siguientes exigencias fundamentales: “imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general; división de poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos antitotalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales”².

Así las cosas, dentro de ese diseño de organización social el principio de legalidad de los delitos y de las penas es el axioma máximo llamado a regir, desde la perspectiva formal, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por ello, se le llama de *legalidad*, pues establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar las conductas punibles como al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), se rige por el imperio de la ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran. Así mismo, se le denomina de *reserva*, pues, desde el punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida a la ley y el poder legislativo es el único autorizado para restringir los más elementales derechos humanos y constituirse, así, en un verdadero monopolio legislativo en la creación de la materia penal. Finalmente, se entiende de *intervención legalizada*, porque toca de lleno con

* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas por el autor dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador y del cual es su líder.

¹ SOLER, Sebastián. Fe en el Derecho y otros ensayos. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956. p. 235.

² Cfr. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1983. p. 154.

la injerencia del poder punitivo estatal, que limita y controla con miras a lograr los cometidos del Derecho Penal mismo³.

Por eso, en tratándose de las fuentes del Derecho Penal objetivo (*ius poenale*) el proceso legislativo penal es su fuente formal, directa e inmediata, y no a través de cualquier ley penal sino de una estatutaria [cfr. art. 152 lit. a) de la Const. Pol.]; no es pensable, entonces, que la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina ocupen ese lugar aunque sí son, por supuesto, fuentes materiales de primer orden⁴.

De esta manera, los pronunciamientos emitidos por los funcionarios judiciales en uso de sus competencias solo compelen al funcionario de categoría inferior y a las partes que intervienen en el proceso, de resto no revisten ningún carácter de obligatoriedad; una excepción a este principio general es la llamada *doctrina probable*, en cuya virtud tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia, cuando actúa como tribunal de casación y que versen sobre un mismo punto de derecho a condición de que sean uniformes, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos (así lo dice, con toda claridad, la Ley 169 de 1896, art. 4°); por ello, recuérdese, el art. 17 del Código Civil señala que “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas*”.

A lo anterior, añádase, las sentencias de la Corte Constitucional poseen un efecto derogatorio, dado que un pronunciamiento de ese organismo que declare contraria a la Carta Fundamental una ley, tiene como consecuencia inmediata su exclusión del orden jurídico con efectos de cosa juzgada, como lo prevé el art. 243 de la Constitución: “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”; por ello se afirma, con toda propiedad, que los tribunales constitucionales tienen un *poder legislativo negativo*, en el sentido de que pueden declarar sin vigencia una norma penal, aunque no pueden crear derecho.

Si ello es así, los fallos de la Corte no son fuente creadora del Derecho Penal pero sí son *fuentes negativas* en cuanto poseen capacidad de derogar lo que es contrario a la Carta; el asunto es tan claro en el ordenamiento vigente que la propia Constitución Política dispone en su art. 230 que “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad,*

³ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 172-173.

⁴ Idem, p. 271 y ss.

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

En fin, esto es así porque, como dice Maier para referirse al derecho argentino –también de origen continental–

...para nuestro sistema solo es posible fundar las decisiones jurídicas en la ley, por más que para entenderla o para descifrar su alcance se acuda a la aplicación práctica que ya ha tenido para casos similares, en esa rara mezcla de razonamiento jurídico y observación empírica que aplican los juristas y aun los neófitos para fundar sus decisiones. Sería para nosotros infundada una decisión que, prescindiendo de la ley y así de todo razonamiento normativo, pretenda fundar una decisión en la regla que extrae de una o varias decisiones judiciales anteriores⁵.

Por supuesto, algo que es tan claro desde la perspectiva del derecho positivo y del modelo de estado vigente en Colombia no debería suscitar ningún debate de *lege data* y los jueces, como ocurre en el presente caso, en vez de estar diseñando providencias para desconocer la Constitución se debieran dedicar a respetarla y a aplicarla.

2. La crisis del principio de legalidad. Planteamientos como los consignados en los apartes de la sentencia que se transcribe son producto de que en los Estados de Derecho contemporáneos –y Colombia no podía ser la excepción– el principio de legalidad ha hecho crisis y es objeto de múltiples ataques⁶, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal. Ceñidos a este sector del ordenamiento jurídico, debe decirse que entre los diversos fenómenos que así lo posibilitan, se pueden nombrar los siguientes:

⁵ Cfr. MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, vol. A. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 164; y añade: “es la Constitución la que define el poder jurisdiccional como poder que ejercen los jueces, su alcance y limitaciones, y, al respecto, no ha habido, ni puede haber dudas en nuestro sistema jurídico, acerca de que las sentencias de los jueces no trascienden el caso particular, ni el juez puede estar limitado en su poder por otro instrumento que no sea la ley, cuya interpretación en los casos particulares que llegan a su conocimiento se le confía, por aquello de que «los jueces están sólo subordinados a la ley», como forma de preservación del Estado de Derecho (se entiende a la ley que no lesiona la Constitución erigiendo límites de la función jurisdiccional que ella no contiene o acordando a ciertos actos jurisdiccionales alcances que ella no regula)” (p. 169).

⁶ Cfr. SARRABAYROUSE, Eugenio C. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. En MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 31; BACIGALUPO, Enrique. Sobre la Justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal. En: MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 55 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sin lege?, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1978, p. 3 y ss.

En primer lugar, es indudable que el Derecho Penal *es un producto histórico variable*, por lo cual es cambiante y se encuentra sometido a un constante proceso de desarrollo y evolución, como lo enseña la Sociología Jurídica⁷.

Así mismo, en segundo lugar, la *globalización y la integración supranacional* también inciden en la crisis que viven el Derecho Penal y el principio de legalidad⁸. Hoy, es bien sabido, se cuestiona con vehemencia el pensamiento jurídico y se afirma, incluso, el virtual agotamiento de sus patrones teóricos y analíticos como producto de que el Derecho positivo imperante no es compatible con el nuevo modelo; es más, se augura el derrumbamiento de toda la Dogmática jurídica como disciplina construida sobre ese derecho a lo largo de los años⁹.

En tercer lugar, se ha producido una evidente *tergiversación del modelo de Estado* como sucede en el ámbito colombiano gracias al trastrocamiento de las categorías conceptuales propias del Derecho Constitucional, la Teoría del Estado y el Derecho Político, porque –según ya se dijo– pese a que la Constitución diseña como modelo de organización social el propio de un Estado de Derecho social y democrático, algunos pretenden que el patrón vigente es el de un *Estado constitucional de Derecho*¹⁰.

A lo anterior, agréguese en cuarto lugar, el creciente *expansionismo penal* lo cual se observa a través de la introducción de un derecho penal máximo –por oposición a uno en situación de contracción, mínimo– de la mano de corrientes políticas autoritarias, que es presa de una notoria inflación legislativa y solo ve en el encarcelamiento la única herramienta de lucha contra la criminalidad¹¹.

⁷ Cfr. CARBONNIER, Jean. Derecho flexible. Una sociología no rigurosa del Derecho, traducción y prólogo de José Luis Díez Picazo. Madrid: Editorial Tecnos, 1974, p. 16.

⁸ Véase, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Globalización y Derecho Penal. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo Blanch, 2004, p.185 y ss.

⁹ Véase FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada, trad. de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta, 2001, p. 43.

¹⁰ No obstante, bajo el ropaje de este modelo de Estado se habla de un imprecisado “Estado social de Derecho” (por ejemplo, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El «nuevo derecho» en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: Revista de Derecho, num. 29. Bogotá: Universidad del Norte-Barranquilla, 2008, p. 292 y 306; contra ese mal entendimiento, con toda razón, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Hermenéutica constitucional y legal al rescate de la pureza del derecho, s/f, págs. 37 y ss. [en línea]. Disponible en: http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_LIBRO.pdf.) [fecha de la consulta: cuatro de junio 2013].

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 357 y ss.

Además, en quinto lugar, se observa cómo se avanza en la *construcción de un derecho penal simbólico* infestado de normas penales que no nacieron para ser aplicadas, de tal manera que los ordenamientos jurídicos terminan convertidos en los depositarios de una buena parte de la violencia emblemática que requiere toda sociedad para lograr cierta cohesión en sus prácticas y valores¹².

Es más, en sexto lugar, de la mano de lo anterior se observa una profunda *descodificación del Derecho Penal* por lo cual los Códigos Penales pierden su unidad y armonía¹³, hasta convertirse en meras compilaciones sin ningún orden y guía teóricos, como sucede con el colombiano que, a la fecha de este escrito, lleva cincuenta y dos reformas pese a sus doce años de vigencia.

A lo anterior agréguese, en séptimo lugar, la *presencia de un derecho judicial* en cuya virtud los propios jueces –sin olvidar sus logros y aciertos–, de la mano de las corrientes que se autoproclaman como herederas del mal llamado “Nuevo Derecho”¹⁴, han decidido dar múltiples saltos al vacío como se plasma en distintos pronunciamientos de los organismos encargados de administrar Justicia. Así sucede cuando proclaman el imperio de institutos como la imprescriptibilidad de la acción penal; aplican de forma retroactiva la ley penal en desfavor del reo; afirman la constitucionalidad de los tipos penales indeterminados; claman por la conformidad con la Carta Fundamental de penas privativas de la libertad de muy larga duración; postulan la aplicación directa de los tratados internacionales sin que pasen por el tamiz del Congreso de la República ni sean desarrollados por las leyes; introducen, en contra del articulado de la Carta Fundamental, la responsabilidad penal de las personas jurídicas; implantan consideraciones de tipo peligrósista, propias de un Derecho penal de autor, en contravía de uno de acto, al pregonar institutos como la reincidencia; desconocen elementales principios en materia de la valoración de los medios de prueba como el testimonio, para darle credibilidad a los integrantes de los llamados “carteles de testigos”; repudian el debido proceso para hacer de este supremo axioma un cajón de sastre donde se resguardan todas las iniquidades; reniegan de la Constitución cuando, en su art. 152, prevé que la expedición y las reformas a la ley penal sustantiva, procesal y de ejecución, se deben hacer por la vía de la ley estatutaria; etc., etc.

¹² Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho Penal simbólico y efectos de la pena, en AA. VV.: Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 147 y ss.

¹³ Cfr. PASTOR, Daniel R. Recodificación penal y principio de reserva de código. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 253; sent. C-129 de 30 de marzo 1995.

¹⁴ Cfr. GARCÍA JARAMILLO, El “nuevo derecho” en Colombia, Op. cit., p. 302 y 305: “En el paradigma neoconstitucional, el juez se vuelve el factor principal en la ecuación jurídica, pues son los mecanismos jurisdiccionales los encargados de garantizar los postulados constitucionales”.

A todos los fenómenos anteriores se debe agregar, en octavo lugar, la *ausencia de una teoría de la legislación*, lo que posibilita el crecimiento sin control de una actividad legiferante no sometida a ninguna regla ni principio, que se torna en una verdadera “selva legislativa”¹⁵ –incluidos los residuos no desechados– que nadie conoce, interpreta y es capaz de aplicar.

Adicional a lo ya dicho, en noveno lugar, se observa un marcado *desorden en la interpretación y aplicación de la ley penal*, como producto de la falta de preparación de muchos Jueces –¡ahora, en medio del culto los sistemas, se les llama “operadores judiciales”!– quienes no solo muestran en su quehacer cotidiano una armazón teórica y humanista muy deficientes, sino que no están en condiciones de interpretar y aplicar a cabalidad la herramienta que administran; en lugar de una buena armazón académica, pues, opera la intuición y con ella la inseguridad jurídica.

En fin, a todo ello súmense en décimo lugar *la incultura ciudadana, la ausencia de Estado y la justicia privada*, fruto de que en países como éste abundan el irrespeto por el Derecho y la cultura de la legalidad, a lo cual se suman la ausencia de Estado en grandes zonas de la geografía nacional y las plurales manifestaciones de la Justicia privada –piénsese, por ejemplo, en las llamadas “justicias paralelas” ejercidas por grupos guerrilleros, paramilitares, de limpieza social o bandas criminales, etc.–, que potencian el retorno a las épocas más primitivas del Derecho Penal. Esto sin olvidar las formas clandestinas de administrar justicia penal, el llamado “Derecho Penal subterráneo”¹⁶, fruto del ejercicio de un control social no institucionalizado o parainstitucional, efectuado a través de conductas ilícitas¹⁷.

3. La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal y la obligatoriedad (¡relativa!) de los precedentes judiciales. En el contexto anterior, entonces, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la reciente decisión aquí inserta –que no es aislada y se edifica en torno a pronunciamientos anteriores del mismo organismo¹⁸ y de la propia Corte

¹⁵ Así SARRABAYROUSE. Op. cit., p. 36.

¹⁶ Sobre ello, LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Política criminal del estado en Colombia. *En: De jure-Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* No. 9, julio-diciembre de 2007. O Belo Horizonte, 2007, p. 15.

¹⁷ Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 15.

¹⁸ Por ejemplo, la misma providencia cita la sent. del 1° de febrero de 2012, radicado: N°. 34853, emitido por la Sala que, en tratándose de un caso de tráfico de drogas ilícitas, se ocupa del tema, para afirmar –como lo dice el proveído en comentario–: “*En este orden de ideas, resulta claro y en la actualidad es difícilmente sostenible a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. Sin duda las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico, naturaleza que la dota de fuerza*

Constitucional¹⁹, aunque no con los alcances de ahora— pretende que la jurisprudencia emitida por ella es fuente formal del Derecho Penal; se trata, sin duda, no solo de un crudo y gravísimo ataque contra el principio de legalidad de los delitos y de las penas sino de una grave estocada propinada a la Constitución, que no pueden pasar desapercibidos.

El golpe de mano dado a la Constitución, por más rebuscadas que sean las explicaciones para desconocer el texto del art. 230, es apenas evidente: si la Carta Fundamental dice que “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*” y que “*la jurisprudencia*” apenas constituye un “*criterio auxiliar de la actividad judicial*”, no se necesitan muchos razonamientos para concluir que en la cúspide de todo el orden jurídico está –y solo él– el principio de legalidad. El argumento que emite la Sala de Casación Penal en sentido diverso²⁰ es, a todas luces, sofisticado: “... *el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia*”. ¡La ley, pues, no es la jurisprudencia, y solo una manera indebida de razonar –contraria a los mandatos de la lógica– puede pretender que lo que no es “ley” se vuelva “ley”!²¹

Por eso, no son aceptables desde la perspectiva de un Derecho Penal liberal que hunde sus raíces en el legado de occidente –de un Derecho Penal asentado en los principios democráticos–, afirmaciones como aquella según

vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001”. También: sent. de nueve de febrero de 2009, radicado: 30571; sent. de seis de mayo de 2010, radicado: 33331; Sent. de revisión del 19 de mayo de 2010, radicado: 32310; Auto del 18 de febrero de 2009, radicado: 30775; Auto del 16 de abril de 2009, radicado: 31115; Auto del 28 de abril de 2010, radicado: 33659; y Auto del 19 de septiembre de 2011, radicado: 36973.

¹⁹ Antecedentes que deben ser tenidos en cuenta son, entre otros: sents. C-131 de 1993, C-083 de 1995, T-123 de 1995, SU-049 de 1997, C-447 de 1997, C- 252 de 2001, C-836 de 2001 –que, al violentar el texto claro del art. 230 de la Constitución, pretende que la jurisprudencia es “precedente judicial obligatorio”–, SU-120 de 2003; C-539 de 2011 y la ya citada C-634 de 2011, esta última decisión se ocupa del asunto para declarar constitucional el art. 10 de la Ley 1437 de 2011, en materia de derecho administrativo, que regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

²⁰ Al efecto, se apoya en la sent. C-836 de 2001.

²¹ Sobre ello, BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. En: Revista Derecho del Estado N°. 21, diciembre de 2008, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 81 y ss. Este autor, no obstante, saluda con simpatía (p. 93 y ss.) y legitima este “cambio” a pesar de que advierte que el derecho vigente en Colombia es el propio de un “sistema de derecho continental”.

la cual “... en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo”; y no lo es, porque, que se sepa, Colombia todavía no se ha dado un modelo de Estado que se compadezca con el propio de los países anglosajones ni en nuestro país –por más que así se desee– rige ese derecho; es más, tampoco es cierto que el precedente judicial sea aquí obligatorio (¡aunque para matizar se dice que no lo es en sentido “absoluto”!) y que la técnica que él supone pueda sustituir, reemplazar y, mucho menos, derogar el principio de legalidad. En fin, como recuerda Castillo Alva, para referirse a un ordenamiento hermano: “el valor y uso del precedente está en función de que se respeten los alcances del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, el cual eleva al principio de legalidad en pilar fundamental del mismo”²².

4. La nueva acuñación del tipo penal de prevaricato. Sin embargo, la dificultad de este tipo de decisiones no se queda solo en el discurso inconstitucional que las acompaña –que, por supuesto, se puede defender de *lege ferenda* pero no de *lege data*–, sino que desencadena efectos prácticos de proporciones. En efecto, pese a que la Sala se cuida de citar algunas providencias en las que se señalan los alcances del delito de prevaricato, la verdad es que a partir de este pronunciamiento –aunque el asunto había sido debatido por la Corte Constitucional, con unos alcances bien distintos²³– la conducta punible en examen ya no se estructura cuando un sujeto activo calificado, para el caso un juez de la República, “profiera resolución, dictamen o concepto **manifiestamente contrario [sic] a la ley**” (cfr. art. 413 del C. P.), sino cuando esa decisión no se ajuste a los dictados de la “jurisprudencia”, esto es, la decisión que redacte el juez de turno con sus amanuenses, no importa si ella es contraria o no al orden jurídico, porque con ese punto de partida ya

²² Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. “El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho Peruano, p. 18. [en línea]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf. [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

²³ Cfr. Sent. C-335 de 2008 que declaró exequible el art. 413 del C. P.; en cual se dijo: “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 aquellas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general” (subrayas y cursivas añadidas); no obstante, advierte: “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 aquella se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”; se acuña, pues, el prevaricato cuando se desconocen “precedentes constitucionales”, con el argumento —no cierto desde la perspectiva constitucional— de que el sistema de fuentes ha cambiado en el ordenamiento colombiano.

nada lo es; todo, pues, “se ajusta” a la Constitución bajo los dictados del “Nuevo Derecho”.

Dicho de otra manera: resulta arbitrario y caprichoso que a un funcionario adscrito a la Justicia se le condene porque “... la trasgresión a la ley y a la jurisprudencia fue ostensible y palmaria, no solamente por la clara contrariedad entre lo decidido y la postura judicial vigente, sino porque su superior, en una ocasión anterior, le advirtió al hoy procesado que su discrepancia no era de recibo por contravenir una decisión de la Sala de Casación Laboral” y no porque, con su decisión, violentó de forma manifiesta la ley como debió decirse si es que ello se encontraba plenamente comprobado; bien recuerda Sebastián Soler: “Y lo que ocurre con el ciudadano pasa también con el magistrado que aplica la ley en un caso concreto. Este puede de hecho, así como puede el delincuente, poner su propia escala de valores y apoyarla en un plano que no coincida con el de la valoración objetiva de la norma. Esto es lo que constituye para nosotros el prevaricato”²⁴.

En otras palabras: la decisión expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –¡que ni siquiera actúa como tribunal en sede de casación para poder invocar la *doctrina probable*²⁵!– no solo desconoce las bases sentadas por la propia Corte Constitucional –que también, de forma contraria a la Ley Fundamental del Estado²⁶, fabricó su propia concepción del delito de prevaricato por desconocimiento de sus precedentes al suplantarse al legislador– cuando se ocupó de la conformidad o no del art. 413 con la Carta Fundamental²⁷, sino que tira por la borda más de cien años de evolución de la jurisprudencia en materia de prevaricato.

²⁴ SOLER, Op. cit., p. 212.

²⁵ Recuérdese que, según el art. 4º de la ley 169 de 1896, este instituto supone la existencia de tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho cuando ella actúa como tribunal de casación, y los jueces podrán –¡no están obligados!– aplicarla en casos análogos.

²⁶ Esta decisión ha sido duramente cuestionada por MARRUGO NÚÑEZ, Nubia Mildreth. Argumentación y observancia del precedente jurisprudencial. En: *Advocatus*, Edición especial No. 19. Barranquilla: Universidad Libre Seccional, 2012, p. 193, quien afirma: “... es un total desatino por parte de la Corte, pues, desconoce la libertad de pensamiento, la independencia que se profesa de nuestros juzgadores, la dinámica de la sociedad que precisamente se encuentra protegida por los criterios auxiliares del Derecho, pero que en todo momento están limitados por nuestra ley, que igual es creada por los representantes del pueblo, no por precedentes que atienden a un momento histórico determinado ni a un estadio perenne de la sociedad”.

²⁷ Dice en la citada Sent. C-335 de 2008: “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”.

5. *La necesidad de darle coherencia al sistema.* Además, es necesario referirse a una de las consideraciones que la providencia invoca para reivindicar la “fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes”, como si se tratara del sistema vigente en Inglaterra y en los Estados Unidos²⁸, en atención a que con ello garantiza “la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos”. Desde luego, esa es una de las ventajas del precedente judicial donde la organización social y política lo tolera, pero para que en un país como Colombia –que, se repite, no lo admite en su ordenamiento– se pueda hablar de la coherencia del sistema penal sería necesario contar con jueces altamente calificados, con una gran formación en el ámbito del Derecho Penal; esto es, se requerirían tribunales que jalonaran un sistema del Derecho Penal construido a partir de las elaboraciones propias de la Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Penal y no con base en la intuición, las veleidades o la corriente de moda, como ahora sucede.

Eso no es posible porque los mismos jueces que ahora se autoproclaman los supremos legisladores –¡cual Solón en Atenas!– fomentan la inseguridad jurídica y el caos institucional y se han dejado llevar por el irracionalismo, la improvisación y el facilismo; han caído en lo que Ferrajoli denomina “el Decisionismo judicial”²⁹. Así las cosas, pretender legitimar semejante exabrupto en la necesidad de darle “coherencia” al sistema –algo que nadie niega se requiere– no deja de ser un ejercicio sofisticado porque quienes lo invocan hacen de todo, menos construirlo. En tales condiciones, pues, no es posible decir con Bacigalupo, cuando mira las relaciones entre la doctrina y la jurisprudencia, que a futuro “... será deseable que la función de la Ciencia del Derecho no se limite a la crítica del legislador y que también asuma la tarea de discutir, con criterios científicos, las soluciones de los tribunales, apoyándolos, rechazándolos, o proponiendo alternativas a las mismas”³⁰, porque aquí todo diálogo se cierra.

²⁸ Véase CROSS, Rupert/HARRIS, James W. El precedente en el Derecho inglés, traducción de María Angélica Pulido. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 23 y ss., 195 y ss.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 43.

³⁰ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? En: RECO, Luís/MARTINS, Antonio (Organizadores). DIREITO PENAL COMO CRÍTICA DA PENA. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons-Ediciones do Brasil, 2012, p. 19.

6. La pretextada confianza de la comunidad. También, requiere ser examinada la aseveración de muy dudosos tintes ideológicos según la cual esa “coherencia del sistema” “constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes”.

Por supuesto, si no hay sistema –y los máximos tribunales de justicia colombianos son los mejores ejemplos de que ello no es posible–, la afirmación subsiguiente, en el sentido de que el mismo es uno de los presupuestos del principio de confianza, también se derrumba como un castillo de naipes porque ocurre todo lo contrario: sin sistema no hay confianza y los asociados terminan por recelar de sus jueces, algunos más dedicados a las actividades publicitarias que a administrar verdadera justicia; lo que se ha destruido en Colombia y a ello contribuye en grado notable esta decisión y las que le secundan, es la seguridad jurídica, entendida con Hans Kelsen como el hecho de que “las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento”³¹.

Ahora las decisiones jurídicas, para recordar a Gimbernat Ordeig, son cuestión de pura lotería y no sabemos qué papel cumple la Dogmática Jurídico-penal; por eso, no está de más recordar aquí sus brillantes palabras: “La dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”³².

7. El impedir la discrecionalidad del juez inferior. Otro de los argumentos que se expone para edificar –¡cual caballo de Troya como artilugio para introducirse

³¹ Cfr. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, 2ª edición, trad. de Roberto Vernengo. México: Editorial Porrúa, 1991, p. 260.

³² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 158.

en la ciudad fortificada!– el carácter de fuente formal de la jurisprudencia en materia penal, es aquel según el cual *“Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida”*.

Por supuesto, se trata de una afirmación también fatua porque si lo que se pretende con la erección de un sistema de precedente judicial es apuntalar la falta de discreción de los funcionarios inferiores, ante la ausencia de éste lo que termina por imponerse es el capricho y la arbitrariedad; el decisionismo judicial del que –dice FERRAJOLI– equivale a la “arbitrariedad de los jueces y de los criterios sustanciales subjetivamente considerados por ellos en la identificación de los presupuestos de la pena: y tanto si aquélla procede del carácter indeterminado y lo valorativo de la definición legal de la desviación, como si, en cambio, proviene del carácter incontrolado de su comprobación judicial”³³.

En otras palabras, el instrumento diseñado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema –que, sin duda, tiene en este contexto una marcada vocación autoritaria– solo sirve para acallar a los subordinados e imponerles el capricho judicial; es, de nuevo, arbitrario, y se lleva de calle todo el ordenamiento jurídico; ninguna “autonomía e independencia judicial” es posible garantizar cuando quien detenta el poder azuza con el látigo del prevaricato y, por consiguiente, con el fuste de la cárcel, a quien no cumpla con sus amenazas. Esto es, una manera velada de criminalizar al opositor; un mecanismo puesto en escena a lo largo de los últimos años en Colombia que, además, rememora terribles experiencias vividas en otros períodos de la historia reciente³⁴.

8. El gobierno o el derecho de los jueces. Todo apunta, pues, a que los máximos jueces colombianos –y no solo mediante la sentencia objeto de comentario, porque el asunto data de poco más de veinte años desde que la Corte Constitucional y, con ella, los altos tribunales de Justicia se desbocaron cual briosos corceles sin rienda ni control alguno– han construido, de forma lenta pero segura, a punta de “jurisprudencias”, y ahora de amenazantes prevaricatos, un verdadero “gobierno de los jueces”³⁵ o un “derecho de los jueces”³⁶. Dicho de otra manera: los vientos de cambio y de renovación que

³³ Cfr. FERRAJOLI, Derecho y Razón, Op. cit., p. 46.

³⁴ Recuérdese, por ejemplo, lo sucedido durante el régimen nazi. Cfr. MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror, traducción de Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009, p. 130.

³⁵ La expresión es utilizada por LAMBERT, Edouard. El gobierno de los jueces, traducción de Félix de la Fuente y Estudio Preliminar de Luis Pomed. Madrid: Tecnos, 2010.

³⁶ Esta denominación la emplea, con hondo sentido autoritario y al proclamar un “Nuevo Derecho”, LÓPEZ MEDINA, Diego: El Derecho de los Jueces. Bogotá:

se auguraban con la Constitución de 1991 han terminado por dar lugar a una “constitución judicial” que es manejada por los jueces de turno a su antojo, quienes criminalizan a sus inferiores, a la oposición, al Ejecutivo y al Legislativo –aunque también estos últimos bastiones del poder público, a lo largo de los últimos años, han dado ejemplos aberrantes de desconocimiento del Estado de Derecho, el más reciente de los cuales es el “entierro” de tercera clase y de espaldas a la Carta Fundamental que se le dio a la Reforma a la Administración de Justicia, bajo la égida del Presidente de la República (quien, a propósito, todavía no responde ante los tribunales por las posibles infracciones a la ley penal en que pudo haber incurrido), que había sido “negociada” con los jueces de turno³⁷–, cuando no se pliegan a sus dictados. Las palabras del Obispo Hoadley, recordadas por Lambert, son bien dicentes: “cuando uno tiene autoridad absoluta para interpretar leyes escritas u orales, él es en realidad el legislador en todos los sentidos y a todos los efectos, y no la persona que las ha escrito o dictado”³⁸.

2. Conclusión. Muy grave es lo que hoy sucede en Colombia desde el punto de vista institucional si se tiene en cuenta que el Estado de Derecho Social y Democrático diseñado por el constituyente de 1991, como un instrumento para posibilitar una sociedad mejor, yace moribundo a los pies de los jueces quienes no solo olvidan que la obediencia de ellos al derecho es necesaria, sino que “constituye una lección ejemplificadora y decisiva para los demás poderes públicos y los ciudadanos, pues no podrían exigir el cumplimiento de las leyes, imponer sanciones o adoptar otras medidas, si es que primero ellos no las cumplen, de manera adecuada”³⁹.

El caso decidido por la Sala de Casación Penal como Juez de segunda instancia es una muestra de ello: al juez promiscuo imputado se le condena como prevaricador no por desconocer de forma manifiesta el orden jurídico, sino los “obligatorios” precedentes judiciales, sin que nadie sepa de donde derivan esa supuesta fuerza vinculante; para decirlo en otras palabras:

Editorial Legis, 2001; 2ª. edición, Bogotá, Editorial Legis/Universidad de los Andes, 2006, quien reniega del derecho escrito y, por supuesto, del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Para una crítica radical de esa postura –una de las responsables en el plano teórico del actual desbarajuste institucional–, véase: TAMAYO JARAMILLO, Javier. El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *En*: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36 No. 105, julio-diciembre de 2006. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006, p. 361 y ss.; TAMAYO JARAMILLO, Javier. Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial –extracto adoptado y adicionado de la obra “La decisión judicial”. Medellín: Diké, 2013, p. 53 y ss.

³⁷ Cfr. SEMANA. Reforma a la Justicia: todos quedaron mal. Revista Digital Semana, 23 de junio de 2012. [En línea]. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/reforma-justicia-todos-quedaron-mal/259994-3> [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

³⁸ LAMBERT, Op. cit., p. 69.

³⁹ CASTILLO ALVA, Op. cit. p. 3.

“el principio *nullum crimen sine lege* queda confundido con el principio *nullus iudex sine lege*. Para que haya sentencia, basta que haya juez”⁴⁰. ¡Es la sinrazón, la arbitrariedad, el atropello...!

10. Bibliografía. Los textos que se pueden consultar son los siguientes:

ARCOS RAMÍREZ, Federico. La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho: de la previsibilidad a la argumentación. En: Anuario de Filosofía del Derecho, No. 19, 2002. Madrid: Ministerio de Justicia, 2002, p. 191 y ss.

BACIGALUPO, Enrique. Sobre la Justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal. En: MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 55 y ss.

----- ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? En: GRECO, Luís/MARTINS, Antonio (Organizadores). DIREITO PENAL COMO CRÍTICA DA PENA. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons-Edições do Brasil, 2012, p. 13 y ss.

BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. En: Revista Derecho del Estado N°. 21, diciembre de 2008, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 81 y ss.

CALAMANDREI, Piero. Fe en el Derecho, traducción y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CARBONNIER, Jean. Derecho flexible. Una sociología no rigurosa del Derecho, traducción y prólogo de José Luis Díez Picazo. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

CASTILLO ALVA, José Luis. El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho Peruano. [En línea]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf. [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-049 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-447 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 252 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-120 de 2003.

⁴⁰ SOLER, Fe en el Derecho, Op. cit., p. 239.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335 de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634 de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 1º de febrero de 2012, radicado: N°. 34853.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de nueve de febrero de 2009, radicado: 30571.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de seis de mayo de 2010, radicado: 33331.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de revisión del 19 de mayo de 2010, radicado: 32310.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 18 de febrero de 2009, radicado: 30775.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 16 de abril de 2009, radicado: 31115.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 28 de abril de 2010, radicado: 33659.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 19 de septiembre de 2011, radicado: 36973.

CROSS, Rupert/HARRIS, James W. El precedente en el Derecho inglés, traducción de María Angélica Pulido. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1983.

------. Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático. Madrid: Civitas, 1978.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho Penal simbólico y efectos de la pena. En: AA. VV.: Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 147 y ss.

------. La Política Criminal en la encrucijada. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2007.

FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada, trad. de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores. Madrid: Trotta, 1995.

------. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El “nuevo derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: Revista de Derecho, num. 29. Bogotá: Universidad del Norte-Barranquilla, 2008, p. 289-330.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, 2ª edición, trad. de Roberto Vernengo. México: Editorial Porrúa, 1991.

LAMBERT, Edouard. El gobierno de los jueces, traducción de Félix de la Fuente y Estudio Preliminar de Luis Pomed. Madrid: Tecnos, 2010.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Política criminal del estado en Colombia. En: De jure-Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, No. 9, julio-diciembre de 2007. Belo Horizonte, 2007, p. 13 y ss.

LÓPEZ MEDINA, Diego: Bogotá: Editorial Legis/Universidad de los Andes, séptima reimpresión, 2009

----- . 2ª. edición. Bogotá: Editorial Legis/Universidad de los Andes, 2006.

----- . 1ª. edición. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Editorial Legis, 2001.

MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, vol. A. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

MARRUGO NÚÑEZ, Nubia Mildreth. Argumentación y observancia del precedente jurisprudencial. En: *Advocatus*, Edición especial No. 19. Barranquilla: Universidad Libre Seccional, 2012, p. 189 y ss.

MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012.

MORENO ORTIZ, Luis Javier/LOZANO MARTÍNEZ, Carlos Enrique. Fuero y desafueros. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2011, con prólogo de Fernando Velásquez Velásquez.

MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror, traducción de Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009.

PALAZZO, Franceso. La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regla iuris*, trad. de Irene Sánchez Melero y Susana Barón Quintero. En: Revista Penal, num. 25, p. 104 y ss. [En línea]. Disponible en: www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/.../3 [fecha de la consulta: quince de junio de 2013].

PASTOR, Daniel R. Recodificación penal y principio de reserva de código. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

SEMANA. Reforma a la Justicia: todos quedaron mal. Revista Digital Semana, 23 de junio de 2012. [En línea]. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/>

articulo/reforma-justicia-todos-quedaron-mal/259994-3 [fecha de la consulta: diez de junio de 2013].

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. Legalidad (principio de) Derecho Penal. En: Nueva Enciclopedia Jurídica, t. XIV. Barcelona: Seix, 1971, p. 882 y ss.

SARRABAYROUSE, Eugenio C. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. En: MONTIEL, Juan Pablo (Editor). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 31 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd. Nulla poena sin lege? Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1978.

SOLER, Sebastián. Fe en el Derecho y otros ensayos. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Hermenéutica constitucional y legal al rescate de la pureza del derecho, s/f, págs. 37 y ss. [En línea]. Disponible en: http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JT/T1_JT_LIBRO.pdf.) [fecha de la consulta: cuatro de junio 2013].

------. El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 36 No. 105, julio-diciembre de 2006. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2006, p. 361 y ss.

------. Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial –extracto adoptado y adicionado de la obra “La decisión judicial”–. Medellín: Diké, 2013.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. El principio de legalidad jurídico-penal. En: NFP, núm. 32. Bogotá: Temis, 1986, p. 252 y ss.

------.Derecho Penal, Parte General, dos tomos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

------. La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. En: Cuadernos de Derecho Penal No. 7. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2012, p. 91 y ss.

------. Globalización y Derecho Penal. En: El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation/Tirant lo Blanch, 2004, p. 185 y ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, trad. de Marina Gascón. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997.

C. SEGUNDO COMENTARIO

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ*.

“El derecho ha venido perdiendo, cada vez más, su doble función, de certeza y de justicia”

(Francesco Carnelutti¹)

1. *El derecho al disenso.* Como si se tratara de una verdad absoluta, sobre la cual nadie osaría disentir, la sentencia objeto de este comentario autocalifica su pensamiento de la siguiente manera: *“En este orden de ideas, **en la actualidad es difícilmente sostenible**, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, **afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo**”* (resaltado fuera del texto). Es decir, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se arroga la facultad de determinar sobre qué se puede y sobre qué no se puede discutir en el ámbito del Derecho Penal.

Ahora bien, sin ser poseedores de la verdad absoluta, como es apenas natural, este comentario se propone sentar algunas bases que permitan avivar el debate y recordar que el Derecho Penal ha recorrido un largo camino en el cual la discusión y la reflexión han sido pilares de su fructífera evolución; por ello, considerar que es difícilmente sostenible, *afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho* equivale a silenciar la disputa y dar por sentados, como verdades infranqueables, argumentos jurídicos que son, claramente, más que discutibles.

2. *El principio de legalidad.* Este apotegma, al lado del principio de no retroactividad –en realidad una derivación del primero–, se constituyen en los baluartes de un derecho penal en función de la libertad del individuo², se trata, como se ha dicho, de una garantía para los ciudadanos³. Desde luego, el primer contenido del principio de legalidad es producto de la reserva de ley en materia penal, esto es, de la unificación de las fuentes normativas penales en manos del poder legislativo⁴.

* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas por el autor dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador.

¹ CARNELUTTI, Francesco. La morte del diritto. En: BALLADORE, Giorgio *et al.* La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, Padova, 1953, p. 177.

² BETTIOL Giuseppe. Aspetti politici del diritto penale contemporaneo. Palermo: G. Priulla Editore, 1953, p. 40.

³ ANTOLISEI, Francesco. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Quinta edizione, Milano: Giuffrè, 1963, p. 43.

⁴ BRICOLA, Francesco/ZAGREBELSKI, Vladimiro. Codice Penale, Parte Generale, Vol I, 2ª Ed. Torino: UTET, 1996, p. 17.

Este aserto lo confirma el art. 29 de la Carta Política, según la cual “*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*”. Así, entonces, resulta que el principio de legalidad no solo está constitucionalizado con respecto al hecho, sino, además, en relación con la pena.

De esta manera, la constitucionalización del principio de legalidad es un paso importante hacia su efectividad⁵; así mismo, como corolario de lo anterior, encontramos la constitucionalidad del principio de taxatividad con la expresión contenida en el art. 28 del Texto Superior, según el cual, la pérdida de la libertad está sujeta a un “*motivo previamente definido en la Ley.*” De modo que la definición previa en la ley alude a la claridad con que deben ser redactadas las normas penales.

A este respecto, es evidente que el proceso legislativo es el acto por excelencia de producción de las normas penales. La ley, pues, busca ofrecer las garantías requeridas para la tutela de los bienes e intereses sobre los cuales inciden las normas penales⁶. De esta manera, un derecho penal de la libertad no puede renunciar a la conquista civil del *nullum crimen nulla poena sine lege*⁷.

3. Las fuentes del Derecho Penal objetivo. El concepto de fuentes del derecho alude a determinar cuáles son los actos creadores del derecho⁸; históricamente, son un reflejo de determinada época: por ejemplo, en el periodo absolutista el poder emanaba del soberano, en consecuencia la diferenciación de las fuentes no era más que una reflexión de índole teórico. Luego, con la Revolución Francesa, los principios garantísticos del iluminismo jurídico se manifestaron en el triunfo político de la ley como fuente única y privilegiada en los países de tradición democrática liberal, de suerte que los principios en esta materia se manifestaron en la fuente legislativa⁹.

Ahora bien, si las fuentes del derecho son mecanismos que un determinado ordenamiento legítima para producir el Derecho Penal¹⁰, la pregunta es:

⁵ VINCIGUERRA, Sergio. *Diritto Penale Italiano*, Vol. I, 2ª Ed. Padova: CEDAM, 2009. pág. 85.

⁶ *Ibidem*, p. 83.

⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. 7ª Ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 12.

⁸ AZARA, Antonio/EULA, Ernesto (Directores). *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, p. 525.

⁹ PALAZZO, Francesco. *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, 2ª Ed. Torino: G. Giappichelli Ed. 2006, p. 91.

¹⁰ *Ibid.*, p. 90.

¿dónde se disciplina esta materia? Sin duda, es un problema de talante constitucional, cuya solución se encuentra en la Carta Política¹¹.

En esta línea de argumentación, emergen dos interrogantes de carácter político y jurídico: por un lado, cuál es la autoridad política legitimada para emanar las normas penales y, por la otra, cuál tipo de acto debe ser el contenedor de las normas jurídicas¹².

Al respecto, es claro que la única autoridad política que está legitimada para emanar las normas penales es el Congreso de la República y el acto contenedor de dichas normas se concreta en el proceso legislativo penal, a partir de la cual la ley se erige en la única fuente formal, directa e inmediata del Derecho Penal objetivo¹³.

Si la situación es así, como lo establece la Constitución, ¿por qué tendríamos que ocuparnos de esta materia?

4. La crisis en las fuentes del Derecho Penal. La expresión crisis, a primera vista, tiene más valor emocional que lógico; desde luego, cuando se habla de esa idea se alude a un periodo difícil pero que pasará; por ello, en la crisis está implícita, también, la idea de esperanza¹⁴.

Igualmente, se dice que la crisis de un sistema se expresa cuando en un momento de su vida, al estar sometido al máximo esfuerzo, logra descubrir su valor¹⁵. O, incluso, el uso común y corriente de la palabra, tiene algo de resolutivo: una ilusión que se desvanece, una verdad que se conquista, tal como nosotros los juristas –dice Carnelutti–, pobres ilusos, necesitamos¹⁶.

Ahora bien, de cara al estado de la cuestión que se debate, se puede evidenciar algo de cada uno de los significados de crisis decantados: de una parte, se trata de un periodo difícil aquel en el cual el principio de legalidad está en juego¹⁷; por otra parte, el máximo esfuerzo al que está sometido este apotegma, logrará, tal vez, recobrar su valor; y, finalmente, deja algo para

¹¹ Ibid., p. 91.

¹² VINCIGUERRA, Op. cit. p. 83.

¹³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 172-173.

¹⁴ CAPOGRASSI, Giuseppe. L'ambiguetà del diritto contemporaneo. En: BALLADORE, Giorgio et al. La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953, p. 13.

¹⁵ CARNELUTTI, Op. cit., p. 183.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Entre las causas de la crisis del principio de legalidad encontramos la jurisprudencia y su continua tendencia de corregir interpretativamente los supuestos errores de las leyes, no sólo con el fin de adaptar la ley a "la justa decisión del caso concreto", sino a sobreponer al legislador una visión alternativa entendida más razonable y correcta. RONCO, Mauro. La Legge Penale. 2 ed. Torino: Ed. Zanichelli Editore, 2010, p. 22.

los ilusos que creemos en el principio de legalidad como una verdadera conquista a la cual no se puede renunciar.

5. La (in)coherencia del sistema: los artículos 28, 29 y 230 de la Carta Política. El problema jurídico central de la decisión que se comenta radica en la interpretación aislada del art. 230 de la Constitución, que establece el sistema de fuentes de la siguiente manera: “Los jueces, en sus providencias, solo 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*”.

No obstante la claridad del sistema de fuentes diseñado por la Constitución, la Sala de Casación Penal entiende que el “*artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez solo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros*”. Visto el problema más allá del artículo 230, concretamente, a partir de una interpretación sistemática, se vislumbra el derrumbamiento de dicha tesis sin mayores esfuerzos.

Tal y como quedó consignado en la providencia en comento, la expresión “ley” alude a *todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros*. Pues bien, mirado el asunto de cara a otras normas constitucionales, la interpretación que propone la jurisprudencia de la palabra “ley” resulta inadmisibles.

En primer lugar, encontramos el art. 28 del Texto Superior. Como se sabe, esta norma alude al derecho a la libertad; al respecto, señala que nadie puede ser detenido sino “*por motivo previamente definido en la ley*” (resaltado fuera del texto). Ahora bien, ¿cómo debe entenderse la expresión “ley” contenida en el art. 28?

La tesis de la Ley como ordenamiento jurídico, que es la pregonada por la Sala de Casación Penal en su análisis del art. 230 de la Carta Política, lleva a la conclusión según la cual se podría privar a las personas de la libertad por virtud de la costumbre, las convenciones colectivas o la misma jurisprudencia (que son parte del ordenamiento jurídico y fuente formal del derecho). Desde luego, si se quiere ser coherente y no ahogarse en el mar de las contradicciones, quienes entienden la ley como ordenamiento jurídico, tendrían que aceptar, al mismo tiempo, que se puede privar a una persona de la libertad con fundamento en cualquier acto que haga parte del ordenamiento jurídico. Lo contrario, esto es, interpretar la expresión “ley” en su sentido formal, demostraría la falta de coherencia de la tesis propuesta.

Es más, en cuanto a la coherencia del sistema, en la sentencia objeto de debate se afirma que ésta “*constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido*

material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes". Desde luego, si se quiere salvar la defendida coherencia a partir del entendimiento de la expresión "ley" como ordenamiento jurídico, ésta debería ser interpretada "por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes"; bajo esta perspectiva, tendrían que aceptar lo inaceptable: que el art. 28 de la Constitución autoriza la privación de libertad "por motivo previamente definido en la **ley**" entendida ésta como ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ese motivo podría ser definido por la costumbre o por la jurisprudencia, entre otros. Frente a esto, por supuesto, dirán que en el artículo 28 la expresión "ley" tiene un significado diverso al que tiene la misma palabra "ley" en el artículo 230 del Texto Superior, lo cual demostraría, por otra vía, la insuficiencia de la tesis que pregonan.

Incluso, ello nos llevaría no solo al abismo de la falta de certeza del derecho sino que, además, haría necesaria la elaboración de un anexo a la Constitución en el cual se explicara el significado de la palabra "ley" cada vez que el Texto Superior la emplea.

Por supuesto, la palabra "ley" del citado artículo 28, al igual que la establecida en el artículo 230 de la Constitución, aluden al proceso legislativo como única fuente a partir de la cual una persona pueda ser detenida; ello, precisamente, excluye cualquier posibilidad de que un acto, distinto de la ley –como resultante del proceso legislativo– pueda ser fuente del Derecho Penal.

Aunado a lo dicho en precedencia, en segundo lugar, el art. 29 del Texto Superior dispone, en uno de sus apartes, que "*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*" (Resaltado fuera del texto). De nuevo, la Constitución emplea la expresión "ley"; pero ¿cómo se debe entender?

A este interrogante, le son predicables, *mutatis mutandis*, las consideraciones hechas en relación con la expresión "ley" contenida en el artículo 28 de la Carta Política.

Aquí, de nuevo, los promotores de la tesis según la cual la "ley" equivale a ordenamiento jurídico y lo que en él se inserte es fuente formal de Derecho Penal, tendrían que aceptar, por segunda vez, lo inaceptable: que la preexistencia de la ley equivale a preexistencia del ordenamiento jurídico, lo que conduce inevitablemente a afirmar que cuando la Constitución dice que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes** preexistentes al acto que se le imputa" significa que la ley preexistente es en verdad ordenamiento jurídico preexistente, con lo que la costumbre y la jurisprudencia, por ejemplo, podrían determinar el motivo por el cual un ciudadano puede ser juzgado.

Además de lo consignado anteriormente, piénsese en las tantas veces que la Constitución emplea la palabra "ley". Al respecto, intentamos hacer

ese ejercicio –al que claudicamos por lo aburrido que resulta–, y antes de terminar los primeros 48 artículos de la Carta Política encontramos 44 ocasiones en las que se emplea la palabra “ley” y ocho que aluden a su plural, esto es, “leyes”. Pues bien, ¿qué significado tendrá la palabra “ley” en cada uno de esos artículos?

6. La (in)certeza del derecho. La certeza del derecho es un corolario del iluminismo¹⁸, es una prueba de fuego en la medida en que sirve para evaluar el grado de evolución de un sistema jurídico¹⁹. Por ello, la reacción más extrema se presentó el siglo pasado con el totalitarismo expresado en las legislaciones penales nacionalsocialista y soviética²⁰.

Ahora bien, la certeza, como certeza del dato normativo, resulta de tres factores: en primer lugar, de la claridad y la estabilidad de la norma escrita; en segundo lugar, de la prudencia del intérprete; y, en tercer lugar, de la calidad científica de la doctrina. En consecuencia, sus principales obstáculos serían la inflación legislativa, los textos oscuros, los frecuentes cambios de interpretación y la información en exceso y con poco control²¹.

En esta línea de reflexión, ¿se puede hablar de la certeza del derecho cuando el artículo 230 de la Constitución establece, claramente, la *regula juris* según la cual “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*” y, además, señala que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial? Y, al contrario, la sentencia sostiene que: “*la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas*”.

7. La fuerza vinculante de la jurisprudencia. Sobre ello, “*la Sala de Casación Penal tiene dicho que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia*”. Esta tesis, como se esbozó en el literal E, es objetable no solo por la transparencia del artículo 230 de la Constitución que le asigna un lugar auxiliar²², sino por las graves consecuencias que genera de cara al derecho a la libertad y al debido proceso acuñar la expresión “ley” como ordenamiento jurídico.

¹⁸ CATTANEO, Mario. *Certeza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario*. En: *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale* 2002, 45 (4). Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 1354.

¹⁹ ALPA, Guido. *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*. Napoli: Editorial Scientifica, 2006, p. 50 y 51.

²⁰ Al respecto, la legislación soviética se caracterizó por acudir a la analogía y a la aplicación retroactiva de la ley. Cfr. BETTIOL, Op. cit. p. 7.

²¹ ALPA, Op. cit., p. 50.

²² Dice: “*la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Adicional a lo anterior, se olvida que la fuerza vinculante del precedente judicial es propia de los países no influenciados por el iluminismo jurídico-penal²³, es fruto de su cultura jurídica y, sin duda alguna, válido en atención a su contexto.

A la inversa, nuestra tradición jurídica—que se quiere desterrar de un plumazo y, mediante otro, importar una ajena como si se tratara de una mercancía o de una moda más— ha sido claramente influenciada por el iluminismo²⁴, cuyo pensamiento representa, en palabras de Ferrajoli²⁵, el momento más alto de la historia de la cultura penalística y que, además, erigió el principio de legalidad como una de sus conquistas más importantes²⁶.

No se trata, desde luego, de determinar si el sistema que le otorga fuerza vinculante a la jurisprudencia es bueno o no; se trata de establecer cuál sistema diseñó la Constitución y le pertenece a nuestra tradición jurídica. Dicho de otra forma: no es un problema de gustos, de cuál sistema me gusta más, es un problema que va más allá, porque de lo contrario entraríamos —¿o entramos?— en un sistema en el cual el gusto de cada quien será superior al contenido de la Constitución.

8. *Los teóricos del desencanto.* Con esa expresión, Dolcini²⁷ se refiere a aquellos que creen que la reserva de ley ha perdido valor en el actual momento histórico. Desde luego, en este margen del planeta también hay quienes consideran que la reserva de ley es un referente del pasado. Sin embargo, y ahí está el desencanto, como lo afirma Velásquez Velásquez, “*desde el punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida a la Ley y el poder legislativo es el único autorizado para restringir los más elementales derechos humanos y constituirse, así, en un verdadero monopolio legislativo en la creación de la materia penal*”, de modo que los “teóricos del desencanto” tendrán que esperar a que una nueva Constitución —porque la actual no lo permite— o una reforma constitucional formule una nueva construcción en la cual la reserva de ley sea excluida y les sea confiada como pretenden.

²³ VINCIGUERRA, Op. cit., p. 106.

²⁴ Según VINCIGUERRA, Op. cit., p. 200: “El iluminismo jurídico trajo como consecuencia, en relación con el Derecho Penal, su transformación como una expresión de racionalidad útil al progreso del espíritu humano y se dejó de considerarlo como una estructura obvia de la sociedad: como aquel mero instrumento de gobierno”.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma: Editori Laterza, 2011, p. XVII.

²⁶ MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Ed. Milano: Giuffrè Ed., 2006, p. 30.

²⁷ DOLCINI, Emilio. Leggi penali “ad personam”: riserva di legge principio costituzionale di eguaglianza. *En*: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2004, 47 (1). Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 54.

9. *¿Qué hacer?* En el entretanto, hoy más que nunca, este principio medular principio de legalidad debe ser defendido y reafirmado²⁸. El estado actual de las fuentes solo puede ser modificado por un nuevo sistema en la Constitución. Así mismo, queda abierta la vía propuesta por Binding –adversario declarado del iluminismo– quien reivindicaba a los juristas la única autorizada fuente del derecho²⁹; no obstante, para ello se debería ostentar la altura intelectual de este grande jurista alemán, algo que, como afirma Dolcini, infortunadamente no se encuentra.

10. *Conclusiones.* Las decisiones de las Altas Cortes no pueden ni deben estar ajenas al debate jurídico y académico. Calificar como difícilmente discutibles sus propios fallos no contribuye ni a la discusión ni a la solidez del argumento.

Posturas como esta, son quizá un legado del tradicional método catedrático de la enseñanza jurídica universitaria, según el cual –en palabras de Calamandrei, crítico implacable de este método– *“las lecciones consisten en una prédica que el enseñante desde el púlpito inflige a una multitud de penitentes inmóviles y silenciosos en las cuales el profesor habla para todos y para ninguno”*³⁰.

Por ello, no podemos posar como *“penitentes inmóviles y silenciosos”*, no solo por nuestro compromiso con la academia y nuestros estudiantes –en quienes motivamos la crítica y la discusión jurídica– sino por las repercusiones que en el ámbito del Derecho Penal generan decisiones como la que se comenta.

Recuérdese que la justicia penal es un arma de doble filo: antídoto y veneno al mismo tiempo, socialmente necesaria pero temible; por lo mismo, necesita estar circundada de especiales garantías³¹. Y una de esas garantías es el principio de legalidad y el sistema de fuentes que claramente diseñó la Constitución y que hoy, de manera forzada, se quiere cambiar.

11. *Bibliografía.*

AZARA, Antonio/EULA, Ernesto (Directores). *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII. Torino: Unione Tipografico–Editrice Torinese, 1961.

ALPA, Guido. *La certezza del diritto nel`età dell`incertezza*. Napoli: Editorial scientifica, 2006.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*. Quinta edizione. Milano: Giuffré Editore, 1963.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., p. 70.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. *Troppi Avvocati!* Firenze: Pubblicazione della soc. an. Ed. “La Voce”, quaderno 46, serie quarta Firenze, 1921. p. 114 y 115.

³¹ FIANDACA, Giovanni. *Il Diritto penale tra legge e giudice*, Padova: CEDAM, 2002, p. 26.

BRICOLA, Francesco/ZAGREBELSKY, Vladimiro. Codice penale, Parte generale, vol. I, 2ª ed. Torino: UTET, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. Aspetti politici del diritto penale contemporaneo. Palermo: G. Priulla Editore, 1953.

CALAMANDREI, Piero. Troppi Avvocati! Firenze: Pubblicazione della soc. an. Ed. "La Voce", quaderno 46, serie quarta Firenze, 1921.

----- . La crisi della giustizia. En: BALLADORE, Giorgio *et al.*: La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953.

CARNELUTTI, Francesco. La morte del diritto. En: BALLADORE, Giorgio *et al.* La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953.

CAPOGRASSI, Giuseppe. L'ambiguetà del diritto contemporaneo. En: BALLADORE, Giorgio *et al.*: La crisi del diritto. Padova: Ed. CEDAM, 1953.

CATTANEO, Mario. Certezza del diritto soltanto sulla carta e pericolo totalitario. En: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2002, 45 (4). Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 1354-1357.

DOLCINI, Emilio. Leggi penali "ad personam": riserva di legge principio costituzionale di egualianza. En: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale 2004, 47 (1). Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 50-70.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma: Editori Laterza, 2011.

FIANDACA, Giovanni. Il Diritto penale tra legge e giudice, Padova: CEDAM, 2002.

MANTOVANI, Ferrando. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale. 7ª Ed. Padova: CEDAM, 2011.

MANZINI, VICENZO. Trattato di Diritto Penale, VI, Torino: UTET, ristampa 1985.

MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Ed. Milano: Giuffrè Ed., 2006.

PALAZZO, Francesco. Corso di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Ed. Torino: G. Giappichielli Ed. 2006.

RONCO, Mauro. La Legge Penale. 2ª Torino: Ed. Zanichelli Editore, 2010.

VINCIGUERRA, Sergio. Diritto Penale Italiano, Vol. I, 2ª Ed. Padova: CEDAM, 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

IV

Bibliografía



