El principio de legalidad en la ley penal colombiana

Claudia Patricia Orduz Barreto*

RESUMEN

El principio de legalidad ha de ser uno de los estándares o pilares básicos en la formación del abogado, porque conlleva implícita la aplicación de la norma superior. En este orden de ideas, la normatividad penal sometida al amparo constitucional advierte que: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."

El postulado anterior sugiere que la norma penal debe ser clara e inequívoca para que los funcionarios que deban aplicarla puedan garantizar que la conducta punible endilgada a una persona, efectivamente está descrita en la ley, así mismo la conducta reprochada debe mostrar de manera diáfana y preexistente la sanción que se debe imponer, para que de esta manera sea el legislador y no el juez el que a su arbitrio disponga las sanciones, límites y cuantías a valorar.

En consecuencia, no puede desconocerse la trascendental importancia de este principio, "la legalidad", en la ley penal colombiana, pues su desconocimiento en cualquiera de las etapas procesales: indagación, investigación o juzgamiento conlleva que lo actuado sea ilegal, y que en consecuencia se pueda incoar la nulidad de lo actuado.

PALABRAS CLAVE: principio, legalidad, principio de legalidad, derechos fundamentales, debido proceso.

ABSTRACT

The principle of legality is one of the basic pillars in the formation of lawyers, since it implicitly contains the application of a superior norm. According to this statement, the penal legislation corresponding to the constitution warns that "no one is to judged except according to pre-existing laws to the act ruled upon before the competent judge or tribunal, and observing the proper forms of each trial."

This postulate suggests that the penal norm must be clear and unequivocal, so that the functionaries that apply them can guarantee that the punishable conduct attributed to an individual is effectively described in the law. The reproachable conduct must show, in a pre-existing and diaphanous way, the sanction imposed, so that the legislator and not the judge imposes the sanctions, limits and amounts to be valued.

As a consequence, the trascendental importance of this principle of legality in Colombian penal law cannot be undermined, since not knowing it during any of the process's stages – inquiry, investigation, or trial – may lead to illegal action and the annulment of the action taken.

KEYWORDS: Principle, legality, principle of legality, fundamental rights, due process.

Fecha de recepción: marzo 30 de 2010
Fecha de aceptación: mayo 7 de 2010

* Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Maestrando en Derecho Penal, Universidad Libre. Docente Universidad Libre y Universidad Autónoma de Colombia. Ex juez penal del Circuito de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Ex juez penal del Circuito ley 600 de 2000 y ex juez penal del Circuito de Conocimiento ley 906 de 2004. Actual Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia.

Introducción

Hablar del principio de legalidad es referirnos, por el momento histórico colombiano, a la Constitución Política de 1991, y por el área que nos ocupa, a la norma penal sustancial, procesal, penitenciaria… fundado en el bloque de constitucionalidad como amparo de aplicación y protección de derechos.

Será preciso determinar entonces: ¿qué es un principio? y ¿qué es legalidad?, para de esta manera poder conocer por qué el principio de legalidad es el pilar de la ley colombiana y, en consecuencia, entender la trascendental importancia que tiene en la efectiva aplicación del derecho penal en un estado social de derecho como el nuestro.

Téngase en cuenta que la investigación, procesamiento, juzgamiento y ejecutoria de la decisión judicial, es decir absolutamente toda la actuación penal de principio a fin, debe siempre estar amparada por la legalidad, pues de desconocerse este principio conllevaría una actuación ilegítima y amparada en las causales de nulidad.

Concepto

Principio: (del lat. *principium*). Se entiende como: la base, origen, o razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. Es decir, en léxico común, es de donde se parte, de algo que soporta una idea o una cosa.

En derecho, el principio tiene una acepción que es posible delimitar, con Alexy:

> De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que debe cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas.[1]

Siguiendo al maestro Alexy, la importancia de los principios no radica tanto en la prescripción –nos referimos al ser incluidos en el derecho positivo como un imperativo– que generalmente encontramos en las primeras disposiciones de un tratado, constitución, ley, código, etc., sino en la posibilidad fáctica y jurídica de su realización, de su observancia. Es decir, si bien es cierto los principios vienen a ser un mandato para los ciudadanos y las autoridades, también lo es que se constituyen en una fuente de inspiración, como que la misión no ha de ser observarlos simple y llanamente, sino propender porque con el tiempo su observancia sea más amplia y rigurosa. Pudiéramos hablar de una gradualidad, quizás imperceptible para límites cronológicos, pero que indiscutiblemente se notará en la realidad social. Vale decir, la optimización de un principio permitirá acortar la distancia entre el deber ser y el ser.

En todo caso, en la evolución del derecho podemos afirmar sin ambages, que el principio es conside-

1. Alexy, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 28, Bogotá, 2003, pág. 95.

"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".

rado como una norma de aplicación inmediata y que en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, la teoría principialista recobra una vitalidad e importancia tal que pone de presente en todo diálogo o enfrentamiento de tesis la supremacía de los principios como soporte indiscutible en defensa de los derechos fundamentales.

Como sostuviera el doctor Ciro Angarita, Magistrado de la Corte Constitucional, en la sentencia hito T-406 de 1992:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

Así, al ser el principio norma de aplicación inmediata, la legalidad es una norma de estricto cumplimiento que tiene como poderoso fin salvaguardar, entre otros derechos fundamentales, el de la libertad individual o física….

Legalidad. (De legal). Se define como: ordenamiento jurídico vigente, y exige unirse al calificativo de principio y extenderse a la vinculación positiva que se tiene con el Estado y que obliga que todos los actos y disposiciones se ajusten a derecho, pues la norma a más de ser garantista, condiciona y determina de manera positiva las consecuencias a las afectaciones de bienes jurídicos protegidos por el legislador.

Bajo este tenor, ha de entenderse el principio de legalidad como el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho.

Luego, el principio de legalidad implica el fundamento o la base que resguarda a todos los ciudadanos para que se respeten sus derechos y se impongan sanciones solo por las conductas que el legislador haya calificado como punibles y que al ser delito conllevan una pena, ante el incumplimiento de las obligaciones que los rige.

Es así como, el principio de legalidad se encuentra consignado en la máxima "*nulla poena, sine lege*" y reflejado constitucional y legalmente, por lo

que encierra dos exigencias ineludibles, cuales son: que no debe ser castigado ningún delito con sanción que no tenga el carácter de pena, y que no debe ser castigado ningún delito con pena que no se haya establecido previamente en la ley.

¿Cómo surge el principio de legalidad? El principio de legalidad surge por la necesidad del hombre de lograr la protección de sus derechos, es decir, por el anhelo de ser respetado como persona; pero, para obtener el amparo de la legalidad, se debió luchar contra aquellos que ostentaban el poder, que eran la minoría, pero que en todo caso dominaban y vulneraban los derechos de los oprimidos, tal situación llevó a que en la evolución de la humanidad se observen revoluciones que permiten la consagración en algunos documentos de las limitaciones que se imponen a quienes ostentaban el poder.

La historia muestra cómo "los derechos humanos son plasmados, por primera vez en un acta escrita, en la Carta Magna Inglesa de 1215"[2]. El documento en mención, suscrito el 17 de junio de 1215 entre el Rey o gobernante Juan Sin Tierra y los hombres libres (barones feudales, nobles y clero), reconociendo derechos como el debido proceso, la libertad, la propiedad, entre otros, permite colegir cómo el hombre, representado en ese momento por quienes ostentaban la calidad de hombres libres, empieza a limitar el poder del monarca y a consagrar derechos que debían ser respetados por los intervinientes en el acta suscrita.

En el artículo 39 del documento en mención se indicaba:

> Ningún hombre libre, será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad, como se enunció anteriormente, constituye el fundamento jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a la ley, es decir, al Estado de Derecho, es comprensible considerar que de postulados como los consagrados en la Carta Magna, y en especial del transcrito, surgió dicho principio, por cuanto se reconocieron derechos que se debían respetar y se limitó, se insiste, el poder del monarca.

A más de este documento considerado primigenio en cuanto al principio de legalidad, y para solo mencionar algunas de las manifestaciones trascendentales frente a este tópico, es preciso recordar la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, documento francés del 26 de agosto de 1789, que en el artículo 6 prescribe:

> La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

Al definirse la ley como la expresión de la voluntad general, es claro que la manifestación

2. Fleiner, Thomas. *Derechos Humanos.* Bogotá: Temis, 1999, pág. 17.

soberana del pueblo, directamente o a través de representantes en el parlamento, dan vida al principio de legalidad. Es el pueblo el que determina los derechos y obligaciones que lo rigen, en consecuencia, los ciudadanos y todos los poderes públicos, como se ha dicho, están sometidos a las leyes, que son creadas por el soberano, el pueblo, pues así se ha entendido a nivel universal desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y Colombia, acogiendo los planteamientos allí previstos, ha dispuesto en nuestra normatividad constitucional y penal el principio de legalidad.

El principio de legalidad en colombia

El principio de legalidad en Colombia tiene su fundamento en la Constitución Política, que prevé en el Preámbulo: "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, tiene la facultad de decretar, sancionar y promulgar…" luego, la Constitución que nos rige como Norma de Normas con fundamento en sus disposiciones prevé que se deben crear las leyes pertinentes para su aplicación.

Partiendo de lo antes dicho surge el ordenamiento penal que, si bien es cierto, debe castigar a quien lesione los bienes jurídicos tutelados en el Código Penal (Ley 599 de 2000), también lo es que debe garantizar los derechos previstos en la Constitución Nacional, no sólo al sujeto pasivo de la acción o víctima, sino también al infractor de la ley penal así como a los demás sujetos procesales que deban intervenir con ocasión de un proceso penal.

Se debe entender entonces que el principio de legalidad, implica que la ley debe definir de manera precisa y clara el acto, el hecho y/o la omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la infracción realizada, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad que debe adelantar el proceso, quién debe emitir sentencia, qué recursos proceden, ante qué autoridades, etc., pues de no indicarse de manera expresa y diáfana quién comete el delito, cómo, cuándo, en contra de qué bien jurídico protegido, cuál es la autoridad competente, las penas, entre otras, se dejaría al arbitrio de la autoridad que conozca del caso estos factores, afectándose derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, como el debido proceso….

El artículo 29 de la Constitución Política establece como derecho fundamental, entre otros, que le asisten al presunto infractor de la ley penal, el derecho al debido proceso:

> Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
> Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

El precepto en cita indica 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". Por disposición constitucional se entiende que es requisito *sine qua non* que el acto que se impute debe constituir un hecho típico, es decir que en la ley penal se debe indicar o describir de manera completa los elementos estructurales del tipo, luego no hay delito si la ley no lo ha contemplado previamente como tal, describiendo y atribuyendo al autor una pena *(nullum crimen sine lege – nulla poena sine lege)*.

Al respecto se ha dicho:

> Si la norma penal es vaga, incierta, ambigua o equívoca, los funcionarios llamados a aplicarla resultan detentando por ello solo, necesariamente, un poder arbitrario, y las personas sufrirán el consiguiente recorte injusto en la esfera de la libertad individual inviolable, garantizada por la Constitución".
> "El principio de estricta y preexistente legalidad corresponde a los siguientes rasgos esenciales de normatividad: 1. Toda norma sustancial de naturaleza punible, tanto delictiva, como contravencional, disciplinaria o correccional, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o legal, o autorizada por la ley conforme a la Constitución. 2. Debe ser preexistente a la comisión del hecho prescrito como punible y estar vigente al momento que se haya cometido. 3. Debe ser expresa, clara, cierta, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa. 4. No puede por lo tanto adquirirse como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva, o analógica, a no ser que respecto de esta última característica, su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado[3].

Es comprensible entonces, asegurar que el principio de legalidad es requisito indefectible, forzoso y obligatorio del debido proceso, pues toda conducta punible debe ser descrita por el legislador de manera previa, clara y precisa.

Con ocasión de lo anterior, la normatividad penal colombiana (Ley 599 de 2000), establece:

> Art. 6º. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco".
> La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.
> La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

El legislador a través de esta norma pretende, avalando los postulados constitucionales, indicar que en Colombia nadie puede ser procesado ni condenado por hechos que no estén, en el momento de la comisión del presunto delito, establecidos como prohibidos en la legislación penal, y de otro lado indicar que las penas y medidas de seguridad solo se pueden imponer si están previa y legalmente establecidas para el hecho imputado.

A su turno, el inciso 2 del artículo 6º del Código Penal, queriendo adoptar el fundamento constitucional que hace parte del debido proceso, dice: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", lo que implica que el principio de legalidad involucra o contempla de manera excepcional en materia penal el fundamento de la favorabilidad, luego, si bien se ha advertido, que

3. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. 1º de septiembre de 1983. M.P.: Fernando Uribe Restrepo.

el principio de legalidad indica que las conductas sancionables deben estar descritas previamente en la norma (conducta típica), pues deben tener un fundamento legal, es preciso destacar que toda disposición sustancial favorable por expresa orden constitucional ha de aplicarse al implicado

El principio de favorabilidad que se aplica por disposición constitucional indica que la ley permisiva o favorable, *aun cuando sea posterior*, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (subrayado fuera de texto), postulado que implica que para la comisión del hecho imputado se aplica la ley en el tiempo, acudiendo a fenómenos como la retroactividad y ultraactividad de la ley penal, según favorezca al procesado o condenado, pues, por hacer parte integral del artículo 6º del Código de las Penas, se debe entender que la favorabilidad y la ley en el tiempo hacen parte del principio de legalidad.

Ahora bien, en cuanto al inciso 3 que dice: "La analogía sólo se aplicará en materias permisivas", es preciso advertir que se entiende por analogía, la aplicación de una ley a casos no contemplados en ella; se basa la aplicación analógica en el principio consistente en que donde hay las mismas razones, caben las mismas disposiciones. Pues bien, por expresa manifestación legal en materia penal es procedente la interpretación analógica, lo que no es procedente es la aplicación analógica, pues iría en contraria al principio de legalidad. Téngase presente que la interpretación analógica es aquella en la cual el legislador faculta al intérprete para que tenga en cuenta situaciones análogas, para que se apliquen en beneficio del procesado.

Entonces, no se puede confundir, como se ha indicado, la interpretación y la aplicación analógica, pues de acudir a esta última se vulneraría el principio de legalidad ya que, se insiste, hablamos de delitos y penas preexistentes y aplicar la analogía como parte del principio de legalidad sería tanto como aplicar leyes, delitos y penas parecidas, similares, semejantes o equivalentes a otras, lo que no es permitido en materia penal, más aun cuando por disposición constitucional (art. 29) y legal (art. 6º, inc. 1º) se indica: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las *leyes preexistentes al acto que se le imputa*, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio." (Subrayado fuera de texto).

La misma situación concurre en materia procesal penal, pues también es el artículo 6º, en este caso del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el que ampara el principio de legalidad determinando que nadie podrá ser investigado ni juzgado, sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos y con la observancia de las formas propias de cada juicio, siendo la ley procesal de efectos sustanciales permisivos o favorables aun cuando sea posterior a la actuación, preferente a la restrictiva o desfavorable. Luego, con el principio de legalidad consagrado en esta disposición, el constituyente y el legislador, amparados en la norma superior y en la ley penal, pretenden dar seguridad jurídica a los involucrados en el proceso penal y por esa razón han previsto que la ley procesal regirá única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

Por consiguiente, si bien es cierto en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior debe aplicarse de preferencia a la restrictiva

o desfavorable, es preciso destacar que la favorabilidad procede en los siguientes eventos:

> 1. Cuando la conducta se descriminaliza, 2. Cuando la nueva ley rebaja las penas y dentro de esta se contempla rebajar el mínimo y el máximo, 3. cuando se despenaliza una conducta pero ya no es sancionada con pena privativa de la libertad, sino con una pena pecuniaria.

De esta manera se ampara el principio objeto de estudio y, en consecuencia, los derechos de los sujetos procesales que se ven involucrados en el proceso penal.

Conclusión

En relación con el principio de legalidad se tienen diferentes locuciones latinas, tales como: *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley), *nullum crimen sine previa lege penale* (no hay delito si no está definido previa y expresamente en la ley penal), *nullum poena sine previa lege penale* (no puede aplicarse pena que no esté establecida previamente en la ley penal), *nullum poena sine crimine* (no hay pena sino como consecuencia de una infracción penal), y todas éstas implican que las leyes, los delitos y las penas deben ser preexistentes.

Entonces, acogiendo los planteamientos del doctor Alejandro Martínez Caballero, y para no hacerme repetitiva, se debe entender que el principio de legalidad o

> principio de taxatividad penal implica no solo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente, sino que las sanciones a imponer deben estar previamente determinadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo. En efecto, según la Carta, nadie puede ser juzgado sino "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" (art. 29), lo cual significa, para lo relativo a la pena, que es el legislador, única y exclusivamente, el llamado a contemplar por vía general y abstracta la conducta delictiva y la sanción que le corresponde. Por su parte, el artículo 15-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 9º de la Convención Interamericana señalan que a nadie se le "puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito", lo cual significa que la pena tiene que estar determinada previamente en la ley, pues solo así puede conocerse con exactitud cuál es la pena más grave aplicable[4].

Por tanto, resulta claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal, no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes sanciones, pues el derecho a la legalidad penal compromete a todos los intervinientes, quienes actuando de conformidad con los postulados legales permitirán conseguir la aplicación más justa y eficaz de las normas para, en consecuencia, no vulnerar ni afectar derecho alguno.

4. Corte Constitucional, Sentencia C-843 del 27 de octubre de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.