

# Reseña de Portada

Iván Gonzalez

A través del tiempo he encontrado que la mejor manera de concebir es el Expresionismo, porque sin llegar a lo abstracto, puedo descomponer un estado figurativo, envuelto en su entorno, en un estado latente. A cada paso aprendemos y desaprendemos, a nuevas cosas nos aferramos, surgen los apegos donde las líneas invaden los cuerpos, sujetan, forman o simplemente traspasan como en un estado sutil pero siempre con una posibilidad de liberación. Esta liberación va sujeta a la magia del color, ese prisma completo que transporta, que recrea, armoniza y desplaza al ojo visor de un lugar a otro atravesando como un rayo la sensibilidad del espectador, quedando extasiado de las figuras que emergen ante sus ojos y lo que se planteó queda definido. Ahora todo el universo es un campo de acción, todo se desplaza y se transforma, todo tiene un cambio, todo nuestro ser está en movimiento, la célula; el pensamiento se desplaza del pasado al futuro en un segundo. El universo en continuo movimiento produce sonido, es un vehículo transportador. Mi búsqueda siempre ha sido una constante con el fluir de la fuerza de la línea formando un juego para interactuar con el espectador, nada estático sino dinámico. La yuxtaposición de las franjas hacen una obra tridimensional, recrean e involucran y hace que nos sintamos partícipes de la ejecución.

Bucaramanga, abril de 2012.

ALBERTO MONTOYA PUYANA  
Rector

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA  
Vicerrector Administrativo

EULALIA GARCÍA BELTRÁN  
Vicerrectora Académica

**Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas**

Antonio Bohórquez Ordúz  
Rodolfo Mantilla Jácome  
Codirectores - Editores

**Facultad de Derecho**

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ  
Decano

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA  
Coordinador de Facultad

**Directores de Área**

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ  
Área Profesional

MARIO GUEVARA MENDOZA  
Área Científica

RODOLFO MANTILLA JÁCOME  
Área Penal

**Directores de Línea**

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN  
Derecho Penal

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA  
Derecho Privado

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS  
Derecho Público

IVÁN SANTOS BALLESTEROS  
Derecho Procesal

CARLOS GUSTAVO GARCÍA MÉNDEZ  
Derecho Laboral(e)

SERGIO ALBERTO MANTILLA SUÁREZ  
Derecho Económico

Temas Socio - Jurídicos (Facultad de Derecho)	Bucaramanga Colombia	Vol. 30	No. 62	JUNIO 2012	ISSN 0120-8578
--	-------------------------	---------	-----------	---------------	----------------

## INDICACIÓN A LOS AUTORES

La Revista Temas Socio Jurídicos es una publicación seriada del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, dependencia adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que se dirige principalmente a Abogados, profesionales de las ciencias sociales y humanas, a estudiantes de derecho y de ciencias sociales y humanas.

Los siguientes tipos de artículos podrán ser incluidos en su contenido:

- 1) **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- 2) **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
- 3) **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
- 4) **Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
- 5) **Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
- 6) **Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

Los trabajos deben ser inéditos y sometidos a consideración del Comité de TEMAS SOCIO JURIDICOS, se exceptúa la reproducción, con permiso del autor o editor de artículos de especial interés. Cuando el artículo haya tenido una publicación previa, el autor o autores deben informar al remitir el artículo a publicar. Las ideas expuestas en el artículo remitido son de exclusiva responsabilidad de los autores.

El remitente debe conservar copia de todo el material que envíe. Los artículos deben dirigirse en cualquiera de los medios magnetofónicos al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, calle 48 No. 39-234, o al correo electrónico [temassj@unab.edu.co](mailto:temassj@unab.edu.co).

## **RESUMEN DE REQUERIMIENTOS TÉCNICOS**

- Todo artículo debe prepararse en papel tamaño carta, a un (1) espacio, letra arial 12.
- Cada sección debe iniciarse en una nueva página.
- La presentación del artículo debe seguir el orden siguiente: Título, resumen, palabras clave, agradecimientos, abstract y bibliografía. Las tablas deben venir cada una por separado, con su respectiva leyenda y numeración arábica.
- Las ilustraciones, gráficos y esquemas se denominan FIGURAS, se enumeran según el orden de aparición y sus leyendas se describen en pie de página.
- Si incluyen ilustraciones propias de otras publicaciones se debe incluir el respectivo permiso para usarlas.

## **PÁGINA TITULAR**

La página titular debe contener:

- a) El título del artículo, el cual debe ser conciso e informativo.
- b) El nombre de cada autor, título académico y dirección de correo electrónico.
- c) La institución a la cual pertenecen los autores.
- d) Reconocimiento a la Institución que haya patrocinado económicamente la investigación.

## **RESUMEN Y PALABRAS CLAVE**

La segunda página debe contener el resumen de no más de 200 palabras, en la cual se enunciarán los propósitos del estudio o investigación, procedimientos básicos, hallazgos relevantes y principales conclusiones. Además es necesario enfatizar los aspectos innovadores, producto del estudio o investigación. Seguida a esta sección los autores deben suministrar de 3 a 10 palabras clave ó frases cortas, que servirán de guía para realizar índices y referencias cruzadas de artículos.

## **AGRADECIMIENTOS**

Las personas que colaboraron intelectualmente en el artículo pero cuya participación no justifica la autoría pueden ser citadas por su nombre, añadiendo su función o tipo de colaboración; por ejemplo, “recolección de los datos”, “apoyo financiero y material, especificando origen del mismo”, etc. Estas personas tendrán que conceder su permiso para ser nombradas. Los autores se responsabilizarán de obtener la autorización por escrito de las personas mencionadas por su nombre en los agradecimientos. El reconocimiento por la ayuda técnica recibida figurará en un párrafo separado.

## **TEMAS SOCIO-JURÍDICOS**

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS

Universidad Autónoma de Bucaramanga

Calle 48 No 39-234 Bucaramanga, Colombia.

E-mail: [temassj@unab.edu.co](mailto:temassj@unab.edu.co)

**Comité Editorial**

Antonio Bohórquez Ordúz  
José Escribano Úbeda-Portugués  
Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros  
Jorge Eduardo Lamo Gómez  
Jorge Antonio Castillo Rugeles  
Aída Fernández de los Campos  
Mónica Cortés Falla  
Rodolfo Mantilla Jácome

**Comité Literario**

Heriberto Sánchez Bayona  
Mario Guevara Mendoza

**Portada:**

Iván González  
"Danza de la esfera"  
Foto  
Saúl Meza

**Editada por:**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Periodicidad Semestral  
Depósito Legal Verificado  
Tiraje: 1000 Ejemplares  
Formato 17 x 22 cms

**Diseño y Diagramación**

Ideas Comunicación

Calle 48 N. 39-234 - Conmutador 6436111 - 6436261  
Apartado Aéreo 1642 - Bucaramanga - Colombia, Sur América.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS DE ESTA REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCIÓN, SINO QUE SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DE LA CÁTEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 3º DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CORPORACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA - UNAB

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre que se mencione su procedencia y el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la UNAB, reciba un ejemplar de la publicación.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAB.

# Editorial

**L**a Universidad Autónoma de Bucaramanga, por medio del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, con mucho regocijo, presenta la edición número 62 de su revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS, dentro del marco de la celebración de los 40 años de existencia de la Facultad de Derecho.

Al compás del desarrollo de las actividades académicas de la Facultad, con la mira puesta en su entorno y, particularmente, en la formación de nuestros dicentes, esta revista ha sido durante gran parte de esa historia ininterrumpida, el portavoz de nuestros investigadores, docentes y estudiantes integrantes de los semilleros, para llevar al ámbito académico las inquietudes que el Derecho general plantea en la cotidianidad, para las cuales la doctrina universitaria suele proponer respuestas que la comunidad, además, espera y debate, lo cual hace ganar en legitimidad al proceso de producción de pensamiento desde los ambientes universitarios.

En la mentada celebración se concitaron en nuestra Universidad importantes gestores de teoría jurídica, con cuyas reflexiones, sin duda, habrá una publicación especial conmemorativa. Los ecos de la efeméride seguirán intensos por largo tiempo, dado que las controversias que fueron puestas sobre la mesa han de dar origen a nuevas y más fecundas investigaciones, para las cuales están convocados nuestros profesores y egresados, con la certeza de que contaremos con nuevos apoyos y nuevos puntos a resolver.

Mientras tanto, agradecemos a quienes han contribuido con su esfuerzo personal a la aparición de este nuevo número de la revista y al director del Centro de Investigaciones, Dr. Mario Guevara Mendoza, sin que cuyo valioso apoyo esta expresión de nuestra cultura jurídica, hubiera desaparecido años atrás.

En esta Revista N° 62 contamos con las siguientes colaboraciones:  
En primer lugar exponemos el notable trabajo de nuestros estudiantes, investigadores en formación, LEONARDO ACOSTA ARENGAS Y LINA MARÍA ARAÚJO, pertenecientes al Semillero de investigación en hermenéutica jurídica –*Hermes*, del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Laureano Gómez Serrano de la UNAB, trabajo que fuera escogido como el mejor a nivel regional, en el VII ENCUENTRO REGIONAL DE CENTROS Y GRUPOS DE INVESTIGACIÓN JURIDICA Y SOCIOJURÍDICA – NODO SANTANDER”, realizado en Bucaramanga, en la UNAB, durante los días 17 y 18 de mayo del presente año.

En segundo término el profesor CARLOS CORTÉS CABALLERO nos ofrece una reflexión profunda acerca de las imbricaciones necesarias entre las ciencias forenses y la labor de los profesionales de la salud, para lo cual contó con apoyo de la estudiante MABEL ELISA LEMUS.

El área de postgrados ha sido siempre una cantera de propuestas, pues los partícipes son investigadores en formación y su labor siempre está a consideración del Consejo Editorial. De allí hemos escogido cuatro trabajos destacados. El primero es un interesante estudio acerca de la facultad oficiosa del juez para el decreto de pruebas, tal y como es entendida por la Corte Suprema de Justicia. La tarea fue dirigida por el Dr. JUAN CARLOS DÍAZ RESTREPO y el equipo estuvo conformado por SUSANA AYALA COLMENARES, MARÍA CAROLINA FLÓREZ PÉREZ, JANETH SÁNCHEZ CASTILLO y JUAN CARLOS ÁNGEL BARAJAS. La segunda es el estudio que escudriña las reglas y subreglas que las altas Cortes han creado, a partir de principios, en el tema de impugnación de la paternidad, a cargo de DIEGO ARMANDO SÁNCHEZ ZAMBRANO, NINFA MARÍA GUZMÁN MOSCOTE, JOSÉ LUIS TORRES CASTIBLANCO y SANDRA MILENA VARGAS ZÁRATE, dirigido por la Dra. Mary Verjel Causado. El tercer trabajo es el estudio sobre la solidaridad cambiaria y sus incidencias en materia de prescripción extintiva, a cargo de HERNÁN DARÍO COLORADO BAUTISTA y DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA. Un cuarto trabajo de similar procedencia hace también análisis de precedentes jurisprudenciales en Colombia acerca del derecho al trabajo de la mujer cabeza de familia, investigación que estuvo a cargo de DIANA MARCELA CAMACHO VANEGAS, ANDREA DEL PILAR CAMACHO VANEGAS, ELAINE YELITZA HERNÁNDEZ PINZÓN y JANNER ABELLO MUÑOZ, con la asesoría de las Dras. ADRIANA MANTILLA y EDNACAMARGO.

Una importante contribución ofrecemos en el número 6 de la tabla de contenido, en el trabajo de nuestro docente el Dr. JULIÁN EDUARDO PRADA URIBE, que ausculta la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos de carácter mixto en la jurisprudencia constitucional colombiana.

La octava contribución nos viene de la Dra. ANA ALBARRACÍN COGOLLO, joven e ilustre profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, quien reflexiona acerca del problema de los perjuicios causados por un divorcio y la legitimidad de su reparación, desde el punto de vista jurídico.

En el noveno punto presentamos la contribución de uno de nuestros egresados, CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ, quien examina el problema de la eficacia de las acciones constitucionales consagradas por el sistema jurídico colombiano.

Y, para cerrar con lujo la edición, incluimos el trabajo de nuestro investigador ADAULFO ENRIQUE MENDOZA acerca de los conceptos fundamentales del institucionalismo, desde una mirada socio política hacia la incidencia de los mismos en aspectos vitales de nuestras comunidades actuales, como el bienestar social, la actividad política y la economía.

Sólo resta insistir en nuestra gratitud hacia las personas que han aportado su esfuerzo para que esta publicación siga estando en lugares privilegiados del quehacer académico, principalmente a nuestros escritores.

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ  
Codirector

# **El hijo de crianza en Colombia: ¿Mito o realidad?**

Leonardo Acosta Arengas,  
Lina María Araújo





**EL HIJO DE CRIANZA EN COLOMBIA:  
¿MITO O REALIDAD?**

AUTOR: Leonardo Acosta Arengas, Lina María Araújo  
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 5 de 2012  
DIRECCIÓN: Hermes@unab.edu.co

**RESUMEN:** Este ensayo es producto del homónimo proyecto adelantado por el Semillero de investigación en hermenéutica jurídica – *Hermes*, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Laureano Gómez Serrano, de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y pretende analizar la figura del Hijo de crianza en Colombia, determinando si existe en nuestro ordenamiento jurídico y qué derechos tiene.

**PALABRAS CLAVE:** Hijo de crianza, Caso difícil, Hermenéutica, Positivismo axiológico.

**ABSTRACT:** This essay is product of the research called “The foster son in Colombia: myth or reality” developed by *Hermes*, which tries to analyze the juridical viability of the existence of the *foster son* in Colombian Law and, if it does, how it is regulated in our system.

**KEY WORDS:** *Foster son*, Hard case, Hermeneutics, Axiological positivism.

# El hijo de crianza en Colombia: ¿Mito o realidad?

---

Leonardo Acosta Arengas  
Lina María Araújo\*

## INTRODUCCIÓN

**E**ste ensayo es producto de la investigación en curso “*El hijo de crianza en Colombia: ¿mito o realidad?*”, adelantado al interior del Semillero de investigación en hermenéutica jurídica, *Hermes*, cuyo objetivo general es analizar la figura del Hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano.

El proyecto parte de las siguientes preguntas: ¿Existe el Hijo de crianza en el Derecho colombiano? Si existe, ¿Qué derechos tiene este frente a sus padres de crianza, y viceversa? La investigación se justifica en la medida en que el Hijo de crianza es un *caso difícil*, lo cual se explicará en el siguiente aparte.

En el tercer punto del ensayo se definirán brevemente los conceptos de ordenamiento jurídico a partir del “positivismo axiológico” y de Hijo de crianza sobre los cuales se apoya el proyecto, distinguiendo este último del concepto de Adopción.

Entrando en materia, en el cuarto punto se realizará un análisis descriptivo de las sentencias sobre Hijos de crianza proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional, a partir de la Constitución de 1991, graficaremos una línea jurisprudencial conforme el trabajo de Diego López Medina y analizaremos la corrección de algunas de estas decisiones a partir de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. Por último, se establecerán algunas conclusiones en las que se dejarán abiertas las puertas para desarrollos posteriores de la figura en cuestión.

## EL HIJO DE CRIANZA ES UN CASO DIFÍCIL

Una ojeada restringida a la legislación colombiana sobre la clasificación de los hijos *legítimos*, *extramatrimoniales* y *adoptivos* (L. 29/82, art. 1°), dejaría inmediatamente por fuera la figura del *hijo de crianza*, haciendo inviable la presente investigación en

---

\* Estudiantes de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, pertenecientes al Semillero de investigación en hermenéutica jurídica –*Hermes*, del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas “Laureano Gómez Serrano”.

virtud del principio de legalidad. A lo anterior también podría sumarse el hecho de que los asuntos relativos a la filiación y el estado civil son de orden público y, por ende, de competencia exclusiva del legislador, lo que terminaría por enterrar toda pretensión de reivindicar una figura jurídica de tal naturaleza, desarrollada por vía jurisprudencial.

A primera vista nos encontramos, pues, ante un *caso fácil*: basta con afirmar que la Ley no prevé la figura del *hijo de crianza* para afirmar que esta no existe. Sin embargo, esta perspectiva implica la asunción de una postura hermética, cerrada e inmóvil del Derecho, en el que este es concebido como monopolio del legislador, reduciendo la totalidad del derecho a la totalidad de la ley. Asumir este presupuesto epistemológico, correspondiente al modelo teórico de la Exégesis francesa de mediados de siglo XIX, sería algo parecido a regresar a la teoría geocéntrica en la astronomía.

Afortunadamente para nosotros no hace falta una *De revolutioni busorbium coelestium*, ni necesitamos de un *giro copernicano* en el campo del derecho para la superación de ideas jurídicas obsoletas, puesto que ya se dio: en 1899, con la publicación de la *Méthode* de François Geny, se firmó la partida de defunción de una Exégesis agonizante que había demostrado su incapacidad para dar respuesta a las necesidades de una realidad social sustancialmente distinta a la de la expedición del *Code*, luego de casi un siglo de inmovilidad interpretativa y petrificación del derecho. No existe en la actualidad una Teoría del Derecho sería que equipare el derecho a la legislación.

Superado el primer obstáculo, el presente trabajo se justifica en la afirmación del hijo de crianza como un *caso difícil*, en la medida en que existe un conflicto entre la legislación y la jurisprudencia: aquella no lo regula, y ésta tangencialmente lo ha desarrollado. Empero, este conflicto no se reduce a una mera antinomia normativa, sino que involucra derechos fundamentales que eleva la discusión al plano de los principios.

En la jurisprudencia colombiana reciente encontramos un significativo número de sentencias en las que vemos a los jueces referirse al *hijo de crianza*, no solamente como un *mito*, una figura meramente decorativa, cuya existencia es intrascendente, sino que en algunas ocasiones se le ha dado un tratamiento jurídico de sujeto de derechos y obligaciones en relación con sus *padres de crianza*, derivado del reconocimiento de una realidad social en la que lo familiar va más allá del vínculo sanguíneo o civil, atendiendo en este caso al vínculo afectivo y a la posesión notoria del estado de hijo (de crianza), y que, por tanto, nos hace pensar que dicha figura es más que una fantasía jurisprudencial para constituirse como una *realidad*.

Como más adelante veremos, existen casos en los que se ha reconocido la prevalencia de los derechos del *hijo de crianza* sobre los trámites administrativos de instituciones estatales e incluso también sobre los derechos de los padres biológicos, con fundamento en el interés superior del menor. También existen casos en que se han reconocido los derechos de los *padres de crianza* para reclamar

perjuicios morales en casos de responsabilidad estatal, pensión de sobrevivientes, subsidio familiar, y a ser preferidos en el proceso de adopción como padres adoptantes del menor.

Por tales razones se hace necesario realizar un análisis de fondo de la figura del *hijo de crianza* en Colombia, que responda a las preguntas de qué es el hijo de crianza y qué derechos y obligaciones tiene en relación con sus padres de crianza, y viceversa: cuál es la situación jurídica de los padres de crianza.

La presente investigación tiene, por consiguiente, un valor teórico y práctico; teórico, por cuanto no existen estudios serios relativos a la figura del *hijo de crianza*, y una sistematización sobre la figura constituiría un aporte a la dogmática jurídica; por otro lado, los resultados de la investigación tienen implicaciones prácticas en la medida en que se clarifique la situación jurídica en la que se encuentran muchas personas.

### **¿QUÉ ES EL HIJO DE CRIANZA?**

Para responder a la pregunta fundamental de si existe o no el Hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano, primero debemos definir estos conceptos.

#### **Definición de “Hijo de crianza”**

El hijo de crianza es un fenómeno social no previsto en la ley pero reconocido por vía jurisprudencial, que hace referencia a aquella persona que en relación con otra llamada “padre o madre de crianza” ocupa el lugar de un hijo en virtud del lazo afectivo que los une, sin que exista un lazo de consanguinidad ni civil originando en un momento determinado derechos y obligaciones

#### **Hipótesis**

Con el término hipótesis, nos referimos a unas proposiciones que son aceptables, formuladas a través de lo encontrado mediante el análisis de algunas sentencias, y que nos sirven para resolver de forma alternativa el problema que nos ocupa.

#### **Entenado**

(De antenado). Significa hijastro, hijo de uno solo de los cónyuges respecto del otro. Es decir, es quien tiene vínculos de consanguinidad con uno de ellos.

A continuación, citaremos algunos ejemplos sacados de la mitología, la Biblia y de programas de televisión, esto con el fin de partir de casos para realizar luego formulaciones generales, correspondientes al método inductivo.

Jesús de Nazaret: es hijo biológico de María pero no de José. En estos pasajes de la Biblia se evidencia, cómo José, actuó como padre de Jesús y cómo el pueblo lo tenía como tal, a pesar de ser hijo únicamente de María.

Lucas 1, 30 -31: “Mas el ángel le dijo: ¡Oh María! No temas, porque has hallado gracia en los ojos de Dios. Sábete que has de concebir en tu seno, y tendrás un hijo, a quien pondrás por nombre Jesús.”

Juan 1,45: “Felipe halló a Natanael, y le dijo: hemos encontrado a aquel de quien escribió Moisés en ley, y anunciaron los profetas, a Jesús de Nazaret, el hijo de José.”

Juan 6,42: “y decían: ¿No es este aquel Jesús, hijo de José, cuyo padre y cuya madre nosotros conocemos? Pues, ¿cómo dice él: Yo he bajado del cielo?”.

Hércules es entenado. Es solo hijo de Alcmena, y no de Anfitríon su esposo. Nació en Tebas, hijo de Zeus y de Alcmena, cuyo esposo era Anfitríon, pero que Zeus engañó haciéndose pasar por él para poder unirse a ella. De esa unión nació Hércules.

### **Expósito**

(Del lat. expositus, expuesto) Es el recién nacido, abandonado, expuesto o confiado a un establecimiento benéfico.

*“Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.*

Un ejemplo de esto en la literatura, lo encontramos del escritor Rudyard Kipling (1865-1936), autor de “**The Jungle Book**”, publicado en español como “**El libro de las tierras vírgenes**”, nos narra la vida de Mowgli, un niño que queda huérfano y es criado por la Manada de Lobos de Seeonee, en la India.

Otro ejemplo, traído desde la historia de Roma, son Rómulo y Remo, quienes fueron expósitos, al ser recogidos y cuidados por el pastor Fausto y su mujer Acalarentia.

### **Diferencia entre entenado y expósito:**

Existe entre estas dos figuras la diferencia de que el expósito es el recién nacido que es dejado ya sea en un lugar público, en un establecimiento de beneficencia, o es entregado a una persona para su cuidado, es decir, éste no tiene ningún vínculo de sangre con quienes están a su cargo; a diferencia del entenado, que se denomina también hijastro, quien sí tiene vínculos de sangre con uno de los cónyuges.

### **Elementos esenciales de la definición**

#### ***Inexistencia de vínculo de consanguinidad y civil***

Las tres formas de parentesco que se establecen en el código civil, son: consanguinidad, civil y afinidad. En el caso del hijo de crianza, no existe vínculo de consanguinidad debido a que el hijo de crianza es un menor ajeno al círculo familiar, entendiéndose como círculo familiar, la unión que hay entre los integrantes de la familia

por algún tipo de parentesco, convirtiéndose después en miembro de éste, sin llegar a ser adoptado posteriormente.

### ***Existencia de vínculo afectivo natural al de un padre y un hijo***

No existiendo tales vínculos consanguíneos y civiles, es necesario que entre los padres de crianza y el hijo, se desarrollen unos vínculos afectivos fuertes como los que existen entre un padre y un hijo, derivados éstos del comportamiento entre sí.

La vinculación afectiva es una relación recíproca, afectuosa y fuerte que existe entre los niños y sus padres, Si ellos desde temprana edad, no han experimentado sensaciones como caricias, abrazos, arrullos, muy seguramente cuando estén en una edad adulta, les será difícil relacionarse afectivamente con otras personas, por eso es muy importante, que desde pequeños reciban demostraciones sensibles de afecto.

El mantenimiento de estos vínculos se convierte en prioridad para el sano desarrollo, puesto que son un factor protector para el sujeto en todas las etapas del ciclo vital, reduciendo su vulnerabilidad frente a los factores estresantes físicos, mentales, sociales o de cualquier naturaleza y permitiéndole hacer frente a los mismos con mayor capacidad de afrontamiento. Cuando ocurre una pérdida significativa, es decir, que está relacionada con los vínculos afectivos, se produce duelo. El niño y la niña sufren con la desaparición de los diferentes lazos de unión con otras personas, sus juguetes o su propio cuerpo y finalmente reparan el sufrimiento mediante la elaboración del duelo. Para que esta reparación se dé satisfactoriamente como parte de su proceso vital, es fundamental que reciban el acogimiento y acompañamiento de adultos significativos.

Como se verá más adelante en algunos análisis jurisprudenciales sobre hijos de crianza, se muestra cómo ellos sufrieron ese duelo al desaparecer el vínculo, puesto que fueron retirados de sus familias de crianza en perjuicio de su integridad y estabilidad psicológica.

### **Prueba del vínculo afectivo: posesión notoria del estado de hijo (de crianza)**

Antes que todo, en este punto se hace referencia a la posesión notoria, no como un elemento de la definición del hijo de crianza, sino como un medio de prueba para demostrar el vínculo afectivo existente. Dicho esto, pasamos a analizar en qué consiste la posesión notoria.

En el caso, es necesario que el padre o madre de crianza hayan formado y tratado al menor como su hijo, brindándole las condiciones necesarias de subsistencia, educación, establecimiento, y que las personas allegadas, ya sea vecinos, familiares o compañeros, puedan dar fe, y hayan reputado al menor, como hijo de dicho padre o madre, en virtud de aquel tratamiento, es decir, producto de los lazos afectivos creados entre ellos, como los existentes entre un padre y un hijo.

Aquí es de utilidad la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 7 de abril de 1953, magistrado ponente Alfonso Bonilla Gutiérrez, *Gaceta Judicial*, Tomo 74, páginas 578-618:

*“[T]res son los requisitos indispensables para configurar la posesión [notoria] del estado civil de hijo natural: 1º Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2º que los deudos y amigos del padre o madre o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y 3º que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida hayan durado diez años, al menos, en forma continua” (G.J., T. LXXIV, p. 592).*

Esto se traduce en los tres requisitos o elementos de la posesión notoria del estado civil: 1º Trato (padre-hijo); 2º Fama (deudos, vecinos); y 3º Tiempo (10 años -hoy 5 años, a partir de la Ley 75 de 1968-).

Ninguno de los primeros dos requisitos por sí solos, aun cumpliendo el requisito del tiempo, es idóneo por sí para probar la posesión notoria del estado civil. *“Es absolutamente necesario que la reputación [o fama] sea consecuencia del trato y asistencia que el presunto padre le haya dado al hijo. Los dos primeros requisitos son, pues, inseparables (...) Igualmente, para establecer la prueba de posesión del estado de hijo natural, es condición esencial que la doble situación comentada [trato y fama] haya tenido una duración mínima de diez años continuos” (hoy 5 años) (G.J., T. LXXIV, p. 593)*

### **Diferencias entre Hijo de crianza e hijo adoptivo**

En desarrollo del propósito de construir una definición satisfactoria del concepto de *Hijo de crianza*, hemos encontrado que algunos de los operadores jurídicos de nuestro sistema en más de una ocasión lo han confundido, asimilado o relacionado con el concepto o instituto jurídico de “Adopción”.

En efecto, magistrados tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han tomado decisiones incorrectamente debido a que no han tenido claridad suficiente respecto de los conceptos mencionados.

La incorrección de esas decisiones estriba en que no están debidamente fundamentadas desde el punto de vista externo, ya que son contrarias a nuestra dogmática jurídica sobre Adopción.

Por esta razón es necesario distinguir entre el hijo de crianza y el hijo adoptivo, o, hablando en términos de institutos, entre el *Prohijamiento de crianza* y la Adopción. El término “prohijamiento” viene del latín “*pro*” (por) y “*filius*” (hijo), que significa “tener por hijo”. Por esta razón hemos querido darle el nombre de “prohijamiento de crianza” al instituto que gobierna la relación entre padre e hijo de crianza.



Existen al menos tres diferencias entre el prohijamiento de crianza y la adopción, relativas a su *i)* naturaleza; *ii)* causa; y *iii)* efectos.

- En relación a su naturaleza: por prohijamiento de crianza nos referimos a la relación jurídica de facto existente entre una o varias personas (llamados *padres de crianza*) que acogen como hijo suyo a otra persona que no lo es por naturaleza o por adopción legalmente celebrada. Decimos que esta relación jurídica es de facto porque no está regulada como tal en nuestra legislación, pero sí hace parte de una realidad social que el Derecho, como producto humano, no puede desconocer, y de hecho no la desconoce, en la medida en que existen numerosas decisiones judiciales que tangencialmente han venido desarrollando la figura.

Por el contrario, respecto a la adopción, si bien esta crea una relación jurídica entre adoptantes y adoptivo referente a las obligaciones recíprocas que surgen entre estos, lo cierto es que dicha relación surge, no de facto, sino de un negocio jurídico.

Este negocio jurídico de la adopción, en nuestra legislación, no es de forma libre sino impuesta, o, en términos de nuestro Código Civil, es solemne y de sujetos calificados.

Es solemne en cuanto a que la adopción se lleva mediante un trámite administrativo que inicia con un proceso de restablecimiento de derechos, llevado por el Defensor de Familia, seguido por un acto administrativo en que se decreta la adoptabilidad, que únicamente puede ser proferido por el Defensor de Familia. Concluido esto, se inicia un trámite judicial en el cual mediante apoderado se presenta la demanda de adopción, que termina con sentencia.

Esta solemnidad se manifiesta también, en primera medida, en que la autoridad competente para desarrollar programas de adopción, es solamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por este. En cuanto a la procedencia, solo se puede adoptar a los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres. Este consentimiento es una manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo por parte de quienes ejercen la patria potestad, el cual debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente.

No todas las personas son aptas para adoptar, el código de Infancia y adolescencia establece como requisitos los siguientes: quien siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice identidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño o adolescente.

El carácter solemne del negocio jurídico de la adopción se opone al carácter de facto que supone la relación del prohijamiento de crianza.

- • En relación con su *causa*, entendida ésta como la razón de ser del negocio, la cual “*se identifica con la función económico-social del negocio entero*” en el

ordenamiento jurídico y la sociedad, la adopción se distingue del prohijamiento de crianza en la medida en que este, en estricto sentido, no tiene causa (porque, como se vio arriba, no es un negocio), es decir, no tiene una función que cumplir a la luz del ordenamiento jurídico

Por el contrario, la adopción sí tiene una causa, relativa con la función que ésta cumple, a saber, la de ser una medida de protección del menor en la que por medio de la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

- Y en relación con sus *efectos*, la adopción crea entre los sujetos - adoptante y adoptivo- un vínculo de filiación de naturaleza civil, en virtud del cual este pasa a ser hijo de aquel, e igualmente se forman vínculos de parentesco con los parientes de su adoptante.

Por el contrario, la relación de prohijamiento de crianza no tiene ningún efecto legal en la medida en que no está regulada en la legislación; por ende, todo efecto jurídico que los jueces atribuyan –como ya lo han hecho- a dicha relación, será un efecto extra-legal.

### **Definición de “ordenamiento jurídico”**

¿Cuál es *el concepto de derecho*? De ninguna manera pretendemos construir acá una teoría del derecho, empresa que naturalmente excedería nuestras fuerzas. Sin embargo, la pregunta es pertinente por cuanto la respuesta puede determinar las conclusiones del presente proyecto. En efecto, como ya lo mencionamos arriba, si partimos de una concepción positivista formalista del derecho, según la cual éste equivale a la Ley, concluiremos que el *hijo de crianza* no existe por cuanto no está previsto en la legislación.

Por ello se ha partido de una definición de “ordenamiento jurídico” que privilegie la efectividad de los derechos en atención a exigencias de justicia material, antes que desconocer situaciones de hecho que no tienen regulación legal (como el Hijo de crianza); un concepto de Derecho que considere los principios como verdaderas fuentes de decisión judicial y que reconozca que éstos tienen necesariamente un contenido moral. Este punto de partida lo suministra lo que algunos llaman *positivismo axiológico* o positivismo con apertura a los valores ético-morales, entre cuyos exponentes están Dworkin, Alexy y Zagrebelsky.

### **<<El juez puede decidir en principios>>: Dworkin**

El trabajo de Dworkin parte de la crítica de dos de las ideas fundamentales de su otrora maestro y cabeza visible del positivismo jurídico en el *Common Law*, H. L. A. Hart, según las cuales: *i)* existe una clara línea divisoria entre derecho y moral; y *ii)* los casos difíciles son resueltos discrecionalmente por el juez.

Frente a la primera idea, Dworkin afirma que el sistema jurídico se compone -no sólo de reglas sino también- de principios, los cuales tienen necesariamente un contenido moral, razón por la cual no encajan dentro de la regla de reconocimiento hartiana. La presencia de elementos de contenido moral hace que la línea divisoria entre esta y el derecho sea difusa.

Respecto a la segunda idea, Dworkin se opone a que el juez falle discrecionalmente los casos difíciles en la medida en que ello constituye una violación al principio democrático; en vez de eso propone que el juez, en caso de que no exista, por ejemplo, una regla aplicable al caso, decida con base en principios.

En ese orden de ideas, en la hipótesis del *hijo de crianza* en la que no existe como tal una regla aplicable al caso, los jueces pueden valerse de los principios jurídicos para fundamentar su decisión. El hecho de que no exista legislación sobre la materia no significa que el juez deba desconocer los derechos de estas personas, máxime cuando se tiene en cuenta que el problema de los derechos no se resuelve mediante su reconocimiento legal. Por el contrario, una teoría del derecho que se tome *los derechos en serio* debe abogar por su efectividad atendiendo a exigencias de justicia material.

#### **<<Los principios se ponderan>>: Alexy**

Establecido que el Hijo de crianza es un caso difícil, y que, según Dworkin, estos casos se resuelven mediante principios, debemos ahora responder cómo se aplican los principios.

Según Alexy, “*los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización*”.

Respecto a su modo de aplicación, los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican mediante la subsunción debido a que por su estructura lógica tienen una dimensión de peso de la cual carecen las reglas, lo cual obliga al intérprete a *ponderar* en cada caso concreto cuál principio pesa más que otro.

La ponderación equivale a la proporcionalidad en sentido estricto, y está compuesta por tres elementos: *i)* la ley de la ponderación; *ii)* la fórmula del peso; y *iii)* la carga de la argumentación. Su núcleo lo compone la *ley de la ponderación*, según la cual: “*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*”.

En tratándose de casos sobre Hijos de crianza ello significa que el juez debe ponderar en cada caso concreto los principios en juego y determinar el grado de satisfacción o restricción de los derechos fundamentales del menor, por ejemplo, frente al principio de legalidad o de seguridad jurídica, al tiempo que debe propender porque su decisión garantice la efectividad del principio del interés superior del menor, atendiendo a las posibilidades fácticas del caso y la viabilidad jurídica del fallo.

### <<El Caso Serena>>: Zagrebelsky

Concebidos los principios como mandatos de optimización, los cuales se aplican mediante la ponderación, debemos acercarnos ahora a un concepto de derecho acorde a las exigencias ético-morales en consonancia con el principio de justicia material.

Partiendo de una concepción del *derecho por principios*, teniendo en cuenta el papel esencial que cumplen éstos en la fundamentación del ordenamiento jurídico, toda vez que no se concibe la existencia del derecho sino para la realización de presupuestos mínimos de justicia, inevitablemente debemos concluir que el derecho es una “*disciplina práctica [que] está necesariamente anclada a la realidad*”.

En ese orden de ideas, los jueces no pueden ser apáticos a la existencia de situaciones y relaciones que de alguna manera tienen relevancia jurídica, no obstante no estar reconocidas en el ordenamiento positivo. Los jueces deben garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, aun cuando ello implique contrariar el sentido literal de la ley. En tratándose de los *hijos de crianza*, el juez debe ponderar los principios en juego de modo que la resolución adoptada sea razonable luego de realizar el juicio de proporcionalidad.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el *Caso Serena* debatido en Italia, el cual precisamente encuadra en la hipótesis del *hijo de crianza*, y se resume así:

*El asunto era el siguiente: una niña nacida en un país lejano fue traída ilegalmente a Italia y un matrimonio la tenía consigo como hija. La situación de hecho era ilegal, pero ya se había prolongado durante más de un año mediante las estratagemas usadas por los cónyuges (primero una falsa declaración de paternidad natural del hombre y luego la solicitud de adopción o de acogimiento) con la evidente intención de consolidarla y hacer cada vez más difícil la separación de la niña.*

*Era indiscutible –de un lado- la ilegalidad de la situación, pero también era indiscutible –de otro lado- que se había constituido un lazo afectivo entre la niña y la nueva familia.*

El caso deja al descubierto un conflicto o colisión de principios: por un lado, el principio de fraude a la ley, según el cual nadie puede obtener provecho de su propia ilicitud, y por otro lado, la *tranquilidad espiritual* de la niña, o mejor, el interés superior del menor, por cuanto separarla de la familia significaba causarle un trauma debido al vínculo afectivo que ya se había tendido entre ellos.

El caso es estudiado por los tribunales de menores en Italia, en donde se resuelve separar a la niña de la familia en atención a los derechos de otros niños que están o pueden llegar a estar en la misma situación, como lo es, el tráfico ilícito de menores. El sentido de la decisión, no obstante, no es compartido por Zagrebelsky, para quien el principio de solidaridad, según el cual es posible “*endosar a alguien una carga en*

*atención al bien de otro”, no debe prevalecer sobre el interés de la menor. “En el fondo, la decisión del <<caso Serena>> ha supuesto justamente esto: para proteger a muchos niños se ha admitido un peligro para el bien de una niña”.*

Para finalizar este tercer punto, hemos visto cómo los principios no solamente hacen parte del ordenamiento jurídico, sino que lo fundamentan; un estudio sobre una figura jurídica no tipificada en la legislación –como el Hijo de crianza- debe partir, pues, de una concepción “positivista axiológica” del Derecho, en que la discusión no se quede en el plano de las reglas, sino que la eleve al nivel de los principios, en la medida en que existan derechos fundamentales en juego.

## **EL HIJO DE CRIANZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

*“El derecho evoluciona y se transforma constantemente, porque se desarrolla en el tiempo que lo modifica, y se transforma con entera y completa independencia de las voluntades individuales y de acuerdo con las diversas manifestaciones del espíritu popular”.*

### **Síntesis de lo que se hizo**

Partiendo de lo que se planteó al comienzo de este escrito, esto es, la no regulación de la figura del hijo de crianza dentro de nuestra legislación nacional; o mejor, con algo de criticidad propia de la escuela histórica alemana: el desconocimiento por parte del legislador del “**espíritu del pueblo**”, de una realidad jurídica que envuelve nuestro entorno, decidimos optar por remitirnos a la jurisprudencia y buscar en la mayor medida posible providencias que nos indicaran de manera siquiera sumaria la existencia de la figura del hijo de crianza en el ordenamiento jurídico colombiano. Pues bien, nuestro marco fue concreto, tomamos como punto de partida la expedición de la Carta política del 91 abarcando de esta manera los fallos por parte del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la naciente Corte Constitucional. En la recopilación jurisprudencial nos encontramos con 16 providencias, tres correspondientes a la Corte Suprema de Justicia, tres más al Consejo de Estado y las diez restantes, a la Corte Constitucional; tales fallos judiciales desarrollaban temas como *i)* Pensión de sobrevivientes; *ii)* Reclamación de perjuicios morales y materiales en falla del servicio por causa imputable al Estado; *iii)* Derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella; *iv)* Vínculo afectivo que naturalmente debe existir entre una madre y un hijo; y *iv)* Subsidio familiar.

### **Figura No. 1**

A continuación en la figura N° 1 exponemos la identificación en particular de cada sentencia, junto con el problema jurídico, la tesis de la Corte y la hipótesis en que se desarrolló el hijo de crianza.

#### **N° Hipótesis**

**Problema Jurídico**  
**Corporación**  
**Tesis**  
**Corporación**  
**Puntos principales resaltados en las providencias**

1	<b>C.S.J</b> <b>Sección Laboral</b> <b>Fecha: 16/05/2002</b> <b>M.P.: Francisco Escobar</b> <b>Enríquez</b>	¿Puede una persona en condición de hijo de crianza e integrante del grupo familiar del causante ser acreedor de la pensión de sobreviviente de este del cual dependía económicamente?	Sí	Entenado
2	<b>C.S.J</b> <b>Sección Laboral</b> <b>Fecha: 14/08/2007</b> <b>M.P.: Isaura Vargas Díaz</b>	¿ Tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los padres de crianza, respecto de su hijo de crianza fallecido. del que cuidaron desde la edad de año y medio de nacido, creándose entre ellos lazos afectivos propios de padres biológicos con su hijo, así no esté acreditado el parentesco conforme a las reglas del Código Civil tal como lo exige el párrafo del art. 47 de la ley 100 de 1993?	NO	Expósito
3	<b>C.S.J</b> <b>Sección Laboral</b> <b>Fecha: 29/07/2008</b> <b>M.P.: Isaura Vargas Díaz</b>	¿ Tiene derecho a la pensión de sobrevivientes el hijo de crianza (Entenado) respecto de su padre de crianza fallecido, con quién surgieron lazos afectivos después de tres años y medio de convivencia y este asumió su manutención y cuidados, así la figura del hijo de crianza no esté comprendida en las disposiciones del Código Civil que regula el vínculo entre padres e hijos y que requiere el párrafo del art. 13 de la ley 100 de 1993 para otorgar la pensión de sobrevivientes?	NO	Entenado
4	<b>Consejo de Estado</b> <b>Sección 3</b> <b>Fecha: 26/03/2008</b> <b>M.P.: Enrique Gil Botero</b>	1) Tiene derecho el hijo de crianza a ser indemnizado por perjuicios morales por la muerte de su padre de crianza, ocurrida por causa imputable al Estado?  2) En la misma situación, ¿tiene derecho ese hijo de crianza a ser indemnizado por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante?	Sí	Entenado

5	<b>Consejo de Estado Sección 3 Fecha: 28/01/09 M.P.: Enrique Gil Botero</b>	¿Tiene derecho a ser indemnizada por perjuicios morales la madre de crianza cuyo hijo de crianza ha sido víctima de una falla del servicio por parte del Estado?	SÍ	Expósito
6	<b>Consejo de Estado Sección 4 Fecha: 06/05/2009 M.P.: Martha Teresa Briceño</b>	¿Se vulneran los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la protección integral de la tercera edad y de la familia cuando el Ejército Nacional no otorga la pensión de sobrevivientes a los padres de crianza respecto de su hijo de crianza miembro de las FFAA muerto en combate del cual se hicieron cargo cuando murieron sus padres biológicos, y al que le brindaron el cuidado, y sostenimiento propios de los padres biológicos con su hijo?	SÍ	Expósito
7	<b>Corte Const. Sentencia: T-217/94 Fecha:02/05/1994 M.P.: Alejandro Martínez Caballero</b>	¿Resulta violatorio al principio de solidaridad social y a los derechos fundamentales de tener una familia y a no ser separado de ella, y de libertad de expresión; el accionar del ICBF respecto al hecho de separar al menor expósito del hogar sustituto en el que se encuentra y en el cual se han creado vínculos afectivos?	NO	Expósito
8	<b>Corte Const. Sentencia: T-278/94 Fecha:15/06/1994 M.P.: Hernando Herrera Vergara</b>	¿Se violan los derechos fundamentales de la menor a tener una familia y no ser separado de ella, al libre desarrollo de su personalidad y a la libertad de su opinión cuando se le sustrae de sus padres de crianza con los que convive hace más de cinco (5) años y se le pone al cuidado de su madre biológica que no le ofrece ningún tipo de garantías para su integridad y desarrollo físico y mental y con la cual la menor no quiere estar?	SÍ	Expósito
9	<b>Corte Const. Sentencia: T-495/97 Fecha:03/10/1997 M.P.: Carlos Gaviria Díaz</b>	¿Tienen derecho los Padres de crianza, a que se les reconozca la pensión de sobreviviente, respecto de su hijo de crianza expósito que fue dado de baja mientras prestaba el servicio militar, así no esté tal	SÍ	Expósito

12	<p><b>Corte Const.</b> <b>Sentencia:</b> T-715/99 <b>Fecha:</b>27/09/1999 <b>M.P.:</b> Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>Se vulneran los derechos de [L] en calidad de hija de crianza a tener una familia y no ser separada de ella, así como el principio de interés superior del menor, al ser esta retirada por parte del ICBF de su familia de crianza [A y B], con la cual permaneció por más de 5 años y con la cual existe un vínculo afectivo?</p>	Sí	Expósito
13	<p><b>Corte Const.</b> <b>Sentencia:</b> T-941/99 <b>Fecha:</b>25/11/1999 <b>M.P.:</b> Carlos Gaviria Díaz</p>	<p>¿Se violan los derechos que tiene el hijo de crianza a pertenecer a una familia y no ser separado de ella, cuando este ha convivido por más de dos años en su seno, creándose vínculos afectivos; y por una decisión del ICBF es retirado y puesto en un ambiente totalmente diferente para el menor?</p>	Sí	Expósito
14	<p><b>Corte Const.</b> <b>Sentencia:</b> T-893/00 <b>Fecha:</b>17/07/2000 <b>M.P.:</b> Alejandro Martínez Caballero</p>	<p>¿Se le vulnera el derecho a un menor a tener una familia y no ser separado de ella; y a sus padres de crianza el derecho al debido proceso, a recibir información veraz e imparcial y a presentar peticiones respetuosas, cuando el ICBF después de haber puesto al menor bajo el cuidado de estos como hogar sustituto y habiendo dejado prolongar la permanencia del menor por 3 años en ese hogar en el que se crearon relaciones afectivas propias de los padres biológicos con su hijo, lo retiraron de manera sorpresiva y abrupta sin haberlos notificado de tal actuación y además, les impidieron la posibilidad de iniciar el proceso de adopción de este menor utilizando información imprecisa?</p>	No	Expósito
15	<p><b>Corte Const.</b> <b>Sentencia:</b> T-292/04 <b>Fecha:</b>25/03/2004 <b>M.P.:</b> Manuel José Cepeda Espinosa</p>	<p>¿Se violan los derechos fundamentales de una menor, en particular su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, por la decisión del ICBF de retirarla del hogar de quienes hicieron el papel de padres de crianza por casi dos años (y con los cuales se crearon vínculos afectivos propios de los padres biológicos con su hijo) y ubicarla en un hogar sustituto.</p>	Sí	Expósito



16	<p><b>Corte Const.</b>  <b>Sentencia : T-497/05</b>  <b>Fecha:13/05/2005</b>  <b>M.P.: Rodrigo Escobar Gil</b></p>	<p>¿Se viola el interés superior del menor y su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella cuando se intenta separarlo de su familia de crianza?</p> <p>¿Se traslada el ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza cuando se han desarrollado vínculos afectivos cuya perturbación perjudicaría su interés superior?.</p>	SÍ	Expósito
----	--	---	----	----------

### Líneas jurisprudenciales

Debemos hacer la salvedad que aunque el número de sentencias encontradas respecto al hijo de crianza fue escaso, (16 sentencias) lo cierto es que fue posible la construcción de líneas jurisprudenciales atendiendo a la analogía u homogeneidad de algunos temas que en su cuestión fáctica se asimilaban.

#### PRIMERA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

#### **i) Reciprocidad entre el hijo y los padres de crianza de ser acreedores de la pensión de sobrevivientes.**

	¿Es beneficiario el hijo de crianza a la pensión de sobrevivientes respecto sus padres de crianza y viceversa?		
<b>NO</b>	<p>◆                      Corte Suprema de Justicia                      Sección Laboral                      Fecha: 14/08/2007                      M.P.: Isaura Vargas Díaz</p> <p>◆                      C.S.J                      Sección Laboral                      Fecha: 29/07/2008                      M.P.: Isaura Vargas Díaz</p>	<p>◆                      Corte Suprema de Justicia                      Sección Laboral                      Fecha: 16/05/2002                      M.P.: Francisco Escobar Enríquez</p> <p>◆                      Corte Constitucional                      Sentencia T-495/97</p> <p>M.P.: Carlos Gaviria Díaz</p> <p>◆                      Consejo de Estado                      Sección 4                      Fecha: 06/05/2009                      M.P.: Martha Teresa Briceño</p>	<b>SÍ</b>

En relación a la anterior línea jurisprudencial, debemos anotar que las dos decisiones negativas adoptadas por parte de la magistrada Isaura Vargas Díaz, esto es, de no conceder el beneficio al hijo de crianza de ser acreedor de la pensión de sobrevivientes respecto de sus padres de crianza y viceversa, obedeció a un cambio

legislativo en el año 2003. Fue La Ley 797 en su art. 13, literales A y C, y Parágrafo la cual modificó el art. 47 de la ley 100 de 1993; disposición que desde nuestro punto de vista perjudicó de cierta forma el desarrollo de la figura el hijo de crianza y de sus padres de crianza, pues su limitación fue excesiva por cuanto se debe acreditar la dependencia económica del beneficiario con el causante al momento de su muerte y además se requiere que el *vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil*, excluyendo y dejando sin posibilidad alguna de que un hijo de crianza pueda aspirar a una pensión de sobrevivientes, pues como se explicó al principio de este escrito, tal figura no ha tenido ese reconocimiento legal.  
**SEGUNDA LÍNEA JURISPRUDENCIAL**

**ii) Derecho del hijo de crianza a permanecer con su familia de crianza**

	¿Tiene derecho el hijo de crianza a permanecer con sus padres de crianza cuando se han establecido estrechos vínculos afectivos naturales como los que existen entre los padres y sus hijos aún en perjuicio de determinaciones del ICBF y de su familia biológica que no le ofrece ningún tipo de garantías para su integridad y desarrollo físico y mental?	
<b>NO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ Corte Constitucional Sentencia T-217/94 Fecha: 02/05/ 1994 M.P.: Alejandro Martínez Caballero</li> <li>◆ Corte Constitucional Sentencia T-278/94 Fecha: 15/06/1994 M.P.: Hernando Herrera Vergara</li> <li>◆ Corte Constitucional Sentencia T-715/99 Fecha: 27/ 09/1999 M.P.: Alejandro Martínez Caballero</li> <li>◆ Corte Constitucional Sentencia T-941/99 Fecha: 25/ 11/1999 M.P.: Carlos Gaviria Díaz</li> <li>◆ Corte Const. Sentencia T-292/04 Fecha: 25/03/2004 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa</li> <li>◆ Corte Const. Sentencia : T-497/05 Fecha: 13/05/2005 M.P.: Rodrigo Escobar Gil</li> </ul>	<b>SI</b>

Hacemos la salvedad de que en la construcción de esta línea jurisprudencial la sentencia de tutela T-893 de 17 de julio de 2000 con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero no fue incluida, pues si bien tuvo tesis negativa, los hechos que le dieron desarrollo no se pueden asimilar a las demás providencias en razón de que tal decisión terminó con la adopción del menor por parte de una pareja extranjera.

### **Corrección de una decisión sobre hijos de crianza**

Al hacer los análisis jurisprudenciales de las sentencias que encontramos, nos percatamos de algunas irregularidades – si se pueden llamar de esa manera- en lo referente a las decisiones tomadas por los operadores jurídicos; si bien es cierto que deben ceñirse por las disposiciones normativas, en determinados casos su análisis exegético utilizado como método de interpretación puede atentar contra garantías fundamentales. Tal es el caso de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral de agosto 14 de 2007 y Julio 29 de 2008, ambas con ponencia de la Dra. Isaura Vargas Díaz. Ya habíamos anotado en la primera línea jurisprudencial referente a la *reciprocidad entre el hijo y los padres de crianza de ser acreedores de la pensión de sobrevivientes*, que la conducta negativa de las decisiones adoptadas por parte de la magistrada ponente se debió a un cambio legislativo. Se evidencia que la mecánica utilizada por ella fue la de subsumir los hechos en la regla, dejando de lado como ya se adujo, el reconocimiento de derechos fundamentales. De tales actuaciones nos surgió una pregunta: ¿existe un mecanismo para que el juez pueda apartarse de la literalidad de la disposición de una norma? La respuesta a tal interrogante es sí, y dicho mecanismo está representado en la excepción de inconstitucionalidad, la cual como lo acota la C-122/11 puede ser propuesta y llevada a cabo por *“cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto y (...) y que viole disposiciones constitucionales”*. Del caso en cuestión hacemos la crítica puntillosa a la magistrada Isaura Vargas cuando desconociendo derechos fundamentales se ciñe únicamente a la literalidad de la ley, pudiendo excusarse en la excepción de inconstitucionalidad y de esta manera reconocer la pensión de sobrevivientes de la cual se desprendían derechos fundamentales.

Para culminar debemos señalar que la corrección de cada una de las decisiones en cada sentencia no se puede determinar a priori por la tesis del problema jurídico, sino que se debe evaluar junto con los hechos de cada uno de los casos en concreto. Esto se justifica porque no estamos enfocados en un positivismo normativista sino en un positivismo axiológico en la medida en que el problema jurídico no se resuelve subsumiendo reglas, sino ponderando principios, y la ponderación como dijimos arriba cuando nos referíamos a Alexy y Dworkin, se realiza atendiendo las circunstancias de cada caso concreto.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2ª ed., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1998.

\_\_\_\_\_, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), 2ª ed., trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid: CEPC, 2007.

BERNUZ BENEITEZ, María José. *François Gény y el derecho, La lucha contra el método exegético*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984.

FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo*, trad. S. Perea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GADAMER, Hans – Goerg. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1960), I, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 6ª ed., Salamanca: Sígueme, 1996.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica jurídica, Interpretación a la luz de la Constitución*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2008.

HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945), trad. E. García Maynes, 3ª ed., UNAM, México, 1969.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá: Legis, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* (1992), trad. De M. Gascón, 7ª ed., Madrid: Trotta, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico* (1943), trad. de A. Martín Pérez, 2ª ed., Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1959.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984.

BOHÓRQUEZ, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, V. I, 3ª ed., Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, I, Concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho* (1979), trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.

SERNA, Pedro. (editor). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª ed., Granada: Comares, 2005.

### **Jurisprudencia**

CSJ - Sala Laboral. Sentencia 6 de Mayo de 2002. M.P. Francisco Escobar Enríquez.

CSJ- Sala Laboral. Sentencia 14 Agosto de 2007. M.P. Isaura Vargas Díaz.

CSJ - Sala Laboral. Sentencia de 29 Julio de 2008. M.P. Isaura Vargas Díaz.

C.E. - sala 3. Sentencia de 26 Marzo de 2008, M.P. Enrique Gil Botero.

C.E. 3. Sentencia de 28 Ene. 2009. M.P. Enrique Gil Botero.

C.E. 4, Sentencia de 6 Mayo. 2009. M.P. Martha Teresa Briceño (Tutela).

C. Const., T-217/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., T-278/94, M.P. Hernando Herrera Vergara.

C. Const., T-495/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., T-592/97, M.P. Jorge Arango Mejía.

C. Const., T-586/99, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

C. Const., T-715/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., T-941/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., T-893/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., T-292/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C. Const., sentencia T-497/05, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

C. Const., sentencia T-495/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

**La relación entre  
Las Ciencias Forenses  
y  
los profesionales  
de la salud**

Carlos Cortés Caballero,  
Mabel Elisa Lemus



**AUTOR:** Carlos Cortés Caballero, Mabel Elisa Lemus

**FECHA DE RECEPCIÓN:** febrero 13 de 2012

**DIRECCIÓN:** ccortes4@unab.edu.co

**RESUMEN:** el Profesional de la Salud, al momento de prestar una colaboración para desempeñar una función dentro de la administración de justicia, debe buscar que sus conceptos sean acordes con lo desarrollado en la normativa vigente, basarse en criterios objetivos y precisos que logren el objetivo por el cual se solicitó su ayuda.

**PALABRAS CLAVES:** Perito, Peritación, Peritaje, Experticio, Dictamen.

**ABSTRACT:** the Health Professional, when you pay to play a collaborative role in the administration of justice, should find that their concepts are developed in accordance with the rules, based on objective and accurate to achieve the goal by they were asked to help.

**KEY WORDS:** Perito, Expertise, Opinion.



# La relación entre Las Ciencias Forenses y los profesionales de la salud

---

Carlos Cortés Caballero\*  
Mabel Elisa Lemus\*\*

“La peritación debe entenderse como el arte de responder las preguntas que se harán en el futuro: hoy, mañana y años más tarde”.  
Charles V. Wetli.

## INTRODUCCIÓN:

**P**ara hablar de la relación que existe entre el profesional de la salud y las ciencias forenses y cómo funciona dentro del ordenamiento jurídico colombiano, debemos tener presente el significado de la palabra *Derecho*. Según el diccionario de la Real Academia Española, el Derecho es “Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”. Más adelante nos indica que es una “Ciencia que estudia estos principios y preceptos”. Al tratar el Derecho como una ciencia, debemos entender que dentro de este núcleo de leyes, doctrina y jurisprudencia, se encuentran también las ciencias, que dan un especial apoyo en la recta y eficaz administración de justicia colombiana y del mundo, dado que este es un criterio universal.

El profesional de la salud es una persona formada en un arte que se materializa a través de una regla técnica de actuación profesional, y, aunque conoce de manera general ciertos procedimientos, el solo título no es suficiente en esta sociedad cambiante que tiene cada día más necesidades que exigen que la condición de profesional sea cada vez más especializada. Es por esta razón que un acto quirúrgico que realiza un médico general en algún lugar apartado de nuestra geografía colombiana, dada su complejidad, no se puede comparar con el que se practica al mismo tiempo en un centro especializado, con todos los instrumentos y el recurso técnico y humano necesarios<sup>1</sup>.

---

\* Médico Patólogo. Profesor Medicina Legal Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

\*\* Estudiante, Facultad de Derecho UNAB.

1 Cfr. ANGULO GONZÁLEZ, Rubén Darío. Medicina Forense y Criminalística. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá 2002. Pág. 16.

Por otra parte, para poder cumplir a cabalidad con su papel de experto-perito deberá durante la diligencia, actuar como asesor, ilustrar si es del caso sobre nuevas tecnologías, sobre los controles de calidad que exigen los diversos procedimientos para que tengan validez, precisar sus limitaciones y hacer respetar sus conceptos; que no siempre han de requerir que sean exclusividad de una u otra especialidad como suele creerse, ya que un profesional de la salud en cualquiera de sus carreras puede dar opiniones fundamentado en las manifestaciones objetivas que presenta el individuo en una determinada situación, pues a veces el papel del especialista es más limitado en muchos campos que el del profesional sin estudios de postgrado. Así un especialista en órganos de los sentidos difícilmente puede escuchar un soplo cardíaco.

El ejercicio de los Profesionales de la Salud o de la mayoría de las otras profesiones, se encuentra enmarcado dentro del concepto de la *Lex Artis*, que contempla las normas técnicas y procedimientos aplicados, que son aceptados por la profesión. Lo científico, técnico y ético son elementos de la *Lex Artis* en medicina; también la actualización es otro elemento esencial de este arte<sup>2</sup>, es así que cuando entramos a analizar el campo criminal, es necesario que el estudioso en cualquiera de las áreas de la salud, dirija su estudio también al campo de las disciplinas forenses, y de este modo pueda prestarle una colaboración a la justicia de manera eficiente, ayudándole a determinar el origen de un acto criminal y las causas de dicha conducta, que podrán ser usadas ante un juez para dar un veredicto.

Algunas actuaciones recientes del personal médico en el campo de la justicia, han puesto en tela de juicio sus conceptos, en casos de sustitución de la detención preventiva, al diagnosticar “estado grave por enfermedad” cuando aparentemente no existe, y el de una necropsia al dictaminar “muerte accidental” cuando se trataba de un homicidio; situaciones como estas es posible que se repitan y que contribuyan a sembrar dudas sobre el valor de las peritaciones.

Pueden ser varios los factores que incidan en estos experticios como la inexperiencia, la premura, el desconocimiento de estos temas, la falta de interacción para lograr información importante entre el personal que labora en la parte judicial que investiga y quienes tienen a cargo la evaluación técnica y académica de los efectos de una agresión, de un estado de salud o los daños causados por un delito sexual, entre otras circunstancias.

“Desde el nacimiento del derecho, pasando por su evolución en los tribunales romanos y hasta el día de hoy, se han usado las pruebas para sustentar las declaraciones del abogado y aclararle hechos al juez; uno de estos medios probatorios es la prueba pericial, de mayor relevancia en el área penal, junto al testimonio, la confesión, los documentos, la inspección judicial, los indicios, las presunciones y el juramento”<sup>3</sup>.

Se debe comprender que el concepto del profesional de la salud no solo sirve para encarcelar a los delincuentes, sino también, para demostrar la inocencia de aquellos

2 Cfr. *Ibidem*. Pág. 16

3 CORTÉS C.C, ORTEGAM. H.- Juristas y Medicina. Página 232. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2012.

que no tienen ninguna relación con la comisión del hecho típico; también, es necesario que el médico posea rectitud, idoneidad, objetividad y responsabilidad para lograr llegar a la verdad y probar la veracidad de sus peritazgos.

“La prueba pericial es elemento de gran importancia en las actuaciones judiciales; en el campo de las lesiones personales, homicidio, entre otros; es uno de los elementos que preponderan en el cuerpo del delito y en otras infracciones es definitiva para la materialidad de los hechos, o la probabilidad de algunas circunstancias procesales<sup>4</sup>”. Por tanto, la declaración hecha por el perito tiene que estar fundamentada; independientemente de los títulos y especializaciones, aunque estos, de por sí, constituyen un voto de respaldo y garantía en la idoneidad de ese profesional<sup>4</sup>

<sup>5</sup>

Podría decirse que hay razones importantes para crear nexos entre los profesionales de la salud y el derecho, sin que necesariamente los abogados estudien carreras relacionadas con la salud y estos con el derecho, como algunos pretenden, pues la complejidad de estas disciplinas no permiten ejercerlas al mismo tiempo exitosamente. Se podría concluir que es más fácil lograr un equipo con estudios que los acerquen como el derecho médico o la responsabilidad médica.

## ANTECEDENTES

*“En la Edad Antigua vemos cómo los principales aportes realizados a la medicina se presentaron en los siguientes eventos: la medicina mesopotámica consiste en el “Código de Hammurabi”, escrito en Babilonia 1700 años a.C., La medicina egipcia, la constituyen las técnicas de conservación del cadáver, aunque se conoce con certeza que la finalidad de los embalsamamientos no era médica. Es así como el primer experto médico-legal fue Imhotep, quien vivió en Egipto 3000 años a.C., siendo la más alta autoridad judicial. Los egipcios utilizaron pruebas para diagnosticar el embarazo cuando existían dudas sobre la paternidad del niño, consistía en observar los efectos de la orina sobre algunos vegetales. De esta manera si las hojas se marchitaban o si los cereales no crecían se descartaba el embarazo.*

*La medicina egipcia en aquella época era socializada, ya que los médicos eran pagados por el Estado, existiendo algunas especialidades y castigando severamente los errores profesionales.*

*Los temas médico-legales abundan en la medicina romana, ya que existían varias leyes que hacían referencia a ella: “Lex Cornelia de Iniuriis” separa las lesiones y golpes de otros tipos de injurias, “Lex Cornelia de Sicariis el Veneficiis” establece penas para los homicidas y envenenadores, “Lex*

---

4 GIRALDO, G. César Augusto. Medicina Forense. Imprenta Nacional de Colombia. Medellín. Pág. 10.

5 Cfr. Ibídem.

*Aquilia” propuesta por Lucio Aquilio en el año 572, trataba de la reparación del daño causado a un particular en sus esclavos, tratando con carácter general algunos problemas médicos como la determinación de la gravedad de las heridas y la investigación que debía realizarse cuando se producía un aborto.*

*El médico Antistio examinó el cadáver de Julio César e informó que de las muchas heridas por arma blanca, sólo una era mortal.*

*En la Edad Media, los principales aportes se constituyeron por: El “Código de Justiniano” apareció entre los años 529 y 564, el cual regulaba la práctica de la medicina, la cirugía y la obstetricia; se refería al valor del experto médico, al igual que las penas debidas a la mala práctica profesional.*

*En Oriente existía el “Digesto”, promulgado en el siglo VI promulgado con carácter general, refiriéndose a los diversos tipos de lesiones, señalando sus indemnizaciones, tratando igualmente el aborto, el infanticidio, la violación y el envenenamiento. La contraparte de Occidente, también tenía varios textos, que incluía temas similares: las leyes de los francos (siglo V), de los alemanes (siglo VI) y las de los Lombardos en el siglo VII<sup>6</sup>.*

Se ha escrito que fue a partir de la Edad Media cuando las disecciones anatómicas – hoy necropsias- se practicaron con fines médico-legales” para determinar la causa de la muerte en casos sospechosos<sup>7</sup>. Después con un conocimiento cada vez mejor de la anatomía humana y de la implementación de nuevas técnicas siguieron adquiriendo importancia y con los trabajos de Virchow a quien se considera el padre de la Patología y otros, su relevancia en las investigaciones judiciales ha ido en aumento.

*“Edad Moderna: Correspondiente a los siglos XVI y XVII, es aquí donde se da la consagración definitiva de la medicina legal, como disciplina independiente y como auxiliar de la justicia; su evolución ocurre simultáneamente con el de otras ciencias, bajo el impulso intelectual del Renacimiento, favorecida por el perfeccionamiento y la difusión de la imprenta.<sup>8</sup>”*

En nuestro medio conocemos de casos aislados, realizados más con fines académicos como las de Bolívar, Santander, Nariño y otros próceres: así que puede decirse que en Colombia extraoficialmente a fines del siglo XIX y oficialmente en los comienzos del siglo XX, con la creación del Servicio de Medicina Legal en 1914, fueron los conceptos postmortem los que dieron comienzo a la peritación en sí y posteriormente los peritazgos clínicos- en lesiones- de naturaleza no mortal.

6 Ibidem.

7 LYONS A.S., PETRUCELLI R. J., MEDICINE, pág. 332. ABRADALE Press, HARRY N. Inc., Publishers, New York 1978

8 Ibid.

*“En la Edad Contemporánea, llega el momento en que la medicina legal, que no sólo es una práctica, objeto de enseñanza a los médicos, sino que alcanza un pleno reconocimiento como especialidad, se incluye en los planes de estudio, primero englobada en la cirugía y después con carácter independiente”<sup>9</sup>.*

Para poder actuar con profesionalismo deben considerarse los siguientes argumentos:

**Normativo.** El profesional de la salud, como quien desempeña otras actividades, tiene el deber de colaborar con la justicia en los casos en que se requiera su concepto para aclarar un hecho que el investigador por su cuenta no puede descubrir. Algunos códigos son más explícitos como el penal, el civil y algunos de ética, sin que por ello su acción esté limitada a estos campos. A estos conceptos emitidos por un profesional especializado en un área de los temas forenses se le denominan peritazgos. “El perito médico da respuesta a la duda científica, en un caso específico del ejercicio de la profesión médica”<sup>10</sup>.

El dictamen que profieran estos médicos en el ejercicio propio de sus funciones, para que sea procedente, debe regirse por lo establecido dentro de la Ley 906 de 2004 en su artículo 405, que contempla lo siguiente: *La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio*<sup>11</sup>. Este deberá ceñirse a lo establecido en la citada ley, y las demás normas que las complementan.

Debe tenerse en cuenta, además, que aquellos objetos que tienen alguna relación con la comisión de una conducta típica y que puedan servir para lograr fijar las formas y circunstancias de tiempo modo y lugar en las que esta conducta se realizó, estarán sometidos a lo establecido en las normas sobre cadena de custodia.

*“La cadena de custodia significa, entonces, tanto la base esencial para que se produzca una decisión judicial completa y justa, como un elemento estructural del procedimiento penal. Lo primero porque con ella se preserva en parte, la principal fuente de verdad para el juez de conocimiento (arts. 29, 228 CP, art. 372 CPP). Lo segundo, porque tal instituto del proceso es esencial para la investigación, a fin de que la Fiscalía alcance en el caso concreto los objetivos por los cuales existe (...); pero también lo es para solicitar y decretar la acusación contra un determinado sujeto o la preclusión de la investigación (...), para el desarrollo de la audiencia preparatoria y para completar el descubrimiento de la prueba por las partes y las víctimas (...). En fin, la aplicación de todas las formas con que se concreta la cadena de custodia, tiene por propósito la práctica de las pruebas en la audiencia*

---

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Ibidem. Pág. 19

<sup>11</sup> Alcaldía de Bogotá. Ley 906 de 2004. [Citado el 4 lunes 4 de junio de 2012] Disponible en internet: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>.

*del juicio oral, con las cuales el juez resuelve sobre los hechos y circunstancias materia del juicio (...)*<sup>12</sup>.

La cadena de custodia “es un sistema de seguridad que garantiza que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía. Esa la razón por la que debe aplicarse la técnica adecuada desde el momento en que la Policía Judicial, o en su defecto un miembro de la Policía Nacional, entra en contacto con el hallazgo del que pueda inferirse la existencia de una conducta punible, sus autores o partícipes, para preservar su autenticidad durante todo el proceso”<sup>13</sup>.

Esto debe ajustarse a lo dispuesto art. 114 N° 4 – 205 – 209 lit. c – 216 - 228

*“En lo que hace a la composición de esta institución, la cadena de custodia representa el conjunto de medidas con las cuales se vela por preservar la existencia, autenticidad, completitud, de todas las evidencias físicas y elementos materiales probatorios descubiertos o recaudados, con la acreditación de su identidad y estado original, las circunstancias en que tuvo lugar su aprehensión, las personas que intervinieron en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de tales elementos, así como los cambios efectuados en ellos por cada custodia. Todo a los efectos de asegurar lo que se ha llamado por la doctrina especializada, la ley de la “mismidad”<sup>14</sup>.*

Por tanto, los peritos que realicen este procedimiento deben ajustarse a las normas, cumplir a cabalidad los requisitos propios de la cadena de custodia con la finalidad de que en el juicio se puedan hacer valer estos elementos materiales, en los cuales estarán inmersas las circunstancias reales que se desarrollaron durante la comisión del delito, los responsables de este y a su vez, es una garantía de que se conocerá la verdad, que no serán alterados y que el juez puede confiar en que esos elementos recolectados son los que en realidad se encontraban en el lugar de los hechos.

**Biológico.** En el campo de la salud se requiere un conocimiento no solo anatómico sino también funcional del cuerpo humano que contemple sus reacciones en situaciones diferentes para poder evaluar los cambios que se suceden cuando se rompe el equilibrio biológico, que implica el estado de salud- “bienestar físico, mental y social”- su magnitud, sus consecuencias y el carácter de reversibilidad. Esto se logra a veces a través de la observación directa y en otras oportunidades por medio de procedimientos que involucran las diferentes profesiones; así para el diagnóstico aprovechamos los (laboratoristas y técnicos); en la atención (enfermeras); en la rehabilitación (fisioterapeutas, fonoaudiólogos y trabajadores sociales); en prevención (psicólogos, odontólogos y nutricionistas); otras

---

12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-334/2010. M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

13 Fiscalía General de la Nación. Guía de Introducción al Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Versión Preliminar, diciembre 23 de 2004. Archivo pdf.

14 Ibídem. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C – 334/2010.

profesiones y las especialidades y subespecialidades; a la cabeza de ese grupo actúa el profesional de la medicina como coordinador y no como “ un científico” que es la manera como lo quieren hacer aparecer en ciertas instituciones<sup>15</sup>.

**Ético.** Cualquier actuación debe estar supeditada a los fundamentos que rigen el comportamiento ético, es decir principios y valores, lo cual indica actuar sin sesgos, con ecuanimidad, profesionalismo, respeto, responsabilidad, sin prejuicios, con justicia, prudencia y libertad, y si considera que pueden existir factores que incidan en el resultado de este acto, solicitar ser eximido dando las razones del caso. Algunos de estos principios tienen fundamento en la ética natural que rige a todas las profesiones, que velan por la protección de la persona en toda su integridad y obligan a seguirlos.

En todo actuar hay que recordar que “la ética como defensora y divulgadora de los valores y principios morales que deben servir de guía, es reclamada a diario en todas las actividades que comprometen los mejores intereses del hombre y de la comunidad”<sup>16</sup>.

Aunque debe existir una alianza entre quienes actúan como peritos en el campo de la salud y quienes investigan con fines de administrar justicia; en la práctica, sin embargo, no funciona por factores diversos como celos entre las profesiones, sentimientos encontrados sobre la jerarquía, la egolatría, complejos de superioridad, la falta de una conciencia cívica ética y de interés, el desconocimiento de las normas, el temor a involucrarse en situaciones judiciales, entre otros, crean una barrera que a veces no logra superarse.

Desafortunadamente el profesional que es llamado a desempeñar este papel nunca piensa que es un honor el ser tenido en cuenta, pues al solicitarle su intervención indica que se le considera como un “experto” o “experimentado” en ese campo pues eso es lo que quiere decir la palabra perito con la cual se le designa.

## **FUNCIONES DEL PROFESIONAL DE LA SALUD.**

Podría decirse simplemente que el rol que desempeña es el de perito; sin embargo debe recalcar que no solo es emitir un concepto desde su punto de vista sobre los cambios que la agresión ha causado en el organismo, calcular el tiempo que gastan en repararse estas alteraciones y evaluar si quedan consecuencias, sino además hay que recordar que esta opinión se emite bajo la gravedad del juramento y si se trata del campo penal deberá asistir a la audiencia para sustentarlo en el juicio oral y responder a las inquietudes que las partes tengan. Para este momento de la diligencia debe presentarse quien es requerido preparado, documentado y además con grandes dosis de paciencia, prudencia, tolerancia, humildad, no tratar de ser paternalista, pues a veces las preguntas nos pueden parecer cursis por lo elementales, pero hay que recordar que estamos en medio de un auditorio al cual le

---

15 Reportaje del jefe del Instituto Nacional de Medicina Legal.

16 SÁNCHEZ TORRES, Fernando. Temas de Ética Médica. Pág., 13 Giro Editores Ltda. Bogotá, 1995.

son esquivos conocimientos que parecen básicos, y también que al hacerlas persiguen un fin determinado. Hay palabras que el consultado no debe usar tales como “pues”, “es obvio”; “quién no entiende”; “es muy sencillo” etc., por lo cual, debe utilizar un lenguaje de fácil comprensión y sin altanería.

Para el caso de las necropsias deben hacerse completas, sin premura y dejando constancia de los hallazgos así como de las carencias pertinentes. Es mejor pecar por exceso que por defecto.

Es preciso recordar que “la investigación médico legal de la muerte es un componente clave en la investigación del crimen y debe practicarse con el fin de establecer la causa, tiempo y manera de muerte incluyendo las circunstancias que la precedieron y rodearon”<sup>17</sup>. Esto solo será posible si se hace un trabajo en equipo y sin ánimo de emulación o competencia.

En las sospechas de intoxicación debe valerse del laboratorio para aislar la sustancia y poder comparar con los efectos producidos o los cambios causados en los tejidos o los líquidos biológicos.

Estos son solo ejemplos de algunas de las actividades que frecuentemente realiza el perito en el campo de la salud y que pueden ser más exitosas si hay unos buenos nexos entre los diferentes profesionales que participan no solo en la escena donde se cometió el delito sino también en las diligencias posteriores.

### **CONCLUSIONES:**

Se han analizado algunas de las circunstancias por las cuales la ayuda que el profesional de la salud puede prestar a las ciencias forenses no tiene la credibilidad que debería aportar, puesto que sus conceptos se nublan por la egolatría que en ocasiones puede presentar al momento de dar sus opiniones en una audiencia de juicio oral.

Se hizo una revisión a los antecedentes del campo de las ciencias forenses, pasando desde la civilización egipcia hasta los días de hoy, y se ve la evolución y las similitudes que había en estas diferentes épocas a pesar de que en algunas carecían de los conocimientos que hoy día, gracias al avance de las ciencias, poseen los profesionales de la salud.

Se hicieron consideraciones sobre la peritación, las calidades de quien la ejerce, los criterios que debe emitir y el cumplimiento de las normas que regulan su actividad, haciendo énfasis en la aplicación de los lineamientos correspondientes a la cadena de custodia como garante de la integridad de los elementos materiales recolectados en una escena de un delito.

Los profesionales de la salud, al cumplir sus funciones dentro de las ciencias forenses, deben estar enmarcados dentro del ámbito de lo normativo y lo ético, con

---

17 FINKBEINER W. E., URSELL O. C., DAVIS R. L. Autopsy Pathology.



el fin de que sus conceptos sean válidos e importantes, fundamentado en sus conocimientos y sus experiencias formativas.

Finalmente, para que se cumplan los procedimientos, además de las normas, ética y experiencia, se deben tener en cuenta los principios básicos de la ética natural; el profesional de la salud debe ser objetivo, responsable y claro al momento de participar en la búsqueda de una decisión justa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ANGULO González, Rubén Darío. Medicina Forense y Criminalística. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2002.

CORTÉS C.C, ORTEGA M. H.- Juristas y Medicina. Página 232. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2012.

GIRALDO, G. César Augusto. Medicina Forense. Imprenta Nacional de Colombia. Medellín.

LYONS A.S., Petrucelli R. J.. Medicine, pág, 332. Abradale Press, Harry N. Inc., Publishers, New York, 1978

Alcaldía de Bogotá. Ley 906 de 2004. [Citado el lunes 4 de junio de 2012] Disponible en internet: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>.

CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C-334/2010.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Guía de Introducción al Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Versión Preliminar, diciembre 23 de 2004. Archivo pdf.  
SÁNCHEZ TORRES, Fernando. Temas de Ética Médica. Pág., 13 Giro Editores Ltda. Bogotá, 1995.

FINKBEINER W. E., URSELL O.C., DAVIS R.L. Autopsy Pathology.

**Alcance de la facultad del  
juez al momento de  
decretar pruebas de  
oficio, de conformidad  
con la jurisprudencia de la  
Sala Civil de la  
Corte Suprema de Justicia,  
años 2005 a 2010**

Susana Ayala Colmenares,  
María Carolina Flórez Pérez,  
aneth Sánchez Castillo,  
Juan Carlos Ángel Barajas



**ALCANCE DE LA FACULTAD DEL JUEZ AL MOMENTO DE  
DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO, DE CONFORMIDAD CON LA  
JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA, AÑOS 2005 A 2010**

AUTORES: Susana Ayala Colmenares, María Carolina Flórez  
Pérez, Janeth Sánchez Castillo, Juan Carlos Ángel Barajas.  
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 15 de 2012.  
DIRECCIÓN: susycami@hotmail.com

**RESUMEN:** A través de la presente investigación, se pretendió establecer la posición que tiene la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia frente a la potestad que tiene el juez de decretar pruebas de oficio, para lo cual se utilizó como método la revisión de las sentencias proferidas por esta Corporación durante los años 2005 a 2010. Obtenido el material relevante, se procedió al análisis estructural de los pronunciamientos que aludieron al tema, siguiendo el protocolo establecido por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. El análisis de las sentencias, estuvo dirigido a determinar si es una facultad o un deber de los jueces decretar pruebas de oficio y si en todo caso constituye un imperativo para el funcionario judicial el ejercicio de tal potestad, obteniéndose como resultado final que se trata de una facultad-deber para el juzgador en los casos en que se deben aclarar aspectos dudosos o cuando la prueba sea obligatoria por la naturaleza del proceso, todo en aras de alcanzar la verdad material que permita hacer efectiva la cláusula que orienta nuestro Estado Social de Derecho, relativa a asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

**PALABRAS CLAVES:** Pruebas de oficio, facultad-deber del juez, nulidad, carga de la prueba.

**ABSTRACT:** Through this research, we intended to establish the position of the Civil Chamber of the Supreme Court about the power that the judge has to decree evidence ex officio, for which the review of sentences handed down by the Corporation during the years 2005 to 2010 was used as methodology. Once the relevant material was obtained, we proceeded to the structural analysis of the statements that alluded to the subject, following the protocol established by "Rodrigo Lara Bonilla Judicial School". The analysis of sentences, was aimed at determining whether if it was a right or a duty of the judges to decree evidence ex officio, and if in any case it was imperative for the judicial officer to exercise such power, resulting in the end that it is both a right and a duty for the judge in cases that require clarification of gray areas or when the test is required given the nature of the process, all for the sake of attaining truth that allows to make effective the clause that guides our Rule of Law consisting that justice should reflect an economic, political and social right.

**KEY WORDS:** Evidence ex officio; right and duty of the judge, nullity, burden of proof.

# Alcance de la facultad del juez al momento de decretar pruebas de oficio, de conformidad con la jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, años 2005 a 2010\*

---

Susana Ayala Colmenares, María Carolina Flórez Pérez, Janeth Sánchez Castillo, Juan Carlos Ángel Barajas<sup>†</sup>

## INTRODUCCIÓN

**E**l tema de la prueba de oficio ha suscitado especial interés en el medio judicial, dada la elaboración de que ha sido objeto en el seno de las altas corporaciones, por lo que será importante conocer el manejo que a este tema le ha dado la Sala Civil de nuestro tribunal de casación, conocimiento que resulta útil no sólo para quienes ejercen como operadores judiciales, sino también para la comunidad jurídica en general, pues en la medida en que se conozca el alcance que debe tener el ejercicio de la facultad oficiosa del juez de decretar pruebas, será posible reclamar su adecuado ejercicio, en orden a hacer prevalecer principios tales como el debido proceso, en toda su dimensión.

Si bien es cierto, por regla general, en atención al principio dispositivo, es responsabilidad de las partes elegir y aportar los medios de prueba necesarios para que el juez fije los hechos materia del litigio, también lo es que el ordenamiento procesal civil consagra varias normas que se fundan en el principio inquisitivo, para permitirle al juez decretar pruebas de forma oficiosa, con el fin de verificar la realidad de los hechos, es el caso de los artículos 37 numeral 4, 179 y 180.

Precisamente ante esta posibilidad se ha planteado un debate doctrinal, pues por una parte se afirma que corresponde a la administración de justicia producir decisiones justas, y para eso debe tener amplias facultades en materia probatoria, mientras que otro sector, por el contrario, pregona la posibilidad de la libre confrontación de las partes en el proceso.

En efecto, quienes defienden esta última posición afirman que de manera muy frecuente la facultad de decretar pruebas de oficio puede conllevar a

\*Trabajo final presentado por los estudiantes de posgrado como parte del seminario “formación para la investigación” implementado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

\*\*Estudiantes de posgrado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

extralimitaciones del juez, pues es muy fácil que este sobrepase los parámetros sobre los cuales la ley enmarca dicha potestad y se provoque una afectación de derechos fundamentales.

Se afirma que esta facultad atenta contra el resultado del proceso, cuando realmente le correspondía asumir la carga probatoria a una de las partes, incluso al prohibirse atacar a través de los recursos el auto que decreta de oficio pruebas; nótese que quien debía asumir la carga de la prueba resulta favorecido, lo que afecta el equilibrio procesal y de contera el debido proceso.

En la otra orilla de la tensión, se afirma que estos planteamientos no consultan postulados constitucionales como es la obtención de la justicia material, y precisamente por ello se trata de una atribución conferida por la ley, y su finalidad exclusiva es verificar con mayor precisión las afirmaciones de las partes y aclarar puntos oscuros, independiente de la parte a quien el ejercicio de esa facultad pueda favorecer.

A esta controversia se adiciona otra discusión, relativa a si en el objeto de la prueba de oficio deben ser únicamente los hechos planteados en el correspondiente acápite de la demanda, o si también comprende los hechos que, si bien no fueron expresamente planteados por las partes, están inmersos en las pretensiones o excepciones, pues en este caso fácilmente se puede inclinar la balanza hacia una de las partes, lo que según algunos doctrinantes atenta contra principios como la imparcialidad, la neutralidad e independencia del administrador de justicia.

En realidad, existe una línea muy delgada respecto a este punto; pues si el juez aporta una prueba para demostrar un hecho alegado por uno de los intervinientes procesales está relevándolo en el deber de probar los hechos alegados, y con ello incumple su deber de administrar justicia de forma imparcial; mientras que si el juez aporta una prueba al proceso con el fin de demostrar un hecho oscuro o sobre el cual no tiene claridad, su actividad no está afectada pues sólo busca tener plena certeza acerca de los hechos, aclarar sus dudas, a fin de motivar la sentencia que debe emitir.

Ahora bien, podríamos afirmar que existe una tesis intermedia en torno a la facultad de decretar pruebas de oficio, la que encuentra apoyo en la concepción del Estado Social de Derecho, toda vez que uno de sus fines es hacer prevalecer el derecho sustancial a través de las sentencias de los jueces y el único medio aceptable para alcanzar ese objetivo es el descubrimiento de la verdad. Para ello el juzgador debe contar con amplias facultades probatorias en aras de hacer prevalecer la verdad real teniendo como norte el interés superior de la justicia, sin detenerse a pensar si con ello favorece a una u otra parte, o si suple la inactividad de alguna de ellas, pues lo que en realidad lo mueve es encontrar la verdad jurídica objetiva. Si se le quitan estas facultades se dictarán sentencias formales, aparentes, inadecuadas, no efectivizadoras y concretizadoras de los derechos sustanciales, situación lejana de lo que es justicia.

Quienes abogan por esta tesis ponen de presente la función del juez en el proceso, quien debe ser el director o conductor del mismo, y no un juez espectador, que da la espalda a la realidad y se limita a la aplicación formal de la ley.

Como puede apreciarse existen sobre el tema del decreto de pruebas de oficio diversas posiciones, por lo que resulta significativo determinar los parámetros que sobre el punto actualmente maneja la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por sobre todo si tenemos en cuenta que constituyen precedente de enorme influencia en la actividad judicial, sin que debamos dejar de lado los criterios que la doctrina ha planteado respecto a esta facultad del juez, que vienen a enriquecer el conocimiento, para en tal forma asumir una posición que consulte de la mejor manera nuestro ordenamiento procesal civil, entendido en forma amplia, dada la influencia que actualmente ejerce en todas las ramas del derecho la Constitución Política.

## **REFERENTE TEÓRICO**

### **REFERENTE CONCEPTUAL:**

Para adentrarnos y entender el alcance de las facultades oficiosas del juez al decretar pruebas en un proceso civil, consideramos de suma trascendencia referirnos a aspectos que inciden y deben atenderse al momento de materializarse el acto procesal de decretar pruebas, toda vez que constituyen parámetros generales que permitirán adoptar una acertada decisión, que a su vez conducirá a alcanzar el fin del proceso judicial, cual es encontrar la verdad real para dirimir en justicia la controversia jurídica suscitada.

### **DEL JUEZ COMO ÓRGANO PRODUCTOR DE LA PRUEBA:**

El proceso judicial constituye uno de los instrumentos creados por el ordenamiento jurídico para que las personas acudan a dirimir las controversias que se les han presentado y que no han logrado solucionar directamente, o a través de otro mecanismo jurídico, es el escenario que por regla general utilizan los miembros de la sociedad, en procura de encontrar una solución justa al conflicto que se ha suscitado con ocasión de la formación, ejecución o cumplimiento de algún acto o hecho jurídico.

El proceso judicial se enmarca en unas reglas cuyo cumplimiento garantiza la igualdad de trato de sus intervinientes y está dirigido por el juez o jueza, a quien se le ha investido de la facultad de administrar justicia o lo que es lo mismo de resolver en derecho la controversia planteada, aspectos todos que confluyen en el derecho fundamental que toda persona tiene al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

El juez o jueza es entonces el llamado a emitir una declaración de voluntad del Estado respecto del caso concreto que le ha sido planteado, la cual se materializa en la sentencia, y esa decisión para que sea aceptada jurídica y socialmente debe estar

apoyada en las pruebas que se recauden en el proceso, es decir en los diferentes elementos que la ley admite para demostrar los hechos que sustentan la demanda o su contestación, bien sean documentos, testimonios, inspección judicial, dictamen pericial, interrogatorio de parte; material de prueba que las partes del proceso deben suministrar en las oportunidades legales, pero que también puede ser incorporado al mismo por iniciativa y orden del juez.

Así mismo se requiere que la sentencia refleje una decisión justa que consulte la verdad real, esto es, que partiendo del conocimiento de lo real y verdaderamente sucedido el juez resuelva la controversia, reconociendo el derecho sustancial que ha sido agraviado o desconocido. Por consiguiente, para obtener esa verdad real se ha facultado al juez o jueza para que, por su iniciativa, decrete las pruebas que considere necesarias y útiles, de modo que no se limite al decreto y práctica de las pruebas que las partes del proceso le soliciten, pues siempre que lo estime, bien para esclarecer alguna duda que tenga sobre la ocurrencia de un hecho, o para complementar cierto aspecto que le posibilite una mejor decisión, podrá hacer uso del poder de decretar pruebas, es decir de disponer la práctica de pruebas de oficio.

Ahora bien, esa facultad o poder debe estar guiada por los conceptos relativos al objeto de la prueba, al tema de prueba, al fin de la prueba, a la pertinencia, y conducencia de la prueba, sobre los cuales se hace mención a continuación.

#### **OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL:**

Se entiende por objeto de la prueba lo que por regla general puede probarse o ser susceptible de comprobación, o sobre lo que puede recaer la prueba.

El objeto de la prueba judicial, han dicho varios autores, son los hechos, es decir, todo lo que pueda ser percibido y que no sea una simple entidad abstracta o idea pura.

El tratadista Jairo Parra Quijano señala que “... *son objeto de prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta*”<sup>1</sup>, advirtiendo también, que los hechos pueden ser afirmados o negados, pero lo que se prueba son los hechos, más no las afirmaciones, ya que son simples manifestaciones, criterio último, que comparte el doctrinante Hernán Fabio López Blanco, cuando señala “... *Yes que si solo se probaran aseveraciones y no hechos, llegaríamos a la absurda conclusión de que el juez cuando utiliza su poder de decretar y practicar pruebas de oficio también estaría demostrando aseveraciones, las que no ha hecho y que, además, no puede hacer so pena de entrar en el campo del prejuzgamiento*”<sup>2</sup>.

Ahora bien, los hechos objeto de prueba pueden ser pasados (que ya acontecieron), o presentes (están sucediendo), pero no los futuros, porque si no han ocurrido, no

1 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 18 edición. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2011. p. 122.

2 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo 3. Bogotá D.C.: Dupré, 2008. p.55



pueden tener la entidad de hechos, sin embargo el tratadista Hernando DevisEchandía afirma que los hechos futuros también pueden ser objeto de prueba, como sucede al calcular el lucro cesante por actividades futuras, situación frecuente en los procesos de responsabilidad civil extracontractual, razonamiento del que se aparta el profesor Hernán Fabio López Blanco, quien alude la imposibilidad de que circunstancias futuras sean tema de prueba, así sea previsible que se puedan dar, acotando que cuando se emplean medios de prueba para establecer posibles comportamientos económicos que en un futuro pueden esperarse, como sería el peritazgo para determinar una condena por daño futuro, no se está probando un hecho que no ha sucedido, sino que se trata de establecer unas bases indemnizatorias sobre el supuesto de lo que se espera puede ser el comportamiento económico en el porvenir.

Según lo indica el tratadista Hernando DevisEchandía, se entiende por hechos:

*a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc; e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos.*<sup>3</sup>

Además, los hechos que interesa probar, son aquellos que tienen estrecha relación con la cuestión material del proceso, toda vez que si son ajenos al asunto debatido, no deben, de manera alguna, ser objeto de prueba en ese proceso específico y concreto.

Ahora bien, atendiendo lo expuesto por Jairo Iván Peña Ayazo, el objeto de la prueba es “*el hecho respecto del cual la prueba demuestra, confirma o refuta, y se determina con relación al enunciado empírico al cual ha de referirse la prueba*”<sup>4</sup>. “*Así, en el proceso deben probarse los enunciados sobre los hechos, formulados por las partes*”<sup>5</sup>.

#### **TEMA DE PRUEBA:**

Dentro del proceso judicial resulta de vital importancia determinar con precisión el tema de prueba, toda vez que ello permite encauzar el debate probatorio hacia los hechos que interesan al proceso, impidiéndose que ese debate se extienda a hechos que no constituyen fundamento de las pretensiones o excepciones, y que,

---

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Judicial. Pruebas Judiciales. Tomo II. Bogotá: ABC, 1988. p. 43,44.

<sup>4</sup> PEÑAAYAZO, Jairo Iván. Prueba Judicial. Análisis y Valoración. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2008, p. 22.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 23.

por tanto, pueden desviar la atención del juzgador e incluso hacer incurrir a las partes y a la administración de justicia en un desgaste innecesario. De ahí que debe tenerse claridad sobre lo que debe entenderse por tema de prueba para que al momento de decretarse las pruebas se orienten hacia lo que verdaderamente interesa en el caso concreto por ser el asunto en controversia, claridad que obviamente es reclamable del juzgador como quiera que al momento de disponer su práctica, bien por solicitud de las partes, o en ejercicio de sus facultades oficiosas, decrete aquellas que se relacionen con el asunto en litigio y que servirán para dirimir el problema jurídico.

Sobre lo que debe entenderse como tema de prueba el tratadista Hernando DevisEchandía, señala: “... es tema de prueba o implica necesidad de prueba sólo aquello que interesa al respectivo proceso, por constituir los hechos sobre los cuales versa el debate o la investigación penal o la cuestión de jurisdicción voluntaria planteada, y que la ley exige probar para que puedan pronunciarse la sentencia y las decisiones interlocutorias que la preceden.”

Este autor nos señala que el concepto de tema de prueba no debe confundirse con el de carga de la prueba, toda vez que esta determina cuáles hechos de los que integran el tema de prueba, debe probar cada parte y le indica al juez de qué forma debe fallar cuando no encuentra demostrado un hecho determinante de la solución jurídica que debe adoptar.

El doctor DevisEchandía nos recuerda que no hacen parte del tema de prueba los hechos que no encajan en el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación se persigue, como tampoco lo integran aquellos hechos que no son objeto de controversia por ser aceptados o reconocidos por las partes, como también aquellos que no necesitan prueba bien por gozar de presunción, por ser notorios, por ser indefinidos o por estar prohibida por la ley su prueba.

Tratándose de un proceso civil el tema de prueba se circunscribe a los hechos alegados por las partes en la demanda o en su contestación a través de excepciones, y que no correspondan a aquellos hechos que si bien sirven de sustento a las normas cuya aplicación se persigue, están exentos de prueba por alguna de las razones anteriormente indicadas, y los accesorios a aquellos.

En consecuencia, las afirmaciones de las partes vinculan al juez al momento de decretar las pruebas, pues serán los hechos a que se refieren tales afirmaciones los que deberán ser demostrados, a menos que, como dijimos, estén exentos de prueba por la ley; pero es importante tener en cuenta que si la afirmación es conjunta, de todas las partes, o se admite expresamente, el hecho queda probado, salvo que la ley exija prueba solemne o rechace la de confesión.

Lo anterior implica que el tema concreto de prueba lo forman los hechos discutidos o controvertidos y los aceptados que no admitan prueba por confesión.

---

6 DEVIS. Op cit., p. 51.

El tratadista Jairo Parra Quijano, refiriéndose al tema de prueba sostiene que “...está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso.”<sup>7</sup> En sentir del autor este concepto resulta de utilidad toda vez que le permite al juez saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de manera que al momento de su decreto puede controlar su pertinencia.

Reitera que son hechos exentos de prueba, a pesar de ser tema de prueba, los hechos notorios, entendido como el conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el juez. Aquí el profesor hace alusión a un punto trascendente como es que una cosa es que el hecho esté exento de prueba y otra muy distinta que no exista la carga de alegarlo; lo anterior para explicar que si bien el juez civil está facultado para declarar probadas de oficio las excepciones perentorias (excepto prescripción, compensación y nulidad relativa), no puede decirse válidamente que cuando estas se sustenten en hechos notorios tampoco existe la carga de alegarlos, por cuanto si esto fuera cierto se violaría el derecho de defensa y se afectaría el debido proceso.

También están exentas de prueba las negaciones o afirmaciones indefinidas, según lo establece el párrafo 2º del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Al igual que no requiere prueba la ley de alcance nacional.

Ahora, el tratadista Hernán Fabio López Blanco señala que el tema de prueba “*Lo constituyen aquellos hechos que de acuerdo con el particular y concreto carácter del respectivo proceso es necesario acreditar para llevar certeza de ellos al funcionario judicial, noción que a su vez es la base para desarrollar los conceptos de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.*”<sup>8</sup>

Al referirse a que están exentos de prueba los hechos notorios y las negaciones indefinidas aduce que esta exención implica la inversión de la carga de la prueba porque la parte interesada en hacerlo puede desvirtuar con pruebas, los hechos establecidos en virtud de la notoriedad o la negación indefinida.

Aquí encontramos una notable diferencia entre lo que consideran estos dos últimos autores es el hecho notorio, toda vez que Hernán Fabio López Blanco lo concibe como “... *aquel que dadas las características que originaron su ocurrencia se supone conocido por la generalidad de los asociados, cualquiera que sea su grado de cultura y conocimientos, dentro de un determinado territorio y en determinada época.*...”<sup>9</sup> Se tiene entonces que disienten en el grado de cultura de las personas que deben conocer el hecho pues mientras Jairo Parra Quijano exige que el hecho sea conocido por personas de mediana cultura, Hernán Fabio López Blanco aduce que este aspecto ninguna incidencia tiene y que será notorio el hecho conocido por gente de mínima cultura.

---

7 PARRA. Op. cit., p. 135.

8 LÓPEZ. Op. cit., p. 57.

9 *Ibid.*, p. 58.

Otro aspecto sobre el cual la doctrina no es unívoca es el atinente a la necesidad de alegar o no las partes los hechos notorios, pues mientras Jairo Parra Quijano según se consignó exige que esos hechos sean alegados para garantizar el derecho de defensa, tanto Hernán Fabio López Blanco, como Hernando DevisEchandía, afirman que ello no es necesario por cuanto así como el juez tiene la facultad de decretar pruebas de oficio, también oficiosamente puede reconocer hechos notorios que no requieren prueba, sin importar que no hayan sido alegados por las partes en los hechos de la demanda o de las excepciones. Se hace ver que ésta facultad del juez no afecta el derecho de defensa, si en cuenta se tiene que las partes disponen de mecanismos como los recursos para contradecir la apreciación del hecho.

Hernán Fabio López Blanco reitera como hecho exento de prueba el que va envuelto en una negación indefinida, poniendo de presente que obedece a la dificultad probatoria por su indefinición en el tiempo, resultando interesante su planteamiento relativo a que esta indefinición no sólo puede ser absoluta, sino también relativa, es decir, depende del transcurso de un lapso que racionalmente evidencia la imposibilidad de probar la circunstancia respectiva.

Será entonces el juez quien al momento de apreciar los hechos determine si una circunstancia puede quedar dentro del campo de la negación o afirmación indefinida sin que puedan ser trazados límites temporales exactos para ubicar la base de su existencia.

Finalmente como ya se mencionó, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y las leyes extranjeras deben acreditarse. Aquí es importante tener en cuenta que la ley de alcance nacional que no requiere de prueba es la ley escrita, por cuanto tratándose de la costumbre nacional que en ocasiones tiene fuerza de ley, no está exenta de prueba.

#### **FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL:**

Se considera que el fin de la prueba en todo proceso es alcanzar la verdad, o reconstruir el hecho tal y como supuestamente ocurrió.

El profesor Jairo Parra Quijano, refiere que “... *Toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico.*”<sup>10</sup> Enfatiza que esta obligación, a cargo del funcionario de buscar la verdad, implica no solamente la búsqueda de la prueba, sino que una vez aportada al proceso debe tenerla en cuenta, es por ello que la Corte Constitucional ha considerado que se configura una vía de hecho, cuando el juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión.

Sostiene que no debería existir diferencia en relación al fin de la prueba entre el proceso civil y el penal, si en cuenta se tiene que en el proceso penal se busca la llamada “verdad real” y en el proceso civil una “verdad formal” es decir (una no verdad). Preceptúa que ningún ordenamiento jurídico o jurisdicción sensata

<sup>10</sup>PARRA. Op. cit., p. 149.

permitiría a los asociados adelantar un proceso donde a pesar de todas las dificultades y desgastes que implica el recaudo de la prueba se llegara a una verdad formal y en otro a una verdad real, cuando la verdad es una sola y además se cuenta con el mecanismo de las pruebas de oficio en materia civil, lo que permite al juzgador utilizar otros medios de prueba para llegar a la certeza de los hechos.

En el proceso judicial se trata fundamentalmente de manejar el amplio sentido del vocablo acciones y comportamientos humanos, y por ello podemos utilizar como material de la reconstrucción del hecho, prueba indiciaria, y por sobre todo las reglas de la experiencia, que no pueden utilizar normalmente las ciencias empíricas.

Finalmente hace la siguiente delimitación al decir que una sentencia justa no proviene del mayor número de pruebas, ni de escudriñar todos los hechos, solo se necesitan los hechos que sean objeto y tema de prueba.

Hernán Fabio López Blanco, define desde el punto de vista procesal que *“... la prueba tiene como finalidad llevar certeza al funcionario judicial, usualmente el juez, acerca de los hechos base de las solicitudes pertinentes, llámense pretensiones, excepciones perentorias o cualquier otra cosa; en suma, se persigue con ella convencerlo de la ocurrencia de determinadas circunstancias de hecho que se supone son verdaderas”*<sup>11</sup>. No perdiendo de vista que la certeza producida en el juez, tenga como sustento la verdad, es decir que quede convencido de la existencia de lo que se requiere demostrar.

Manifiesta que comparte la opinión de Parra Quijano acerca de que con las facultades oficiosas que tienen todos los jueces en los distintos países del mundo y, en el caso de Colombia, es posible que la mayoría de las veces, la certeza se logre sobre la verdad. El Juez, de todas maneras dicta sentencia, cuando tiene la creencia de que logró descubrir la verdad, aunque no la haya conseguido realmente.

Resalta que lo que no puede garantizar el sistema es que la verdad del juez sea siempre coincidente con los hechos sucedidos, de donde surge la necesidad de disponer de otras herramientas procesales como los recursos de apelación, casación, revisión que cumplen papel importante en estos eventos.

Hernando DevisEchandía, frente al concepto de fin de la prueba se hace dos interrogantes.

- ¿Para qué se prueba en el proceso?
- ¿Qué se persigue al llevarle al Juez la prueba?

Enuncia que existe un fin extraprocesal, que en este aspecto la prueba desempeña ciertas funciones importantes, tales como dar seguridad a las situaciones jurídicas y más comercialidad a los derechos reales y personales enajenables, lo mismo que prevenir y aún evitar los litigios. Y un fin procesal de la prueba judicial que puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que suministra o del juez que la valora;

---

<sup>11</sup> LÓPEZ. Op. cit., p. 55.

aquella pretendiendo vencer en el litigio o conseguir su pretensión en el proceso voluntario, y éste, tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla.

Reconoce que en esta materia existen tres teorías:

- La que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad.
- La que estima que con ella se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión.
- La que sostiene que persigue fijar los hechos en el proceso.

Según su concepto, las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y, por tanto, existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función, no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de esta, sin que por ello dejen de cumplir el fin a que están destinadas que significa permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso de jurisdicción voluntaria, con arreglo a lo que considera que es la verdad.

Indica que el fin de la prueba es darle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual permite adoptar su decisión, ese fin se satisface, sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estaría frente a la verdad, o que se encuentre desligada de ella y entonces estaríamos frente al error. La justicia humana no puede exigir más, porque no podemos aspirar a la infalibilidad.

Jairo Iván Peña Ayazo, afirma que:

*“... la decisión judicial debe fundamentarse en una reconstrucción de los hechos que corresponda a la realidad empírica de ellos, en tanto este se encuentre confirmado por las pruebas, de manera individual y en conjunto.” “La función de la prueba es suministrar los elementos de juicio requeridos para establecer si los enunciados fácticos aducidos corresponden a la realidad de los hechos relevantes para el proceso. Así un enunciado fáctico se considera verdadero si es confirmado por pruebas; se considera falso si las pruebas lo refutan; y se considera no probado si en el proceso no se cuenta con las pruebas suficientes para la demostración de la verdad o de la falsedad.”<sup>12</sup>*

Probar corresponde a las actividades de las partes y al juez, orientadas a una consideración procesal de datos empíricos que permita tomarlos como pruebas.

### **CONDUCENCIA Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA:**

De conformidad con nuestro estatuto procesal civil, todo ciudadano que se vea inmerso en un proceso civil tiene el derecho subjetivo de probar, limitado a:

---

12 PEÑA. Op. cit. p., 29,30.

- ✓ Que debe utilizar los medios conducentes ,
- ✓ Que el medio tenga pertinencia con la causa,
- ✓ Que el medio no tenga prohibición legal y
- ✓ Que su uso no sea inútil en la práctica

El profesor Hernando DevisEchandía, considera a la pertinencia y la conducencia como los requisitos intrínsecos de los actos de prueba y como requisitos extrínsecos la oportunidad procesal, formalidades procesales, legitimación y postulación para quien pide la prueba, la competencia del juez o su comisionado, la capacidad general del juez y de los órganos de prueba, ausencia de impedimentos legales del juez, su comisionado, testigos, peritos, intérpretes, etc<sup>13</sup>.

Este mismo profesor define de forma magistral los conceptos de conducencia y pertinencia, así:

Conducencia: *“Es la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere”*<sup>14</sup>. Dice que persigue un doble fin: a) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero, pues si la prueba es inconducente significa ni más ni menos que el medio que se quiere utilizar es ineficaz para demostrar el hecho; b) proteger la seriedad de la prueba y evitar dificultades y entorpecimientos a la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso.

Para que una prueba sea conducente debe cumplir dos requisitos:

- 1) Que la prueba solicitada esté autorizada por la ley, y que no se encuentre prohibida, tácita o expresamente, por una norma legal.
- 2) Que el valor probatorio de la prueba solicitada no esté excluido por una norma legal, en razón de que esta norma exija una prueba especial.

Este profesor concluye que la conducencia de la prueba es una cuestión de derecho en razón a que, de lo que se trata es de determinar si es legalmente apta para probar el hecho.

Por el contrario, dice que la pertinencia es una cuestión de hecho, dado que es la relación que el hecho por probar pueda tener con la litis o controversia de las partes.

Concluye que en todos los códigos de procedimiento se encuentra la inadmisibilidad de plano de las pruebas notoriamente inconducentes o impertinentes, al igual que reconocen al juez esta facultad por razones de economía procesal, cuando sea evidente por aparecer a primera vista y sin mayores análisis, y que admita la prueba cuando tenga duda.

El tratadista Jairo Parra Quijano, las define así:

Conducencia: es una comparación entre el medio probatorio que se ha de usar y la ley, con el objetivo de verificar si el hecho se puede demostrar con el empleo de ese

---

<sup>13</sup>DEVIS.Op. cit., p., 113.

<sup>14</sup>Ibí., p. 114.

medio probatorio; “es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.”<sup>15</sup> Nos trae un ejemplo bastante ilustrativo, consistente en que para acreditar la venta de un bien inmueble, la ley exige celebrar la venta por escritura pública, por tanto, sería inconducente pedir para probar esta venta de bien inmueble otro medio probatorio como un documento privado o un testimonio<sup>16</sup>.

Pertinencia: “Es la adecuación entre los hechos que se pretende llevar al proceso y los hechos que son tema de prueba de este”<sup>17</sup>; lo que no es distinto a la relación de facto entre los hechos que se pretende demostrar y el tema del proceso. Trae a colación este autor una sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, que dice: “En el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, pero ninguna será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes.” (CSJ sentencia fecha 30 junio de 1998 M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Hernán Fabio López Blanco define la conducencia como el empleo del medio probatorio idóneo, de conformidad con la precalificación que la ley ha efectuado de algunos de ellos, en otras palabras es la existencia de ciertos medios probatorios que son los aptos para probar una determinada circunstancia fáctica. La conducencia tiene relación directa con la eficacia de la prueba<sup>18</sup>.

Este autor, respecto de la pertinencia señala que se requiere que el medio probatorio no solo sea apto para demostrar el hecho que se quiere establecer, sino que debe estar referido al objeto del proceso y versar sobre los hechos que conciernen al debate, en otras palabras, una prueba puede ser conducente porque la ley no la prohíbe, ni exige un particular medio probatorio, pero si nada aporta al objeto de la litis la prueba será impertinente; a título de ejemplo dice que el solicitar unos testimonios de buena conducta de X cuando el debate es probar la excepción de pago, la prueba será conducente, porque no está prohibida, ni se exige un medio particular de prueba, pero será impertinente por no aportar nada al objeto de la litis<sup>19</sup>.

Igual que casi todos los autores, reconoce que la ley faculta al juez para rechazar de plano tanto las pruebas inconducentes como impertinentes.

En lo que se encuentra consenso en los doctrinantes e incluso en la jurisprudencia, para el desempeño probatorio, es la conducencia y pertinencia de la prueba, que a pesar de parecer sencillo, en la práctica es difícil su determinación, en el caso de la conducencia en la medida que es la determinación que la prueba debe conducir a comprobar algún hecho de relevancia, porque connota la relación probatoria entre la prueba y la propuesta fáctica a la cual se dirige.

---

15 PARRA. Op. Cit., p. 145.

16 Ibid., p. 145.

17 Ibid., p. 145.

18 LÓPEZ. Op. Cit., p.71.

19 Ibid., p. 74.



En cuanto a la pertinencia es que la prueba solicitada debe tener vinculación con los hechos y las pretensiones.

Es pertinente en el caso de familia para poder establecer la no paternidad, el pedir pruebas, tendentes a la comprobación de ese hecho negativo de la no paternidad; no serán pertinentes a título de ejemplo, pruebas encaminadas a establecer que la mujer era promiscua.

Con relación a la conducencia de la prueba de los hechos controvertidos, a título de ejemplo, ante un reclamo por daño moral, se debe indicar que las pruebas solicitadas únicamente pueden referirse a las condiciones personales del afectado, así como a los distintos ámbitos de impacto, que en su vida de relación ocasionó la situación fáctica que produjo los daños morales.

Como bien puede observarse la doctrina tiene bien decantado que las pruebas deben ceñirse a los hechos, por esto es de mucha utilidad para que el juez pueda decidir qué pruebas son conducentes y pertinentes, las audiencias de los artículos 101 y 432 de nuestro C. de P.C., exigen que se fijen los hechos y las pretensiones y, ya fijados estos, entonces se entra a mirar por el juez qué pruebas de las pedidas son conducentes y pertinentes, pues las que no pertenezcan a los hechos y las pretensiones deberán ser desechadas, al igual que las referidas a hechos no controvertidos por haber sido aceptados por las partes, y además podrá valorar qué pruebas de oficio son de utilidad, para las proposiciones objeto de contradicción por las partes.

#### **DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS:**

Nuestro Código de Procedimiento Civil, en materia probatoria, confiere al juez amplias facultades para encauzar el debate probatorio; es así como al tiempo que lo faculta para rechazar pruebas solicitadas por las partes, guiado por los conceptos de objeto, tema, fin, pertinencia, conducencia y necesidad de la prueba, se le reviste del poder de decretar oficiosamente las que considere necesarias para ir en búsqueda de la verdad material y evitar la simplemente formal.

Se procura del operador judicial una actitud activa en torno al decreto y práctica de la prueba; esto es, que asuma su condición de juez director del proceso con el objeto de que adquiera toda la información posible que le permita adoptar una decisión que responda al ideal de justicia.

Sobre el decreto de pruebas de oficio, el tratadista Hernando DevisEchandía expresa que uno de los principios generales aplicable a la prueba civil es el principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas, lo que significa que el juez debe tener facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, y que es un deber suyo ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para verificar la realidad de los hechos alegados o investigados, art. 37 del C. de P.C. El doctrinante rechaza que se asigne a las partes un poder exclusivo sobre el elemento probatorio del proceso, pues ello le atribuye un interés netamente privado, y destaca que en

nuestro país este poder ha sido eliminado desde 1948 con el código procesal laboral, siendo implementado en el civil a iniciativa suya en 1970, por lo que en materia probatoria rige el principio inquisitivo, según el cual se permite al juez la investigación oficiosa de los hechos<sup>20</sup>.

El doctor DevisEchandía rechaza las objeciones que se hacen al principio inquisitivo en materia probatoria en el campo civil, consistentes en que el proceso civil es un litigio de interés privado; por tanto, las partes deben ser libres de manejarlo según su leal saber y entender, como también que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que, por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad.

Considera el tratadista que tales cuestionamientos son inadmisibles toda vez que el proceso civil, hoy día, se ve como el ejercicio de la jurisdicción del Estado, con un interés público o general, cual es obtener la adecuada aplicación de la ley material y la recta justicia en los casos particulares, para mantener la paz y tranquilidad social. Además señala que la imparcialidad no se opone al descubrimiento de la verdad y nadie tiene derecho a ocultarla.

Sostiene que la democracia política y el principio de igualdad de las partes en el proceso se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para hacer efectiva la igualdad de las partes y para que triunfe la verdad y la justicia, con lo que se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.<sup>21</sup>

El profesor y tratadista Jairo Parra Quijano refiere que el proceso civil colombiano se rige por el principio dispositivo en el aspecto procesal, es decir, se requiere de una demanda de parte, impera la congruencia en la sentencia y se debe estar facultado por la parte para disponer del derecho en litigio; mientras que en materia probatoria el juez tiene facultades inquisitivas y debe decretar pruebas de oficio a fin de averiguar la verdad de los hechos objeto del proceso.

Señala que estas facultades encuentran apoyo normativo en el artículo 37 numeral 4 del C. de P.C., que consagra como un poder-deber del juez el decretar pruebas de oficio, deber que es desarrollado en los artículos 179 y 180 *ibídem*.

Aduce que las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad aparente, y el juez cuando ejerce esta facultad da a entender que al Estado le interesa edificar una sentencia con base en la verdad de los hechos. Incluso afirma que con este proceder el juez se hace parcial con la búsqueda de la verdad, e imparcial con las partes, lo que no lograría si fuera como un títere, moviéndose según la conveniencia o intereses de éstas. Agrega que se protegen los intereses de terceros, pues se evita

<sup>20</sup>DEVIS. Op. cit., p. 30, 31

<sup>21</sup>*Ibid.*, p. 32, 33

que las partes actúen fraudulentamente afectando a terceras personas, y sostiene que con las facultades oficiosas del juez en materia probatoria se logra que la desigualdad en el mundo del proceso sea menos notoria, que éste no se preste para el triunfo de quien tiene mejores medios para hacerse representar y que, por el contrario, salga avante quien tiene la razón<sup>23</sup>.

El tratadista y profesor Hernán Fabio López Blanco sostiene que en atención a lo dispuesto en los artículos 179 y 180 del C. de P.C., el juez tiene como uno de sus deberes centrales el de decretar y practicar pruebas de oficio, siempre que lo estime oportuno, lo cual puede hacer dentro de los plazos y oportunidades que la ley le asigna, es decir, plantea que opera la preclusión respecto de la oportunidad probatoria oficiosa del juez. Resalta que es imperativo que al juez le parezca necesario decretar la prueba de oficio, por lo que las peticiones de los abogados para que lo haga no son obligatorias y deben ser vistas sólo como una sugerencia. Pero también resalta que la prueba de oficio, primordialmente, debe decretarse y practicarse dentro del término probatorio, y sólo subsidiariamente puede adicionarse ese término; ello para evitar dilaciones de los operadores judiciales a través de esta facultad, cuando ya el proceso está al despacho para sentencia.

Pone de presente que la facultad de decretar pruebas de oficio no ha eliminado el deber de las partes de probar, por así establecerlo el artículo 177 del C. de P.C., que recoge la carga de la prueba; luego no puede considerarse que por esa posibilidad se desplaza al juez la carga de probar, pues se trata de un deber radicado de manera preponderante en las partes.

#### **REFERENTE JURÍDICO:**

El decreto oficioso de pruebas encuentra apoyo normativo en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil. Según las normas citadas el juez tiene la facultad y el deber de decretar pruebas de oficio siempre que lo considere útil para verificar los hechos planteados por las partes, bien en la demanda, o a través de la proposición de excepciones, sin que deba reparar en el comportamiento negligente o en la ignorancia de sus apoderados judiciales, pues lo que se persigue, se insiste, es la búsqueda de la verdad material.

En tratándose de la prueba testimonial el artículo 179 limita el decreto oficioso al exigir que los nombres de los terceros declarantes aparezcan mencionados en otras pruebas o actuaciones procesales de las partes.

Tal facultad-deber también se encuentra consagrada en el artículo 37 numeral 4 *ibídem*, al establecer que le corresponde al juez decretar pruebas de oficio siempre que lo considere necesario para verificar los hechos alegados por las partes y para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.

---

22 PARRA. Op. cit., p. 186

23 LÓPEZ. Op. cit., p. 96,100

Adicionalmente, se encuentran otras disposiciones normativas que complementan y desarrollan este poder.

Veamos, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra la posibilidad de decretar pruebas de oficio en cualquiera de las instancias y aún antes de fallar, para efecto de concretar el monto de las indemnizaciones cuando hay lugar a su reconocimiento.

De otra parte, según el artículo 93 del Código de Procedimiento Civil el demandado puede allanarse a la demanda, quedando el juez facultado de entrar a fallar, no obstante, la disposición lo faculta para rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio siempre que advierta colusión o fraude.

En el artículo 186 *ibídem*, se consagra la facultad que tienen las partes de solicitar al juez que dicte sentencia con apoyo en las pruebas aportadas con la demanda y su contestación, pero al mismo tiempo se le faculta al juez para obviar ese pedimento y decretar pruebas de oficio para la verificación y aclaración de los hechos.

De igual manera la Corte Suprema de Justicia está investida por el artículo 375 numeral 2 *ib.*, de la facultad de decretar pruebas de oficio en sede de casación antes de dictar la sentencia sustitutiva cuando lo considere necesario.

Aunadas a los anteriores preceptos normativos, encontramos en las disposiciones que regulan en el Código de Procedimiento Civil cada uno de los diferentes medios probatorios, normas que contemplan el ejercicio de la facultad oficiosa del juez de dirigir el debate probatorio.

Durante el interrogatorio de parte el juez puede interrogar sobre los hechos que interesan al proceso, según lo establece el artículo 202 del C. de P.C.; incluso si el interrogatorio fue a petición de parte puede el juez interrogar a las demás que se encuentren presentes –art. 208 inc. 2 *ib.*

Adicional a ello, durante la práctica de la inspección judicial el juez puede interrogar a las partes sobre asuntos relacionados con la diligencia, art. 246 numeral 8 *ib.*

Si se trata de una diligencia de oposición a la entrega, el juez debe decretar el interrogatorio del opositor si este se encuentra presente, para cuestionarlo sobre la posesión que alega, o al tenedor, si es el caso, art. 338 núm. 2 y 3 *ib.* Lo mismo sucede si se trata de una oposición al secuestro, art. 686 par. 2.

Ahora bien, en punto a la prueba testimonial, como ya se hizo mención, el juez puede citar a declarar a las personas que considere, bajo la condición de que sus nombres aparezcan en el informativo. De conformidad con el artículo 224 del C. de P.C., el juez debe asumir una participación activa en el desarrollo de la testifical, es así como le corresponde interrogar al testigo sobre los hechos que interesan al proceso, como también sobre circunstancias que evidencien algún grado de parcialidad que lo hagan sospechoso, procurando que explique la razón de la ciencia de su dicho, art. 228 *ibídem*. Debe igualmente el juez velar por el contenido de las preguntas que se

formulen para que sean claras y concisas, así como para que no se insinúe la respuesta, pues en caso necesario las podrá rechazar, según lo prevé el artículo 226 ib. Del mismo modo debe rechazar las preguntas manifiestamente impertinentes, superfluas, las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo y las que tiendan a provocar conceptos de éste, art. 227 ibídem.

Los artículos 179 y 244 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil permiten al juez decretar de oficio una inspección judicial, en tal acto puede fijar el alcance y objetivo de la prueba e incluso ordenar durante su desarrollo la recepción de testimonios, documentos, la práctica de peritaciones, interrogar a las partes, siempre y cuando estas pruebas tengan relación directa con el examen judicial de personas, cosas, lugares o documentos que esté realizando art. 246 ib.

Frente a la prueba pericial el juez está facultado para elaborar el cuestionario que debe absolver el perito, como también para ampliar el presentado por la parte que solicita la prueba, según lo dispone el artículo 236 numeral 2 del C. de P.C., puede igualmente por su iniciativa ordenar que el perito amplíe, aclare o complemente la peritación, art. 240 ib.

Como puede observarse son diversas las normas que apoyan el decreto oficioso de pruebas o su desarrollo.

## **METODOLOGÍA**

### **TIPO DE INVESTIGACIÓN: DESCRIPTIVA**

La investigación adelantada permitió conocer la posición asumida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en torno al tema del decreto de pruebas de oficio, por lo que se podrán precisar los parámetros que en criterio de la alta corporación deben guiar la actividad de los jueces al momento de emitir una decisión de esta naturaleza. Para tal efecto, se analizaron las sentencias proferidas entre el 2005 y el 2010, presentándose en este documento, los criterios o sub-reglas que han sido establecidos por la Corte y deben ser tenidos en cuenta por los jueces al decretar pruebas de oficio.

### **POBLACIÓN, MUESTRA Y TIPO DE MUESTREO:**

Para obtener las sentencias se acudió a la página web de esta corporación, y con el fin de agrupar una muestra más específica se utilizó como herramienta el buscador de la página, concretamente de la Sala Civil, en donde se insertó como descriptor la frase "decreto de pruebas de oficio", lo que permitió obtener un número concreto de sentencias que mencionan o tratan el tema. Esta búsqueda se hizo año por año, lo que arrojó un número no inferior a cincuenta providencias por cada año, que fueron leídas para extraer las que contienen una sub-regla o parámetro que debe atender el juez al momento de decretar pruebas de oficio.

El tipo de muestreo que se utilizó fue el de muestreo no probabilístico por criterio. Por consiguiente los criterios de búsqueda aplicados son los siguientes:  
Documentos: sentencias  
Órgano de origen: Corte Suprema de Justicia  
Sala de origen: Sala Civil  
Temporalidad: años 2005 – 2010  
Descriptor: Decreto de pruebas de oficio  
Patrón fáctico: Ejercicio u omisión, del juez de primera o segunda instancia, de la facultad de decretar pruebas de oficio.

### **OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:**

Fueron analizadas las sentencias que durante el período investigado se refirieron al decreto oficioso de pruebas, para conocer cuándo es imperativo y cuándo no cumplir con esta actuación.

Se tuvieron en cuenta las sentencias en las que el juez no ejerció la facultad de decretar pruebas de oficio, cuando debió hacerlo, y los efectos de esta omisión.

Así mismo se revisaron las sentencias en las que el juez decretó pruebas de oficio, pero no adoptó las medidas necesarias para su incorporación efectiva al proceso, estableciendo las consecuencias.

De igual forma se examinaron las consecuencias que para el proceso tiene el omitir el decreto y práctica de pruebas de oficio, en casos en los que no había claridad y certeza para adoptar una decisión.

### **INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN:**

Para identificar las sentencias útiles en el desarrollo de la investigación se adoptó como protocolo el establecido por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, aplicado en el Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados y Jueces, que a su vez retomó el diseño expuesto por el doctor Diego Eduardo López Medina en el libro titulado "INTERPRETACIÓN JUDICIAL", publicado por esta Escuela.

i) Según este protocolo un primer paso metodológico es la identificación del problema jurídico, el que se planteó en la propuesta de investigación.

ii) Definido el problema jurídico se construyó un nicho citacional, es decir se buscaron sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que se referían al tema de la investigación, y que contribuían a solucionar el problema jurídico definido.

Si bien, el paso a seguir es encontrar la sentencia arquimédica, es decir la que sirve de punto de apoyo, para conocer si hace mención a una providencia anterior que haya analizado el tema y así sucesivamente ir construyendo la línea jurisprudencial, a través de la ingeniería de reversa, en esta investigación no fue posible identificar

esta sentencia, dado que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es usual encontrar una sentencia arquimédica, toda vez que la corporación no acostumbra citar en sus decisiones providencias en las que se haya pronunciado sobre el tema, es decir, no utiliza con frecuencia la técnica del precedente, contrario a lo que sucede en la Corte Constitucional.

iii) Una vez integrado el grupo de sentencias que se referían al título de la investigación, se extrajo la sub-regla que debe guiar la actividad probatoria del juez al momento de decretar pruebas de oficio.

iv) Estas sentencias se convirtieron en el material analizado, estableciendo la tesis y argumento central que responden el problema jurídico planteado en la investigación; se identificaron las premisas normativas en que se apoya ese argumento, se hizo mención a las premisas fácticas relevantes que dieron lugar a la tesis o el argumento central y se presentó una conclusión.

## **RESULTADOS**

A continuación se consignará el análisis de las sentencias halladas dentro del período de la investigación:

### **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil  
M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo  
Veintiocho (28) de junio de dos mil cinco (2005)  
Expediente N° 7901

### **HECHOS RELEVANTES:**

Gloria y Gabriel se conocieron, iniciándose entre ellos una amistad.

El 1° de octubre de 1993, los nombrados sostuvieron relaciones sexuales.

Gloria quedó embarazada, naciendo el menor Alejandro, el 29 de junio de 1994.

Gabriel no aceptó la paternidad.

Gabriel fue demandado en proceso de investigación de paternidad y al contestar la demanda se opuso a las súplicas de la misma.

La prueba de genética se decretó de oficio, pero no se efectuó.

El juez de primera instancia profirió sentencia estimatoria de las pretensiones.

El Tribunal revocó la sentencia de primer grado y no accedió a declarar la filiación invocada.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

PRIMERO: ¿Cuándo el juez asume una actitud pasiva frente a la práctica de una prueba decretada de oficio (prueba de genética) y no utiliza de manera razonable los poderes con que fue dotado, esa conducta omisiva, vicia de nulidad la actuación surtida, con fundamento en el numeral 6 del artículo 140 del C.P.C?

SEGUNDO: ¿Cuando las partes asumen una actitud de desidia frente a una prueba decretada de oficio, el juez en aras de velar por el hallazgo de la verdad, debe acudir a los poderes que ostenta para que la misma se realice, so pena de que la actuación surtida quede viciada de nulidad, por la tolerancia del juzgador?

TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: *“Resulta, pues, incontestable, que los comportamientos evasivos de los litigantes, aquellos que directa o indirectamente entorpecen la recolección de tales pruebas, las estrategias o expedientes empleados por uno de ellos para frustrar el derecho a la prueba de su contendiente –cabalmente entendido– y, en general, las conductas asumidas con el propósito de truncar la pesquisa jurídica judicial, constituyen posturas que la Constitución y la ley, por potísimas y ganadas razones, no toleran de ninguna manera, en cuanto se entienden violatorias de los principios, valores y garantías ya señalados, y que, cuando se ven escoltadas de una actitud de algún modo pasiva del juzgador, acaso con un dejo de cierta tolerancia, pueden dar lugar a un vicio de actividad procesal, susceptible de provocar, se anticipa, la invalidación del proceso”.*

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: *“La Sala ha recordado que, “tratándose de un compromiso con el hallazgo de la verdad, puesto que el proceso judicial no se justifica sino en tanto sea un instrumento para su verificación, porque esta en sí constituye un argumento de justicia, los argumentos de desidia de las partes no pueden dar al traste con lo que en definitiva es un poder-deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas.” (Sent. de 7 de marzo de 1997. Cfme: cas. civ. de 25 de febrero de 2002; exp.: 6623). Al fin y al cabo, con sólida razón, “la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva” (G.J. t. CXCII, pág. 233. Cfme: cas. civ. de 24 de noviembre de 1999; exp. : 5339), más propia de un proceder desidioso, muy otro del que debe observar todo servidor público, incluido el administrador de justicia, claro está, quien tiene un elevado compromiso con la colectividad toda”.*

ARGUMENTO CENTRAL:

PREMISAS NORMATIVAS:

Artículo 29 de la Constitución Política, prevé el debido proceso.

Artículo 228 de la Constitución Política, establece, entre otras cosas, que en las decisiones de la administración de justicia prevalece el derecho sustancial.



Artículo 4 del C de P.C., señala que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

Artículo 37 numerales 3 y 4 del C. de P.C., establece algunos de los poderes y deberes de que está dotado el juez.

Numeral 6 del artículo 140 del C de P.C., prevé como causal de nulidad la omisión de términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas.

El artículo 1 de la Ley 721 de 2001 dispone la práctica de oficio de los exámenes de genética en todos los procesos de investigación de paternidad.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 24 de noviembre de 1999, expediente 5339.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 25 de febrero de 2002, expediente 6623.

#### PREMISAS FÁCTICAS:

En el presente caso se demostró que el juez asumió una actitud pasiva frente a la desidia del demandado, pues pese a decretar una prueba oficiosa o una dispuesta por la misma ley (examen de genética), no desplegó los poderes de que estaba investido para que la misma se realizara.

#### CONCLUSIÓN:

Es claro que ante un comportamiento obstructivo de las partes en la práctica de una prueba decretada de oficio que es fundamental para las resultas de un pleito, acompañada de una actitud pasiva y tolerante del juzgador da lugar a que la actuación se invalide por la causal de nulidad prevista en el artículo 140 numeral 6 del C de P.C.

#### SUB-ARGUMENTOS:

*-“Cumple entonces reiterar que tratándose de procesos de investigación o de impugnación de la paternidad o maternidad, en que los jueces tienen el deber legal de decretar –aún de oficio- los exámenes genéticos necesarios para establecer la verdadera filiación de la persona comprometida con la pretensión, según lo establece la Ley 721 de 2001, constituye nulidad procesal, en los términos del numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., el comportamiento obstructivo de una de las partes o, en general, su renuencia a colaborar en la práctica de dicha prueba, en tanto esa conducta se acompañe de una actitud pasiva del juzgador que, tolerante ante el cercenamiento de la oportunidad para practicar pruebas, se abstenga de adoptar medidas idóneas para remover –aún con determinaciones de tipo coactivo, pero legales-, los obstáculos puestos por el litigante reacio, de suyo percutores del vicio en comento, que puede ser alegado por la parte afectada, incluso a través del recurso de casación, si no se hubiere saneado (num. 5, art. 368 ib.)”.*

*“En suma, la Constitución y la ley conciben un proceso judicial que hunde sus raíces en los principios de colaboración de las partes y dirección –material y gerencial- por el juez, por manera que tratándose de asuntos en que el legislador ha previsto la necesidad de practicar, con carácter obligatorio, un determinado medio de prueba, como es el caso de los exámenes genéticos para establecer la verdadera filiación de una persona, el recaudo de esa probanza no puede abandonarse a la voluntad caprichosa y antojadiza de uno de los litigantes, o al mayor o menor grado de cooperación que quiera prestar con esa finalidad, pues si se permitiera que la recolección de dicho medio probatorio dependiera de él, se impediría el cabal ejercicio del derecho a probar de su contraria y quedaría librada la suerte del pleito al manejo que dicho litigante quiera darle a la prueba. Por eso, entonces, no pueden los jueces tolerar tan grave comportamiento, frente al cual se impone el cumplimiento activo de los deberes que la ley establece y el ejercicio dinámico de los poderes que ella misma les reconoce para hacer efectiva la garantía constitucional al debido proceso, con el fin de impedir que, a partir de aquella conducta impeditiva de la parte, se materialice una irregularidad procesal que vicie la actuación”.*

**IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil  
M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo  
Veintiséis (26) de mayo de dos mil seis (2006)  
Expediente N° 00222

**HECHOS RELEVANTES:**

El Banco Central Hipotecario demandó por la vía ordinaria a Pedro Manuel Hernández Guillot para que se le condenara a pagar el saldo insoluto de la obligación derivada del contrato de mutuo celebrado entre las partes, así como para que se declarara que dicha obligación se encuentra garantizada con la hipoteca a que se refiere la escritura pública N° 2370 de 22 de septiembre de 1981, otorgada en la Notaría Quinta de Barranquilla.

En la escritura de hipoteca el señor Hernández se comprometió a utilizar la suma a recibir para abonar a la obligación hipotecaria de la cual era deudora la señora Bertha Fernández de Jerman.

El demandado se opuso a las reclamaciones judiciales, negando la existencia del contrato de mutuo.

El demandado reconoció haber efectuado algunos pagos, aduciendo engaño del banco pues se le prometió retribuirlos al firmarse el mutuo.

El Juzgado de primera instancia, así como el fallador de segunda instancia, decretaron de oficio pruebas relativas a la aportación de documentos.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Se erige en causal de nulidad del proceso la falta de insistencia del juzgador en torno a la incorporación de una prueba decretada de oficio?

**TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

No. Las nulidades procesales son taxativas y no puede hacerse una interpretación extensiva de ellas para cobijar supuestos no previstos por el legislador, por lo que al no incluirse como causal de nulidad la falta de insistencia del juzgador en una prueba ordenada de oficio, y no por la misma ley, no es factible su invocación para atacar la validez del proceso.

**ARGUMENTO CENTRAL:**

**PREMISAS NORMATIVAS:**

El artículo 140 del Código de Procedimiento Civil contempla las causales de nulidad que afectan el proceso.

El numeral 6 del artículo 140 ibídem establece que el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas.

De conformidad con el artículo 143 ib., no puede alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de junio de 2005.

**PREMISAS FÁCTICAS:**

Se encuentra acreditado que el Banco Central Hipotecario y Pedro Manuel Hernández Guillot celebraron un contrato de mutuo, así como que se constituyó hipoteca para garantizar la obligación.

Quedó demostrado que el deudor demandado realizó algunos pagos a la obligación contraída.

Se probó que el Banco Central Hipotecario desde el 27 de mayo de 1983 empezó a contabilizar el préstamo a que se refiere la demanda, en atención a que en la cláusula primera de la escritura de hipoteca, el señor Hernández se comprometió a utilizar la suma a recibir para abonar a la obligación hipotecaria, de la cual era deudora la señora Bertha Fernández de Jerman.

Los jueces de primera y segunda instancia decretaron pruebas de oficio, tendentes a que se adjuntara el acto de subrogación de la hipoteca a cargo del señor Hernández, así como la documentación pertinente sobre el crédito que el banco le había concedido a él, y la relativa al crédito de constructor que tenía la señora Bertha Hernández de Jerman, pero estas probanzas no fueron aportadas por el banco.

**CONCLUSIÓN:**

Como quiera que las nulidades procesales son taxativas, *“no puede hacerse de ellas una interpretación extensiva para cobijar supuestos no previstos por el legislador. Por tanto, si el sexto de dichos motivos concierne, en estrictez, a la violación del derecho a la prueba, en las hipótesis de cercenamiento a las oportunidades para solicitarlas y aportarlas, así como de pretermisión integral del plazo para su práctica (art. 140 C.P.C.), es incontestable que dentro de tales eventos no cabe el protestado por el recurrente, relativo a la falta de insistencia del juzgador en una prueba ordenada de oficio, que no por la ley misma.*

**SUB-ARGUMENTOS:**

*“... no puede afirmarse que se violó la oportunidad para pedir o practicar pruebas, pues tratándose de documentos en poder del Banco recurrente, pudo haberlos acompañado a su libelo; o cuando recorrió el traslado de las excepciones de fondo; o al contestar la demanda de reconvención; o si la información constaba en sus libros, pudo ofrecer su exhibición, e incluso, ello es medular, pudo arrimarlos al expediente cuando los jueces lo requirieron, una y otra vez.*

*“... miradas bien las cosas, pronto se advierte que si la prueba en cuestión no se recaudó, fue por causa imputable a la parte recurrente, la cual, como ya se anotó, pudo aportar los documentos extrañados en distintas oportunidades procesales, aún antes de proferirse sentencia, pues los jueces de instancia promovieron de oficio esa aportación.*

*“Si ello es así, ¿cómo atribuirle entonces un inequívoco error de procedimiento al Tribunal, cuando fue el propio banco quien en puridad, no observó el decreto oficioso de la prueba? No hay forma de hacerlo, pues nadie puede pretextar la falta de pesquisas para evidenciar la realidad, si teniendo pruebas sobre el particular, se cuida o abstiene de revelarlas.”*

**IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil  
M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla  
Dieciocho (18) de diciembre de dos mil siete (2007)  
Expediente N° 00222

**HECHOS RELEVANTES:**

Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., hicieron dos convocatorias públicas para que los interesados ofertaran la prestación del servicio de transporte de personas.

La sociedad Alos Transporte Ltda., presentó oferta para ambas convocatorias, siendo elegida para prestar el servicio en una de las convocatorias, descartándosele para la otra pese a que cumplía los requisitos del pliego de condiciones.

La sociedad transportadora demandó a las Empresas Públicas de Medellín por considerar que éste actuó de mala fe en el proceso de contratación y solicitó se le condenara a pagar los perjuicios causados.

La demandada se opuso aduciendo que la demandante fue favorecida con uno de los negocios ofrecidos y que no se causaron los perjuicios reclamados.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Corresponde al Juez decretar pruebas de oficio cuando las partes han omitido aportar pruebas acerca de hechos relevantes para la prosperidad de sus pretensiones?

**TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

No. La actividad probatoria del juez no puede suplir la carga que las partes deben asumir relativa a acreditar los hechos en que apoyan sus reclamaciones; la intervención oficiosa se erige como una herramienta para aclarar dudas o dilucidar la ocurrencia de hechos sobre los cuales no se tiene plena certeza, pero no para remplazar a las partes en la acreditación de los hechos relevantes que interesan al proceso.

**ARGUMENTO CENTRAL:**

**PREMISAS NORMATIVAS:**

De conformidad con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 4 de abril de 1968. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 17 de julio de 2006, expediente 02097-1.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 9 de noviembre de 2006, expediente 000015.

**PREMISAS FÁCTICAS:**

Se encuentra acreditado que la sociedad Alos Transportes Ltda., incumplió el contrato de transporte de personas para el cual fue elegida y, por ende, se acordó su terminación.

En el contrato para el cual fue excluida se pactó una cuantía indeterminada, pues su valor sería el que resultare de multiplicar la cantidad de horas trabajadas durante su ejecución por los diferentes vehículos, por el valor de cada hora aceptada por las Empresas en la propuesta básica para el grupo A.

Se estableció que dado que el valor del contrato que no se celebró con la sociedad demandante es indeterminado, resultaban inciertos los beneficios que hubiera podido recibir.

En el presente caso la sociedad Alos Transportes Ltda., no acreditó los perjuicios que afirmó le causó la demandada, por no haberla escogido para celebrar los dos contratos de transporte.

**CONCLUSIÓN:**

El decreto de pruebas de oficio constituye un *“precioso instituto a ser usado de modo forzoso por el juez, cuando en el contexto del caso concreto esa actividad permita remover una zona de penumbra con la certeza de que al superar ese estado de*

*ignorancia, concreto y determinado, se esclarecerá una verdad que permitirá decidir con sujeción a los dictados de la justicia. Por lo mismo no se trata de una actividad heurística sin norte ni tiempo, sino del hallazgo de una prueba que ex ante se vislumbra como necesaria y posible.”*

**SUB-ARGUMENTOS:**

*“En especial, para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria.*

**IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil  
M. P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda  
Quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).  
Expediente N° 1100131030422003-00689-01

**HECHOS RELEVANTES:**

Gundisalvo Rodríguez Páez y Rosa María Corredor de Rodríguez se casaron por el rito canónico, luego se separaron y liquidaron su sociedad conyugal, el 9 de mayo de 1991.

Gundisalvo Rodríguez Páez y su hijo Gundisalvo Rodríguez Jiménez, el 30 de junio de 1992 constituyeron una empresa que llamaron “sociedad de hecho Gundisalvo”.

Los precitados laboraron en dichas actividades en igualdad de condiciones, con gran espíritu de colaboración y en beneficio común; para materializar el acuerdo suscribieron documento privado “en el que pactaron las reglas de juego de la sociedad y se obligaron a que los bienes que adquirieran en el futuro serían para la sociedad”.

El patrimonio de la sociedad se incrementó con la adquisición de varios bienes inmuebles y muebles.

El 27 de octubre de 2002, Gundisalvo Rodríguez Páez sufrió una enfermedad cerebral, que lo dejó con graves secuelas mentales de demencia.

La esposa actual e hijos de esa relación, aprovechando la situación de Rodríguez Páez, le exigieron a Gundisalvo Rodríguez Jiménez que les entregara las fincas y el carro, pero éste se negó.

El 25 de noviembre de 2002, se presentó demanda de interdicción del demandado Rodríguez Páez, correspondiéndole al Juzgado Sexto de Familia, despacho que le nombró como curador al señor Mario Latorre Vásquez, quien tomó posesión el 25 de marzo de 2003, pero no recibió bienes en administración.

Los familiares precitados del interdicto, invadieron ilegalmente las fincas sacando ganado y presionando a los empleados cuidanderos para que se fueran y les entregaran los inmuebles, formulando el demandante los respectivos denuncios policivos, sin embargo el juzgado, mediante auto de 22 de agosto de 2003, ordenó entregar los bienes al representante del incapaz.

Gundisalvo Rodríguez Jiménez presentó demanda ordinaria contra Gundisalvo Rodríguez Páez representado por su curador Mario Latorre Vásquez, impetrando se declarara la configuración de una sociedad comercial de hecho entre las partes.

La parte demandada contestó extemporáneamente la demanda, presentando posteriormente un escrito en el que solicitaba la práctica de pruebas de oficio.

El Juzgado de primera instancia denegó las súplicas, decisión que fue revocada por el Tribunal que declaró la configuración de la sociedad comercial de hecho entre las partes a partir del "30 de enero de 1992" y, en consecuencia, ordenó su disolución y liquidación.

#### PROBLEMA JURÍDICO:

¿El juez no obstante la pasividad de las partes, siempre está en la obligación de decretar pruebas de oficio, pues de no hacerlo, la sentencia puede ser aniquilada por la vía del recurso extraordinario de casación?

#### TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

*"La orden de pruebas de oficio goza de cierta discrecionalidad por parte del funcionario judicial a cuyo cargo se encuentra sometido el estudio del litigio, motivo por el cual el hecho comprobado de que no se haga uso de dicha prerrogativa en un evento específico, no es per se generador del yerro de derecho, ello porque hay casos en los cuales la actitud asumida por la parte, que tiene cargas probatorias que satisfacer, es la responsable del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador".*

#### ARGUMENTO CENTRAL:

#### PREMISAS NORMATIVAS:

El artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, dispone que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

El artículo 180 ibídem, prevé que podrán ordenarse pruebas “en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 12 de diciembre de 1994, expediente 4293.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 26 de octubre de 1988, expediente 444.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 5 de mayo de 2000, expediente 5165.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de julio de 2004, expediente 7273.

#### PREMISAS FÁCTICAS:

En el presente caso se constató que la parte demandada fue indiferente y pasiva ante las resultas del proceso, pues pese a haber recibido la notificación personal del auto admisorio de la demanda, traslado de esta y sus anexos, la respondió de manera extemporánea, pretendiendo subsanar su omisión con un memorial en el que solicitaba la práctica de pruebas de oficio, lo que llevó al juez de conocimiento, en su momento, a no tener en cuenta las pruebas aportadas y solicitadas por él, aunque decretó de oficio la incorporación de unos documentos, tomando la decisión con las pruebas que fueron allegadas al proceso de manera legal y oportuna, las cuales informaban sobre la situación fáctica planteada y le permitían resolver el pleito.

#### CONCLUSIÓN:

Es evidente que el juez tiene la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, sin embargo si dentro del proceso obran suficientes elementos probatorios y de convicción, aportados de manera legal y oportuna, que le permiten al juez el hallazgo de la verdad real y tomar la decisión final, no siempre la sentencia se puede invalidar por la omisión de ese deber, más aún, cuando las partes actuaron pasivamente.

#### SUB-ARGUMENTOS:

*“Es claro, entonces, que pretender estructurar un yerro de derecho por no haber hecho uso de la mencionada prerrogativa no es atendible dadas las especiales circunstancias que rodearon el trámite de este proceso que se ha caracterizado por la pasividad de la parte demandada. Es inequívoco que cuando las circunstancias lo ameriten la Corte defiende y auspicia con énfasis y vehemencia que los jueces y magistrados en las instancias hagan uso de la facultad deber de decretar pruebas de oficio, pero ello no significa que cada vez que no emplee tal instrumento se pueda acusar a los funcionarios concernidos de cometer error de derecho, puesto que la misma no puede constituirse en un mecanismo imperativo para subsanar la negligencia de las partes”.*

#### IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil  
M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.



Veinticuatro (24) de noviembre de dos mil ocho (2008).  
Expediente N° 0500131030101998-00529-01

**HECHOS RELEVANTES:**

Norma Stella Zamora contrajo matrimonio con Sergio Rafael Pabón Lozano el 7 de diciembre de 1977, unión dentro de la cual nacieron tres hijos de nombres Sergio, Luz Stella y Juan Francisco Pabón Zamora.

Norma Zamora realizó estudios de dibujo arquitectónico en la Universidad Jorge Tadeo Lozano y Nacional en Bogotá y con su esposo fundaron Projekta Limitada, sociedad de ingenieros consultores que “había estructurado y desarrollado unos talleres de ‘Gerencia por la vida’, que ella misma impartía, los cuales tuvieron una gran acogida en instituciones públicas y privadas de todo el país constituyéndose para ella en una importante fuente de ingresos”.

Norma Stella Zamora, el 2 de diciembre de 1997, se encontraba en Medellín efectuando gestiones propias de su actividad profesional, sin embargo para viajar por vía aérea a Bogotá, lugar de su domicilio familiar, y en donde “suscribiría un contrato con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santafé de Bogotá E.S.P. que ya le había sido adjudicado”, abordó para desplazarse al aeropuerto José María Córdoba de Rionegro, Antioquia, el microbús de servicio público de transporte de placas TIA-762 conducido por Juan de Dios Molina Ríos, y de propiedad de Combuses S.C.A.

El microbús en el que se trasportaba Norma Stella Zamora se volcó al perder, quien lo manejaba, su control, estableciéndose por los guardias de tránsito que estuvieron en el lugar de los hechos “que el estado de seguridad del vehículo era deficiente, llantas lisas, sin frenos, sin cloch (sic).

Zamora de Pabón falleció. La causa de su deceso “fue un trauma cerrado de tórax y el estallido de la aorta”.

Al momento de su muerte la señora Zamora contaba con 49 años; su cónyuge tenía 50, y sus hijos, Sergio, Luz Stella, y Juan Francisco quienes estaban estudiando, 22, 17 y 10, respectivamente.

El óbito de la esposa y madre le generó a los actores perjuicios materiales porque dejaron de recibir la ayuda económica que ella les prodigaba, y morales “consistentes en el dolor y la tristeza” padecida con su desaparición.

Norma Stella era socia, en calidad de subgerente de la sociedad, obtenía un salario mensual de \$525.000, sumado a que tenía una participación en las utilidades de la sociedad, y por los cursos sobre Gerencia de Vida que dictaba, recibía cuantiosos ingresos mensuales, estimándose en total que el promedio de los ingresos mensuales de la mencionada para los años 1997 y 1998 ascendía aproximadamente a \$8'770.000.

Combuses “tenía una póliza de seguros de responsabilidad que amparaba los daños a consecuencia del accidente”.

Padre e hijos de la señora ZAMORA entablaron el correspondiente proceso ordinario contra la Compañía Metropolitana de Buses S.C.A. “Combuses”, deprecando se declare que la demandada es extracontractualmente responsable por todos los perjuicios materiales y morales causados con motivo de la muerte de la señora Norma Stella Zamora de Pabón.

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y llamó en garantía a Seguros del Estado S. A. y Seguros de Vida del Estado S. A., sociedades que también rechazaron la reclamación.

Primera instancia condenó a la demandada a indemnizar los perjuicios causados por lucro cesante (consolidado y futuro) y daño moral, aunado a que determinó la prosperidad de la excepción de “causal de exclusión al pago de indemnización conforme a las condiciones generales del contrato, propuesta por Seguros del Estado S.A., y en consecuencia la absolvió de las pretensiones formuladas en el llamado en garantía”; recurrido el fallo por ambas partes, el Tribunal revocó la condena proferida por lucro cesante (consolidado y futuro) a favor de Sergio Rafael Pabón Lozano y, en su lugar, negó el reconocimiento y modificó el monto por el “lucro cesante consolidado”, fijando como perjuicios morales en mil (1.000) gramos oro para cada uno, lo demás lo confirmó.

Para establecer los perjuicios causados el Tribunal partió de la presunción de que la occisa devengaba el salario mínimo legal mensual vigente, sin atender que en la demanda se indicaba que los ingresos de la misma, superaban considerablemente el salario mínimo legal mensual.

#### PROBLEMA JURÍDICO:

¿Se incurre en un error de derecho respecto de una prueba, cuando el juez, a pesar de señalarse en la demanda que la causante percibía un salario muy superior del mínimo, parte para establecer los perjuicios irrogados de la presunción de que devengaba el mínimo, pasando por alto la facultad-deber de decretar pruebas de oficio a fin de establecer los verdaderos ingresos que obtenía la occisa?

#### TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

*“En este caso, a juicio de la Corte, la conducta del sentenciador constituye un típico error de derecho por no haber decretado la práctica de pruebas de oficio con el fin de determinar la verdadera cantidad de los emolumentos que percibía la causante durante el tiempo previo o anterior a su deceso.*

*Teniendo en cuenta la situación fáctica y probatoria descrita, no le quedaba alternativa diferente al ad quem de disponer el recaudo de los medios de convicción necesarios para determinar con la mayor precisión posible el monto de lo devengado por la fallecida. Acudir como acá lo hizo al fácil mecanismo supletivo de presumir la percepción del salario mínimo legal en ese tiempo no acompasa con la realidad que*

*de un mejor análisis de las probanzas hubiera podido obtener, en cuanto no se utilizó la facultad-deber que el referido precepto legal consagra”.*

**ARGUMENTO CENTRAL:**

**PREMISAS NORMATIVAS:**

Artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 15 de julio de 2008, expediente 000689-01.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 13 de abril de 2005.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 26 de julio de 2004, expediente 7273.

**PREMISAS FÁCTICAS:**

En el caso estudiado, el Tribunal no obstante dar por establecido que la causante laboraba y ayudaba al sostenimiento de su hogar junto con su esposo, acudió a la presunción de que apenas percibía el salario mínimo legal mensual vigente, desestimando el monto superior alegado, porque no halló medio de convicción sobre el particular, absteniéndose de decretar pruebas de oficio para ese fin, lo que originó un error de derecho respecto de una prueba.

**CONCLUSIÓN:**

Es claro que al haber omitido el Tribunal la obligación de decretar las pruebas de oficio para determinar el verdadero monto de lo devengado por la causante, acudiendo al cómodo mecanismo de la presunción de que devengaba el salario mínimo legal, incurrió en un error de derecho respecto de una prueba, más aún cuando en los supuestos fácticos de la demanda se mencionaban unos ingresos superiores devengados por la occisa.

**SUB-ARGUMENTOS:**

*“No puede perderse de vista, tal como lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala, que para que pueda acusarse válidamente mediante la presente vía de impugnación extraordinaria una sentencia por haber incurrido en error de derecho respecto de una prueba y, más concretamente, por no haber decretado alguna de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable, insoslayable e imperativo que la misma obre en el expediente, pues, de no hallarse físicamente en él no es válido aceptar una acusación de dicho talante”.*

**IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil

M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar

Cuatro (4) de diciembre de dos mil ocho (2008).

Expediente N° C-1100131030271992-09354-01

HECHOS RELEVANTES:

Las sociedades Inmuebles y Finanzas Limitada transfirieron, por intermedio del Banco del Comercio, hoy Banco de Bogotá, a la sociedad Promotora J. C., Limitada, la propiedad de determinados inmuebles para el desarrollo y venta de unos proyectos urbanísticos.

Entre la sociedad Promotora J.C., Limitada, como partícipe gestora, Francisco José Lozano Sánchez y las sociedades Inmuebles y Finanzas Limitada, en calidad de partícipes inactivos, se celebró el contrato de “cuentas en participación”, cuyo objeto era el desarrollo de “proyectos de urbanización” y el “manejo de ventas”, destinándose el producto a pagar la deuda que los partícipes inactivos tenían con el mencionado banco.

Se creó un comité de vigilancia, integrado por tres miembros que representarían, uno al Banco del Comercio, y los otros, a los denominados “partícipe gestor” y “partícipes inactivos”, para que decidiera sobre cada proyecto a emprender, aprobara o improbara los gastos en que debía incurrir la sociedad demandante y en general coordinara con esta las gestiones a seguir para lograr el objeto del contrato, estipulándose, además, que en caso de presentarse desacuerdo entre los representantes de los “partícipes”, el mentado banco dirimiría la diferencia.

Los partícipes inactivos, violando el contrato y unilateralmente decidieron, el 1º de abril de 1991, disolverlo y liquidarlo antes de ejecutarse todos los proyectos, designando como liquidador a Jerónimo Torres Cárdenas, cuando ese procedimiento debía ser adelantado por el “partícipe gestor”.

El incumplimiento de lo acordado hizo que la sociedad Promotora J.C., Limitada dejara de percibir como lucro cesante los “beneficios esperados”, y ocasionó “gastos operacionales” como daño emergente.

La entidad bancaria, sin causa justificada, dejó de asistir al comité de vigilancia, generando que se siguiera ejecutando e incumpliendo su obligación de servir de mediador.

La sociedad Promotora J.C., Limitada inició proceso ordinario contra Francisco José Lozano Sánchez y otros, deprecando que se declarara terminado el contrato de cuentas en participación y se condenara al pago de lucro cesante y daño emergente, solicitando también se declarara nula la designación del liquidador y los contratos de compraventa de unos inmuebles originados en su actuación, o en su defecto, según el caso, simulados o lesivos, con las consecuencias respectivas.

Dentro del proceso se decretó y practicó dictamen pericial para concretar los perjuicios causados.

El Juez de primera instancia impartió fallo absolutorio, que fue revocado por el Tribunal, declarando terminado el contrato en cuestión y condenando a los partícipes inactivos, a pagar a la demandante, únicamente, lucro cesante, con

indexación e intereses, absolviéndolos de las demás pretensiones formuladas, decisión que igualmente hizo extensiva, en su totalidad, a favor del entonces Banco del Comercio.

**PROBLEMA JURIDICO:**

¿Cuando en el proceso no obran suficientes elementos demostrativos para proferir una condena en concreto, el juez tiene el deber legal de decretar oficiosamente las pruebas señaladas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, so pena de incurrir en un error de derecho atacable por vía del recurso extraordinario de casación?

**TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

*“Con relación al decreto de pruebas de oficio, la Corte últimamente tiene explicado que en los casos en que por disposición de la ley son obligatorias, como ocurre, entre otros eventos, con los medios “indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios” (artículo 307 del Código de Procedimiento Civil), y no son decretados, se incurre en un error de derecho, por el desconocimiento de una norma de disciplina probatoria, siempre y cuando, como se reiteró en el mismo antecedente, “se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada”.*

**ARGUMENTO CENTRAL:**

**PREMISAS NORMATIVAS:**

El artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, prevé el deber de decretar pruebas de oficio para la condena en concreto.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de julio de 2008, expediente 00689.

**PREMISAS FÁCTICAS:**

En el presente caso se verificó que reposaba en el proceso prueba pericial que concretaba los perjuicios causados, por tanto, no era necesario, con fundamento en el artículo 307 ibídem, decretar pruebas para este fin, máxime cuando dicha probanza fue tenida en cuenta por el Tribunal, que limitó la estimación realizada por los peritos, únicamente al proyecto que alcanzó éxito y no a los demás.

**CONCLUSIÓN:**

Es evidente que si en el proceso no existen los elementos de juicio necesarios para condenar en concreto, el juez obligatoria y oficiosamente debe decretar las pruebas señaladas en el artículo 307, ibídem, ya que en caso contrario incurre en un error de derecho que puede atacarse por la vía extraordinaria del recurso de casación.

**SUB-ARGUMENTOS:**

*“El mismo error de derecho se predica cuando el decreto de pruebas de oficio se traduce en una mera facultad del juez, en virtud de la discrecionalidad de que goza para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades o providencias*

*inhibitorias, pero a condición de que el medio de que se trate obre físicamente en el proceso y tenga incidencia en la decisión final”.*

#### IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil  
M.P. Ruth Marina Díaz Rueda  
Quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009)  
Ref. Expediente N° 1100131030401999-01651-01

#### HECHOS RELEVANTES:

Que Leasing Superior S.A., y Juan de J. Piraquive y Cía. S.A., celebraron un contrato de lease-back mediante el cual la primera entregó a la segunda en arrendamiento financiero el inmueble denominado Guadalete, durante un plazo de treinta y seis meses, pactándose la “opción de compra”, previo el pago adicional de \$1.696’600.000, según consta en la Escritura Pública n°. 1119 de abril 10 de 1995 de la Notaria Treinta y Dos de Bogotá e inscrita en el folio inmobiliario n°. 050-0130763.

Que mediante la Escritura Pública n°. 3974 de 29 de julio de 1997 de la Notaría Cincuenta y Dos de esta ciudad se desenglobó el anterior predio en dos: uno que conservó el nombre de Guadalete y la misma matrícula (7.006,40 m2) y otro que se denominó Altos de Américo (20.642,09 m2) con certificado de tradición n°. 050-2094221.

Que a través de la Escritura Pública 3585 de 24 de septiembre de 1997 de la Notaría Veinticinco de Bogotá, debidamente inscrita, la sociedad Juan de J. Piraquive & Cía S.A., ejerció la “opción de compra” sobre el bien Altos de Américo pagando como precio la suma de \$21’090.890.

Que dentro del juicio verbal de regulación de canon de arrendamiento instaurado por Juan de J. Piraquive y Cía. S.A., contra Leasing Superior se practicó dictamen grafológico de la firma de Jorge Arturo Díaz, en su calidad de representante legal de esta sociedad, arrojando como resultado que no había “identidad manuscritural” entre la rúbrica que aparece en la Escritura Pública 3585 de 24 de septiembre de 1997 de la Notaría Veinticinco de Bogotá y las de este por cuanto “fue suplantada”.

Que en el citado proceso únicamente intervino Juan de J. Piraquive y Cía. S.A., sin que lo hubieran hecho las restantes codemandadas.

Que ante la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Departamento Administrativo de Seguridad, División Criminalística, Documentología y Grafología Forense, también se surtió experticia en la que se concluyó que la signatura atribuida a “Jorge Arturo Díaz Reyes, en representación de Leasing Superior S.A., plasmada al dorso del papel notarial EX 997175 de la escritura pública 3585 es falsa”.

Que las citadas dos pruebas fueron trasladadas a este expediente, sin que se les diera en ninguna de las instancias, como legalmente correspondía, el trámite necesario para que los contendores no participantes dentro de los trámites judiciales en los que se practicaron, ejercieran control mediante la respectiva contradicción.

Que las peticiones formuladas por la accionante para que se le diera a los referidos medios de convicción la crítica y debate necesarios, fueron desatendidas tanto por el juzgado de conocimiento como por el *ad quem*.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Cuándo al proceso se han allegado medios de prueba trasladados, que no han sido objeto de contradicción y publicidad por parte de quienes intervinieron en el proceso del cual se traen, es deber del juzgador decretar pruebas de oficio a efectos de completar los requisitos que exige la prueba para que pueda ser válidamente incorporada y apreciada?

**TESIS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

El tema de la “prueba de oficio” hay que estudiarlo desde dos frentes que son disímiles, aunque se complementan:

El primero hace referencia a los casos en los cuales por expreso mandato del legislador es obligatorio e ineludible el decreto de pruebas de oficio, so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia, pudiendo ser aniquilada a través de la vía del recurso de casación, amparado en la causal primera, por la transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga relevancia suficiente para modificar la decisión adoptada.

El segundo alude a situaciones procesales en las cuales el juez, en aras de resolver el asunto sometido a su composición, puede usar la facultad discrecional de acudir a dicho mecanismo con el fin de aclarar los puntos oscuros o confusos que interesan al proceso.

Es cierto que, en principio, el decreto de pruebas de oficio no es un mandato absoluto que se le imponga fatalmente al sentenciador, puesto que goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, circunstancia por la que no siempre que se abstenga de utilizar la prerrogativa equivale a la comisión de un yerro de derecho. Además no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisión del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones, ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador.

**ARGUMENTO CENTRAL:**

**PREMISAS NORMATIVAS:**

Artículos 179, 180, 185, 186, 187, 233, 238, 240, 375 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 146 en concordancia con los artículos 28-9 del Código de Comercio

Artículo 9 del Código Civil.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, N° 067 del 26 de Julio de 2004, exp. 7273.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, N° 69 del 29 de abril de 2004, expediente 16062-01,

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, N° 69 del 15 de julio de 2008, [SC-069-2008], exp. 1100131030422003-00689-01).

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, N° 057 del 13 de Abril de 2005.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, del 19 de Octubre de 2000, exp. 5442.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, del 5 de Febrero de 2001, exp. 6554.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, del 5 de Abril de 2001, exp. 5630.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, del 8 de Agosto de 2001, exp. 5905.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, del 24 de Agosto de 2004, exp. 7934.

#### PREMISAS FÁCTICAS:

Dentro del proceso de regulación de canon de arrendamiento y ante la Fiscalía se practicaron pruebas grafológicas, para establecer la autoría de la firma de Jorge Arturo Díaz.

Las citadas pruebas fueron trasladadas a este expediente, sin que se les diera en ninguna de las instancias, como legalmente correspondía, el trámite necesario para que los contendores no participantes dentro de los trámites judiciales en los que se practicaron, ejercieran control mediante la respectiva contradicción.

Las peticiones formuladas por la accionante para que se les diera a los referidos medios de convicción la crítica y debate necesarios, fueron desatendidas tanto por el juzgado de conocimiento, como por el *ad quem*.

#### CONCLUSIÓN:

Teniendo en cuenta la situación fáctica y probatoria del presente asunto, no le quedaba alternativa diferente al *juzgador de ultima instancia* que ordenar las actuaciones necesarias para completar los requisitos indispensables a fin de que los citados dictámenes periciales pudieran ser apreciados, mucho más cuando ambos aluden a la existencia de una probable falsedad o suplantación de la firma de la persona que se dice representaba a la parte demandante en la negociación que pretende dejar sin efecto por intermedio de la vía ordinaria.



Acudir como acá se hizo al mecanismo sustitutivo de no estimar los dos dictámenes por faltarles la contradicción de las partes no intervinientes en su recaudo ante tales autoridades judiciales, no acompasa con las exigencias que se le imponen al juzgador por la citada facultad-deber de decretar pruebas de oficio.

#### SUB-ARGUMENTOS:

No puede perderse de vista, tal como lo ha definido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *“ que para que pueda acusarse válidamente mediante la vía de impugnación extraordinaria una sentencia por haber incurrido en error de derecho respecto de un medio de convicción y, más concretamente, por no haber decretado una prueba de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable, insoslayable e imperativo que la misma obre en el expediente, pues de no hallarse físicamente no es válido aceptar una acusación de dicho talante, salvo que la prueba sea forzosa en cuyo caso no es menester que aparezca incorporada en el”*.

#### CONCLUSIONES

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, cuando el decreto y práctica de la prueba son obligatorios por la naturaleza del asunto, como es el caso de la prueba de ADN en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, constituye un poder-deber del juez procurar su recaudo evitando maniobras de las partes tendentes a impedir su práctica, adoptando todas las medidas necesarias para asegurar su incorporación al proceso, al punto que la Alta Corporación considera que la omisión del ejercicio de ese poder-deber configura la causal de nulidad establecida en el artículo 140 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la invalidez del proceso cuando se omiten términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas.

La Corte es enfática en señalar que un comportamiento obstructivo de las partes en la práctica de una prueba decretada de oficio que es fundamental para las resultas de un pleito, acompañado de una actitud pasiva y tolerante del juzgador, da lugar a que la actuación se invalide por la causal de nulidad atrás referida, por cuanto el juez se aparta del compromiso de encontrar la verdad que como director del proceso tiene en pro de obtener decisiones justas.

Consecuente con la anterior directriz jurisprudencial, cuando el decreto y práctica de una prueba no es obligatoria, pues la naturaleza del proceso no lo exige, sino que es el fiel ejercicio de la facultad oficiosa del decreto de pruebas, la Corporación ha señalado que no se configura la causal de nulidad del numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto las mismas son taxativas y de ellas no puede hacerse una interpretación extensiva para aplicarla a supuestos no previstos por el legislador, como sería el relativo a no haber insistido el juez en la práctica de la prueba decretada de oficio.

La Colegiatura, en reconocimiento del principio de la carga de la prueba pone de presente el deber que tienen las partes de aportar en las oportunidades legales las pruebas que tengan en su poder, dando a entender, que no es obligatorio para el juez el insistir en el recaudo de tales probanzas, al corresponderle a la parte interesada su aportación para obtener los efectos de las normas cuya aplicación persigue, pues una actitud pasiva u omisiva del litigante que sea generadora del fracaso probatorio, sea porque menosprecia su compromiso procesal o porque no utiliza las oportunidades previstas por el legislador para aportar las pruebas, no puede endilgársele a una falla en el juez de no ejecutar su poder-deber.

Así mismo el Alto Tribunal ha considerado que la actividad probatoria del juez no puede suplir la carga que las partes deben asumir, relativa a acreditar los hechos en que apoyan sus reclamaciones, ya que la intervención oficiosa debe operar para aclarar dudas o zonas de penumbra sobre los cuales no se tiene plena certeza, pero no para remplazar a las partes en la acreditación de los hechos relevantes que interesan al proceso.

La Corte Suprema de Justicia no ha admitido atacar sentencias a través del recurso de casación, vía error de derecho, cuando las partes actuaron pasivamente frente a la aportación de pruebas, pues la facultad-deber del juez de decretar pruebas de oficio, cuando dentro del proceso obran suficientes elementos probatorios y de convicción, aportados de manera legal y oportuna, le permiten al funcionario el hallazgo de la verdad real y tomar la decisión final, lo que permite colegir que en aquellos casos en que no existen esos elementos de convicción necesarios para tomar una decisión de fondo sí daría lugar al ataque de la sentencia por el recurso extraordinario ya mencionado. Sin embargo, puntualiza que deben analizarse las particulares circunstancias que han rodeado cada proceso, para determinar cuándo las partes han sido negligentes en la actividad probatoria que les compete, pues no siempre que el juez se abstiene que ejercer la facultad-deber plurimencionada es factible acusar la comisión de un error de derecho, toda vez que el juez goza de una relativa autonomía en la instrucción del proceso.

En otro de sus pronunciamientos la Corte aceptó el ataque de la sentencia por error de derecho frente a la omisión del juez de decretar pruebas de oficio, cuando alguna de las partes ha hecho referencia a los presupuestos fácticos de su pretensión o excepción y ha acreditado elementos de juicio básicos para la prosperidad de su planteamiento y solo resta que el juez cumpla su labor complementaria de verificar los elementos accesorios o adicionales para tomar una decisión justa, como sería el caso de obtener pruebas que permitan establecer los ingresos de la víctima para concretar el valor del perjuicio causado.

Además ha aceptado el ataque por error de derecho, cuando en el proceso no existen los elementos de juicio necesarios para condenar en concreto, evento en el cual, el juez, obligatoria y oficiosamente debe decretar las pruebas señaladas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, en todos los procesos en que deba proferirse una decisión de condena en concreto y no obren los elementos de prueba que permitan determinar la cuantía de la misma, es imperativo para el juez

utilizar su facultad-deber oficiosa para obtener las pruebas que le permitan proferir una decisión en tal sentido.

A título de recapitulación se dice que la Corte defiende con vehemencia el ejercicio del poder deber de decretar pruebas de oficio, cuando la norma procesal así lo exige, cuando la finalidad del proceso lo reclame o cuando se haga necesaria para garantizar la concreción de los derechos sustanciales, pero con igual vehemencia afirma que ese poder-deber no puede suplir la carga que las partes tienen de demostrar los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación persiguen.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Tomo II. Bogotá: ABC, 1988. 564 p.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2011. 868 p.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Pruebas. Tomo III. Bogotá: Dupré, 2008. 418 p.

PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba judicial. Análisis y Valoración. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008. 325 p.

**Reglas, sub reglas y principios  
contenidos en los fallos  
proferidos  
la Sala de Casación Civil  
de la Corte Suprema de  
Justicia y la  
Corte Constitucional  
sobre impugnación de  
la paternidad a partir de la  
vigencia  
de la Ley 1060 de 2006**

Diego Armando Sánchez Zambrano  
Ninfa María Guzmán Moscote  
José Luis Torres Castiblanco  
Sandra Milena Vargas Zárate



**REGLAS, SUB-REGLAS Y PRINCIPIOS CONTENIDOS  
EN LOS FALLOS PROFERIDOS POR LA SALA DE  
CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE  
IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD A PARTIR DE LA  
VIGENCIA DE LA LEY 1060 DE 2006 HASTA 2010**

AUTORES: Diego Armando Sánchez Zambrano, Ninfa  
María Guzmán Moscote, José Luis Torres Castiblanco,  
Sandra Milena Vargas Zárate

FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 20 de 2012  
DIRECCIÓN: diegoarsanchez@hotmail.com

**RESUMEN:** el presente artículo, resultado del trabajo investigativo con el cual se pretendió determinar cuáles son las reglas, sub-reglas y principios contenidos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la ley 1060 de 2006 hasta el año 2010, nació con la inquietud principal de ahondar un poco más en las intenciones que tuvo el legislador al introducir los cambios contenidos en la mencionada ley en materia de impugnación a la filiación, y específicamente determinar el momento a partir del cual los hijos, cónyuges, no cónyuges y compañeros permanentes pueden impugnar la filiación teniendo como punto de partida la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006.

**PALABRAS CLAVES:** Impugnación, Principios, Reglas, Subreglas, Derecho de familia.

**ABSTRACT:** this paper, results of research work which was intended to determine the rules, sub-rules and principles contained in the jurisprudence of the Civil Chamber of the Supreme Court and the Constitutional Court, after the Effective of Act 1060 of 2006 to 2010, was born with the main concern delve a little deeper into the intentions of the legislator to introduce the changes contained in the Act on the paternity challenge, and specifically determine the time from which the children, spouses, and spouses no permanent partners may contest the filiation taking as its starting point the enactment of Law 1060 of 2006.

**KEY WORDS:** Principles, Rules, Sub-rules, Family law.

## Reglas, sub reglas y principios contenidos en los fallos proferidos por la Sala e Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre impugnación de la paternidad a partir de la vigencia de la Ley 1060 de 2006\*

---

Diego Armando Sánchez Zambrano, Ninfa María Guzmán Moscote, José Luis Torres Castiblanco, Sandra Milena Vargas Zárate\*\*

**L** La legislación en materia de familia es un conjunto de normas que se desarrolla y adecua a los diferentes cambios sociales y tecnológicos<sup>1</sup> que se suscitan en determinado territorio. A medida que surgen situaciones familiares que generan conflictos, el legislador se encuentra obligado a regularlas conforme al bien jurídico específico que se intenta proteger. Frente a los cambios tecnológicos cabe anotar que estos ofrecen mejores condiciones para la salvaguarda de los derechos involucrados.

La impugnación a la filiación entendida como el derecho de que son titulares los padres e incluso el hijo para controvertir la paternidad o maternidad cuando exista duda de ello, no es ajena a todos estos cambios, pues sus presupuestos, alcances, procedimientos y términos, han sido variados en la medida en que ciertos principios jurídicos han tomado fuerza constitucional y legal en nuestro ordenamiento.

La Ley 1060 de 2006 introdujo cambios significativos en la materia, pues trajo como novedad la presunción del hijo legítimo nacido dentro de la unión marital de hecho y la posibilidad de impugnar la filiación por parte del compañero o compañera permanente; en este sentido, se faculta a la madre (cónyuge o compañera) para actuar como sujeto activo de dicha acción legal, derecho que se le negaba bajo los parámetros de la legislación anterior.

---

\*Trabajo final presentado por los estudiantes de posgrado como parte del seminario “formación para la investigación” implementado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

\*\* Estudiantes de la especialización en Derecho de Familia.

<sup>1</sup> Con el advenimiento de la revolución tecnológica y los múltiples avances no solo en esta materia sino en general el Derecho ha tenido que hacer esfuerzos casi inimaginables y los cuales aún al día de hoy son resistidos por gran parte de la población en países de tradición católica, verbi gratia, hace 10 años empezamos a sostener la confiabilidad de las pruebas de ADN practicadas en vigencia de la ley 721 de fecha 24 de diciembre de 2001.

De igual forma, la mencionada ley amplía los términos de impugnación hasta 140 días, contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho<sup>2</sup> de no ser el verdadero padre, madre, o hijo, entre muchos otros cambios y/o modificaciones.

En este sentido y siendo este un tema actual y de gran envergadura jurídica, resulta necesario realizar un análisis sobre la jurisprudencia producida alrededor del mismo, no solo por el interés que despierta, sino además, por el compromiso social y jurídico que como ostentadores del conocimiento legal poseemos.

Así las cosas, el presente artículo, resultado del trabajo investigativo con el cual se pretendió determinar cuáles son las reglas, sub-reglas y principios contenidos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la ley 1060 de 2006 hasta el año 2010, nació con la inquietud principal de ahondar un poco más en las intenciones que tuvo el legislador al introducir los cambios contenidos en la mencionada ley en materia de impugnación a la filiación, y específicamente determinar el momento a partir del cual los hijos, cónyuges, no cónyuges y compañeros permanentes pueden impugnar la filiación teniendo como punto de partida la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006.

Como objetivo general, el grupo investigativo quiso establecer las principales reglas, sub reglas y principios contenidos en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre impugnación de la paternidad entre los años 2006 y 2010, lo cual se propuso lograr por medio de la ejecución de las siguientes tareas:

- Recopilar la jurisprudencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que trata sobre impugnación de la paternidad a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006.
- Analizar la (s) “sentencia(s) hito” respecto de la impugnación de la paternidad con apego a la Constitución y la Ley.
- Realizar la línea jurisprudencial en materia de impugnación de paternidad con base en los fallos proferidos por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en las fechas mencionadas ut supra.

Para la realización de dichas tareas, se utilizó el tipo de Investigación descriptiva teniendo en cuenta que lo que se pretendía era la identificación de las reglas, sub-reglas y principios contenidos en los fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional a través del estudio de los mismos, haciendo uso del análisis jurisprudencial como instrumento de medición. Lo anterior con previa identificación de las variables que a continuación se anotan:

---

<sup>2</sup> Es aquí en donde cobra importancia lo que ocupa las presentes líneas, pues el haber tenido conocimiento, implica lo que la jurisprudencia ha llamado acertadamente “el interés actual para impugnar” y no el simple capricho o deseo del impugnante.



**Variable Independiente:** Impugnación de la paternidad.

**Variables dependientes:**

- Precedente constitucional: Son las reiteradas interpretaciones que de las normas jurídicas hace la Corte Constitucional en sus resoluciones, constituyéndose en una de las Fuentes del Derecho, es decir, la actualización y aplicación de las leyes de acuerdo con los tiempos y eventos que se están viviendo (Diccionario Jurídico, 2009, pág. 76).
- Línea Jurisprudencial: Idea abstracta que depende de manera crucial de la comprensión del manejo técnico de la jurisprudencia, razón por la cual exige que las sentencias sean agrupadas en patrones fácticos analógicos, o, en otras palabras, en un mismo problema jurídico.
- Filiación: La filiación es el vínculo – lazo jurídico que une al hijo con el padre y con la madre, que en el Código Civil se reconoce como filiación por naturaleza y por adopción.
- Pruebas Genéticas: Se realizan analizando una pequeña muestra de sangre u otros tejidos corporales para dictaminar la paternidad – maternidad entre ascendientes y descendientes.

En agotamiento de las labores anteriormente descritas y del estudio de los diferentes autores y bibliografía consultada, se extrajeron los conceptos y aspectos más significativos sobre el tema de impugnación a la filiación, los cuales pasan a reseñarse.

## 1. SOBRE LA PATERNIDAD

La palabra paternidad, definida por muchos de diversas formas y de acuerdo con la época en que se vive, pero todas orientadas hacia la importancia que tiene en un mundo cada día más irresponsable y con algunos Estados que carecen de políticas serias para establecerla; proviene del latín *pater/ patris*, que significa padre; y aunque es una palabra que se ha mantenido invariable durante más de tres milenios, ha cambiado de forma sustancial.

La CEPAL (Comisión económica para América Latina y el Caribe, subordinado de la Organización de las Naciones Unidas) ha definido la paternidad “como la relación que los hombres establecen con sus hijas e hijos, en el marco de una práctica compleja en la que intervienen factores sociales y culturales, que además se transforman a lo largo del ciclo de vida, tanto del padre como de los hijos o hijas. Se trata de un fenómeno cultural, social y subjetivo que relaciona a los varones con sus hijos o hijas y su papel como padres en distintos contextos, más allá de cualquier tipo de arreglo conyugal.”<sup>3</sup>

Fuller considera que “la paternidad es una dimensión fundamental de la vida del hombre y su práctica asume muchas manifestaciones de acuerdo con factores

---

<sup>3</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Paternidad>

relacionados al momento del ciclo vital, el tipo de estructura familiar, las condiciones materiales y las culturas regionales”<sup>4</sup>.

En este sentido, la relación jurídica entre padres e hijos ha venido evolucionando por la equiparación de los derechos, tanto hijos matrimoniales (nacidos dentro del matrimonio) como los extramatrimoniales (nacidos fuera de él) y en concordancia las acciones judiciales que surgen en consecuencia.

La filiación en cuanto a la maternidad se refiere, en principio no reviste mayor discusión, quedando probada con el certificado médico de nacido vivo y con éste como consecuencia el registro civil de nacimiento del hijo. Lo contrario ocurre con la filiación paterna, en la cual se evidencian dos escenarios, y que aun a la fecha siguen siendo de interesante estudio: De existir matrimonio, la ley presume que el padre es el marido de la madre, salvo que el niño nazca antes de los primeros 180 días desde que se celebró el matrimonio o pasados los 300 días de la disolución, divorcio o anulación del mismo o de la separación de hecho. Y al no existir matrimonio ni unión marital de hecho, es cuando se presenta la mayor parte de los inconvenientes, que ocupan la mayor parte de estudios sobre el tema.

## **2. FRENTE A LA LEY 1060 DE 2006 Y LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD**

El primer Código Civil que existió en la República de Colombia, fue el adoptado por el Estado Soberano de Santander, prácticamente copiado del Código Civil chileno. Lo mismo haría el Estado Soberano de Cundinamarca en el año 1859, siendo este último el acogido como el Código Civil de toda la República en la ley 57 de 1887.

Según los artículos 319 y siguientes de la mencionada compilación legislativa, el hijo que no hubiese sido reconocido voluntariamente podría por medio de proceso judicial pedir que su padre o madre lo hicieran, bajo juramento ante el juez competente ante quien debían manifestar si creían serlo, y que, llegado el caso y no comparecieran podría presumirse reconocida la paternidad (más presunciones, que en algunas ocasiones han sido consideradas altamente peligrosas en un Estado Social de Derecho, dado que para la época se carecía por completo de elementos tecnológicos que pudieran orientar al operador judicial para fallar en Derecho). El artículo 328 rezaba “los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer”<sup>5</sup>. Aclarando eso sí el concepto de concubina, quien sería considerada toda aquella mujer que viviera públicamente con un hombre como si fueran marido y mujer, siempre que uno y otro fueran solteros o viudos (desde aquel entonces comienzan los antecedentes *modernos* de la Unión Marital de hecho).

Desafortunadamente, y como bien lo narra nuestra historia, dependiendo del gobierno de turno, increíblemente suceden cosas en algunos casos en detrimento

4 FULLER, N. Paternidades en América Latina. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000, p 11  
5 ABEL TORRADO, Heli. Lecciones Básicas de Derecho Civil. Unión Marital de hecho, de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Universidad Sergio Arboleda. Tercera edición. Bogotá D.C., 2011. Página 21.

de los ciudadanos, lo mencionado en los párrafos anteriores, es decir lo atinente al reconocimiento y la investigación de la paternidad, demasiado pronto en nuestro concepto, fue derogado por la ley 153 de 1887. Los artículos 318 al 332 del Código Civil fueron sustituidos por el artículo 66 al 79 de la ley antes citada, con lo cual se permitió el reconocimiento de aquellos hijos, es decir de los extramatrimoniales, y quienes tenían para entonces la calidad de naturales respecto al padre o la madre que los haya reconocido, exceptuando por sobre todas las cosas de los anteriores "derechos y beneficios", es decir que quedaban sin reconocimiento, "los hijos de dañado y punible ayuntamiento".

Las normas anteriores fueron subrogadas por el artículo 4 de la ley 45 de 1936 en la cual se dispuso que "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, sin exclusión de ningún tipo."

Algunos años más adelante y con ocasión de la expedición de la ley 75 de 1968 se modificó la disposición anterior (ley 45 de 1936) y consagró la presunción de paternidad natural en algunos casos<sup>6</sup>, los cuales se encuentran taxativamente señalados.

Teniendo en cuenta la evolución de esta rama del Derecho, podemos ver que se han generado grandes e importantes cambios en la concepción jurídica de la filiación. Un caso concreto es el de la Ley 45 de 1936, que restringía la aportación de pruebas mediante un sistema legal de tarifas. Con el advenimiento de la Ley 75 de 1968, en aras de hacer más efectivo el reconocimiento real del parentesco de las personas se amplió la posibilidad de aportar pruebas para demostrarlo; para lo cual, el juez podía incluso llegar a solicitar de oficio, la práctica de pruebas genéticas.

Años más tarde, es la Corte Constitucional de la República de Colombia mediante sentencia C-109 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, y la cual fuera tomada como base y creadora de línea, en varios pronunciamientos posteriores la que comienza a señalar el derrotero en temas de filiación al consagrarlo como un **derecho fundamental**, íntimamente atado al estado civil de las personas independientemente de la edad del sujeto que la reclama.

---

6 El artículo 4º de la Ley 45 de 1936 quedará así:

"Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1. En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.
4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

Posteriormente mediante sentencias C-230 de 1995, C-591 de 1995, entre otras las que priorizan la necesidad del reconocimiento real del parentesco, **dándole envergadura sí se le puede llamar de derecho fundamental a la filiación**, al afirmar que *“el nacimiento, y en particular la condición de hijo, es la fuente principal del estado civil, ya que esto trae consigo una serie de derechos y obligaciones como herencia, alimentos, ejercicio de tutelas y curadurías entre otros”*; así mismo consagra la importancia del estado civil de las personas y el reconocimiento del derecho fundamental a la dignidad humana, la personalidad jurídica, y el derecho a la familia.

Pero así como la ley ha mirado con especial protección e interés al hijo, no ha dejado desprotegido al supuesto padre, pues este puede desvirtuar esa presunción que recae sobre él con el aporte de las pruebas respectivas gracias a los avances de la ciencia, aunque para entonces estos, en principio, no daban mayor seguridad, siendo necesario adicionar pruebas de las relaciones que mantenía la madre con el supuesto padre.

Hoy en día las pruebas generan mayor certeza, siendo la principal la prueba científica de ADN, lo cual no obsta para decir que los demás medios de prueba consagrados en la ley 75 de 1968 dejen de ser importantes, pues en la actualidad no se concibe un proceso de impugnación o reclamación de la paternidad sin la práctica de aquellas, llegando incluso, al punto de que el operador judicial puede fallar ante la imposibilidad del recaudo de la prueba científica, pero ante la presencia de los demás medios probatorios. (Art. 3 Ley 721 de 2001)

La Sentencia T-979 de 2001 pone en evidencia la posibilidad de desvirtuar la paternidad por solicitud del cónyuge o por iniciativa del hijo, casos en los cuales no solo se valora la prueba pericial, en principio, sino que se tienen en cuenta presunciones que exterioriza la ley, pudiendo las partes interesadas desvirtuar la presunción de paternidad si se cree que esta no es real.

El mismo Código Civil en el artículo 92, establece una presunción como forma de probar la condición de hijo, a la que se agrega el artículo 4 inciso 1 y artículo 6 de la Ley 75 de 1968, todo ello con el fin de definir la paternidad de las personas en que el hecho es incierto.

La sentencia T-183 de 2001 indica que la duración de la gestación ya no es un factor definitivo en la prueba de filiación, siendo necesario realizarse un experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y el presunto padre, además de una “peritación antro-po-heredo-biológica”, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7 de la Ley 75 de 1968.

La Ley 1060 de 2006, que modifica en su totalidad la normativa del Código Civil en cuanto a las acciones de filiación, ha impactado la regulación en materia de derecho de familia, no solo desde el punto de vista de la filiación, sino en general el parentesco, al equiparar la filiación matrimonial con la extramatrimonial en cuanto a protección jurídica se refiere.

La impugnación de la paternidad adquiere especial trascendencia, soportada en los avances en materia de tecnología, pues marcan una profunda transformación en las formas de concebir y, por consiguiente, en la manera de relacionarse la pareja, así como la libre autonomía de la voluntad para generar una familia. Aspectos estos últimos que en Colombia, todavía falta desarrollarlos a plenitud.

Partiendo de lo anterior, y dadas sus implicaciones, hoy en día es posible la impugnación de la paternidad en casos puntuales como los que a continuación se señalan:

- Impugnación de la paternidad matrimonial: el hijo y el marido de la madre pueden impugnar la presunción legal de que este es el Padre, aquel en cualquier momento, y este en el término de caducidad establecido por la ley (140 días a partir del momento en que se generó el interés actual para impugnar).
- Puede usarse cualquier medio de prueba salvo la confesión de la madre.
- Impugnación de la paternidad extramatrimonial: en esta acción lo que se impugna es un reconocimiento. Puede ser iniciada por el hijo en cualquier momento y por el presunto padre dentro de los términos establecidos por la ley. Así mismo lo puede hacer el padre biológico en cualquier momento,
- Impugnación de la maternidad: De poca ocurrencia pero igualmente contemplada por la ley. La presunción que proviene del parto puede ser destruida por el marido, el hijo o cualquier interesado. Esta acción se dirige a probar que no fue ella quien dio a luz o que el hijo fue sustituido. La madre también tiene derecho a accionar, si no participó del hecho ilícito que provocó la falsa inscripción.

De igual manera existen medios de prueba y presunciones, en los que la ley tiende a que se identifique la realidad biológica con los vínculos jurídicos, por lo que admite todo tipo de pruebas en las acciones de filiación; es decir, que la prueba de ADN no es la única y exclusiva fuente de conocimiento que tendrá el Juez, pero en definitiva será determinante; única y exclusivamente no lo será si es realmente imposible para el operador jurídico obtener la práctica del examen de ADN, como se mencionó más arriba.

De lo anterior se concluye que, actualmente la prueba biológica de ADN permite con certeza establecer la paternidad, por lo cual se ha convertido en la prueba principal para el esclarecimiento de la verdad biológica.

Finalmente y en aras de no crear confusión en la materia debe recalcar que si bien es cierta la filiación en conexidad con el estado civil, es un derecho fundamental que goza de especial protección por el Estado; no puede considerarse que la acción de tutela sea el mecanismo efectivo e idóneo para garantizar su cumplimiento, pues ha sido la misma ley la que ha ideado el camino que deben proseguir los ciudadanos en aras de encontrar su verdadera filiación. Cosa distinta es que dentro de dichos caminos procesales los sujetos no vean satisfechas sus necesidades, o protegidos

sus derechos por evidentes vías de hecho o vulneraciones al debido proceso, caso en el que si pueden acudir a dicha acción creada por medio de la Constitución Política de 1991.

### 3. LA FILIACIÓN

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “filiación proviene del latín *filatio* que corresponde a la procedencia de los hijos respecto a los padres.”<sup>7</sup>

Es la unión o vínculo entre el padre o la madre y el hijo, originado principalmente y en el mayor de los casos como consecuencia de la procreación.

Si se mira desde la perspectiva del padre se tendrá como paternidad, y si se mira desde el lado de la madre se tendrá como maternidad.

De la sola lectura de las definiciones antes expuestas, se puede concluir que la filiación es una relación biológica con consecuencias jurídicas, que van desde la concepción hasta el fallecimiento, lo cual sin ningún tipo de dudas genera una obligación por parte del Estado de protegerla, pues ni más ni menos está en juego el derecho a la personalidad jurídica, al nombre, al estado civil, entre otros, y que irradia muchos campos del Derecho.

Pero ¿a partir de cuándo se puede comenzar a hablar propiamente de Derecho de Filiación? Se podría hablar desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide (gameto) o debemos esperar hasta que el producto de dicha unión, pueda sobrevivir siquiera un instante a la separación de la madre. Sin ningún tipo de dudas debe ir desde la fecundación, tanto que la ley hoy permite hacer reconocimiento de hijos desde cuando estos se encuentran en el vientre materno.

En lo que respecta a la maternidad y que a todas luces es un hecho notorio, se deduce que no se requiere mayor elaboración jurídica, salvo en las dos situaciones claramente contempladas por la legislación actual, a saber: por un lado la suplantación del parto y por el otro lado el falso embarazo. Por el lado de la paternidad, es más complejo el tema y es por ello que se puede encontrar el catálogo de presunciones antes vistas y que a continuación se reiteran:

El Art. 92 del Código Civil colombiano regula el tema al establecer que: *“de la época del nacimiento se colige la de la concepción, se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.”*

En lo que respecta a la gestación mínima, los 180 días que consagra el artículo 92, ibídem, son considerados cabales, es decir, sin hacer deducciones de ningún tipo; por lo cual no debe descontarse ni el día del alumbramiento como tampoco el de la concepción.

<sup>7</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=filiacion](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=filiacion)

Y como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia, el tiempo máximo de gestación, esto es, los 300 días, se debe contar el día del nacimiento más no el de la concepción.

Aunque la filiación como concepto debe ser tratada como una sola, y no admite clasificaciones, pues es bien sabido que la ley 29 de 1982 consagró que todos los hijos gozan de igualdad, aquella puede y debe ser clasificada dependiendo del modo<sup>8</sup> como aquel hijo vino al mundo, lo cual de contera fijará la forma que tendrán los sujetos de derecho involucrados para atacar dicha filiación.

Como consecuencia de lo anterior tenemos:

1.- La filiación matrimonial que incluye la legitimación por posteriores nupcias de los padres, antes llamada legítima. Cabe aquí el interrogante que se plantea aun hoy la doctrina y es el relacionado con las uniones maritales de hecho, teniendo en cuenta que la ley 1060 de 2006 equiparó estas con aquella en términos de la ley. No obstante lo anterior, consideramos que deben ser tratadas como extramatrimoniales.

2.- La filiación extramatrimonial, que apegándonos al sentido de las palabras, es aquella que se configura sin que haya matrimonio de los padres.

3.- La filiación adoptiva, configurada mediante acto solemne, primero por la vía administrativa y posteriormente por la vía judicial debidamente reconocida, en donde se presenta una especie de imitación a la primeramente señalada.

4.- Y por último, con menos aplicación pero con igual importancia, la llamada filiación asistida, que incluye todos los avances de la ciencia para poder procrear.

Quizás inclinándonos hacia el plano de igualdad e incluso por la máxima protección que requieren todas las personas independientemente de la edad para lograr establecer su derecho al nombre, a la personalidad jurídica, al estado civil y desde luego a la filiación, podremos llegar a concluir en algún momento que dicha clasificación resulta innecesaria, pues el legislador tanto nacional como supranacional busca una igualdad real y material entre las personas independientemente de su origen.

Uno de los logros más importantes de la ley 1060 de 2006, en el que muchos no han reparado, fue en equiparar los hijos matrimoniales con los hijos que nacen bajo una unión marital de hecho debidamente declarada por sus padres, pues las presunciones a ambos los cobijan.

En lo que respecta a las causales de impugnación, equiparó las provenientes como consecuencia del matrimonio de los padres o de una unión marital de hecho.

Antes de la expedición de la ley 1060 de 2006, **únicamente** al padre le estaba permitido impugnar la paternidad del hijo matrimonial y siempre dentro de los 60 días en que tuvo conocimiento del parto. Si para el momento de la concepción dicho

---

<sup>8</sup> Como consecuencia del matrimonio, de unión marital de hecho, de relaciones sexuales esporádicas o accidentales, o de adopción.

padre no habitaba bajo el mismo techo con su cónyuge, y éste lo podía probar se le dotaba al presunto padre de la acción de impugnación sin plazo alguno.

Como consecuencia de lo anterior, si el hijo nacía dentro de una unión matrimonial, el verdadero padre, es decir, el biológico, NO podía reclamar la paternidad que él bien sabía era suya. Situación que no se presentaba si el hijo nacía en cualquier otra relación que no fuera matrimonio, pues allí el padre biológico sí podría iniciar las acciones pertinentes en cualquier tiempo.

**3.1. Elementos de la filiación.** Básicamente son 4 los elementos que hacen parte inescindible de la filiación, los cuales se pasa a explicar a continuación:

- **La Maternidad.** Hace referencia a aquel ser femenino que ha generado descendencia directa. Se configura por medio de aquella persona que obedece al nombre de madre, que pone su cuerpo al servicio de la gestación y finalmente llega a su momento cumbre con el alumbramiento mediante el parto, sea natural o por cesárea. Definitivamente es el punto de inicio para determinar los lazos de sangre (o civiles) que unen una familia determinada.

¿Cómo probar la maternidad?

- a. El parto: se prueba directamente con el certificado médico de nacido vivo o en su defecto por la declaración de 2 testigos hábiles que hayan presenciado el hecho.
  - b. Identidad del hijo: El niño debe coincidir con el que efectivamente nació o literalmente salió del vientre de la madre.
  - c. Posesión notoria del estado civil del hijo. (Ley 75 de 1968, Artículo 4 y 5)
- **Matrimonio o Unión Marital de Hecho.** La prueba de dicho acto jurídico es tarifada, pues se encuentra previamente establecida por la ley, verbi gracia: el registro civil de matrimonio para lo primero y para lo segundo acta de conciliación, sentencia judicial o escritura pública. (se debate si procede el acta de conciliación en cuanto a la fecha ya hay varios pronunciamientos judiciales en los cuales se reconoce la unión marital de hecho como un estado civil, y como es bien sabido, este no se puede conciliar)<sup>9</sup>. Si el hijo nace y los padres contraen matrimonio posteriormente tendrá la calidad de legitimado, lo cual lo “equipara” a los legítimos, término que como hoy sabemos fue declarado inexecutable, de modo que lo conveniente es hablar de matrimonial.
  - **Concepción.** Hace referencia al momento en el cual se dio la unión efectiva del espermatozoide con el óvulo, y de este modo determinar si se realizó en vigencia del matrimonio o de la unión marital de hecho de los padres, o, si por el contrario

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar. Referencia c-0500131100062004-00205-01. Fecha 18 de junio de 2008.



no se encontraban bajo alguna de las dos únicas modalidades contempladas por la ley. Teniendo en cuenta que la presunción no se puede probar como cualquier otro hecho, aquí entra en juego la presunción de la cual se habló pretéritamente; es decir, la que trata el artículo 92 del Código Civil.

- **Paternidad.** Más presunciones, que se pueden ver inobjetablemente reflejadas en el artículo 2 de la ley 1060 de 2006, que en su tenor literal reza así: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.”<sup>10</sup>

Tal y como sucede en la concepción, resulta complejo saber a ciencia cierta quién es el padre, por lo cual se hace indispensable la presunción. Por este motivo en reiterados fallos la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta presunción es una de las llamadas legales y no de derecho, y, por tanto, admite prueba en contrario<sup>11</sup>.

### **3.2. Acciones sobre la Filiación Matrimonial o de la Unión Marital de Hecho.**

Son básicamente dos tipos de acciones encaminadas a resolver las dudas que se comienzan a suscitar por esta situación, que desencadenan indefectiblemente en una realidad que todos los ciudadanos tenemos derecho a saber claramente, pues se trata nada más y nada menos que de nuestra propia identidad, y como consecuencia del estado civil y personalidad jurídica de todo sujeto de derechos.

Por un lado están las acciones de reclamación, conocidas por algunos como aquellas de carácter positivo, pues buscan establecer el estado civil de la persona, las cuales se caracterizan por ser extrapatrimoniales, son imprescriptibles y se encuentran consagradas claramente en el artículo 406 del Código Civil.

Por el otro, encontramos las acciones de impugnación, que también son conocidas como de carácter negativo, que pretenden desvirtuar un estado civil que recae sobre determinada persona, son extrapatrimoniales, prescriptibles y normalmente no se encuentran consagradas en norma expresa, sino que se puede decir que son casuísticas.

#### **i. Impugnación de la maternidad**

No se presenta habitualmente, aunque no por ello debe descartarse del ordenamiento jurídico; todo lo contrario. Dos situaciones particularmente, a saber: el

---

10 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Leyer. Trigésima Edición. Página 120 Bogotá D.C., 2011.

11 CFR. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Mayo 13 de 1993.

supuesto hijo figura como tal en el Registro Civil de Nacimiento o cuando goza de la posesión notoria de ese estado civil.

Se deben presentar 3 situaciones principalmente para que prosperen las pretensiones, a saber:

- a. El impugnante debe estar legitimado en la causa.
- b. Estar dentro del término legal para impugnar.
- c. Acreditar la o las causas contempladas en la ley.

Lo que se pretende es que la persona que pasa como madre deje de ostentar dicha calidad y de esta forma la verdadera titular de dicha calidad pase a ejercerla.

¿Quiénes y en qué momento pueden impugnar?

Las personas legitimadas en la causa son las que a continuación se detallan:

1.- El marido de la supuesta madre y ésta.

Deberá promoverse la acción dentro de los 140 días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que la que pasa por madre no es la madre biológica.

2.- Los verdaderos padres del hijo, es decir los padres biológicos<sup>12</sup>.

No tienen un término extintivo para promover la acción.

3.- El hijo.

No tiene un término extintivo para promover la acción.

4.- Cualquier persona que vea afectados sus intereses sucesorales.

Deberá promoverse dentro de los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la real situación del hijo.<sup>13</sup>

5.- Finalmente se consagra otra hipótesis que es la relacionada con la verdadera madre, quien podrá iniciar el respectivo proceso todo con el fin de exigir alimentos de parte del hijo hacia ella, quien tampoco tendrá un término para iniciar la acción.

¿Qué se debe acreditar?: Dos hipótesis contempla la norma, que consisten en lo siguiente:

- a. Una relacionada con el parto o alumbramiento de la mujer, de modo tal que deberá probarse que no fue real sino simulado, fingido o supuesto, lo cual

---

<sup>12</sup> Lo jurídicamente correcto es que primero deben impugnar la maternidad y paternidad que está gozando el hijo para posteriormente reclamar la que les corresponde de suyo.

<sup>13</sup> ARTÍCULO 11. El artículo 248 del Código Civil queda así: Artículo 248. En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes: 1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal. 2. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada. No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad. 6 Art. 338.- A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aún para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes, por causa de muerte.

trae como conclusión que dicha mujer nunca estuvo embarazada y, por tanto no pudo dar a luz.

- b. Y otra, íntimamente relacionada con el hijo como tal en cuanto a la madre, que es lo que la mayoría de la doctrina conoce como la identidad del hijo. Lo cual se traduce en que la que pasa por madre lo es del hijo y este lo es de aquella.

## ii. Impugnación de la Paternidad

El presunto padre impugna o niega ser el verdadero padre del que pasa por hijo debido a algunas situaciones como las que en adelante se procede a mencionar:

- a. El impugnante debe estar legitimado en la causa.
- b. Estar dentro del término legal para impugnar.
- c. Acreditar la o las causas contempladas en la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿quiénes y en qué momento podrán impugnar la paternidad?

1.- El marido o el compañero permanente: Ya sea uno o el otro dependiendo de la situación, podrá demostrar por cualquier medio que no es el padre, últimamente y con el peso que le otorga la ley lo hace valiéndose de pruebas científicas de ADN tomadas en laboratorios privados, lo cual le renueva el interés actual para iniciar el proceso, según fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil e incluso de la misma Corte Constitucional.

El proceso debe promoverse dentro de los 140 días siguientes a aquel en que se tuvo el conocimiento de no ser el padre biológico, esto es, a partir de cuando inició el interés actual para impugnar.

2.- El padre biológico: Teniendo en cuenta que lo que se pretende es llegar a la verdad sobre la filiación y el estado civil de las personas, y contrariando la legislación anterior que imposibilitaba que el padre biológico pudiera hacerlo si se trataba de un hijo “matrimonial”, en este caso se le permite hacerlo sin un término definido, por lo cual podrá hacerlo en cualquier tiempo.

3.- El hijo: No tiene límite de tiempo para ejercer su derecho.

4.- Los herederos del cónyuge o compañero presunto: Consagrada esta legitimación por el artículo 7 de la ley 1060 de 2006: “Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público...”<sup>14</sup>

---

14 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Leyer. Trigésima Edición. Página 122 Bogotá, D.C., 2011.

5.- La madre del hijo podrá impugnar así mismo la paternidad (infidelidad), y lo podrá hacer en cualquier tiempo.

Se hace necesario entonces, efectuar el análisis de las sentencias que tratan el tema para proceder a la realización de la línea jurisprudencial de los fallos proferidos por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre impugnación de la paternidad entre los años 2006 a 2011.

## LINEA JURISPRUDENCIAL

### IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

Corporación: Corte Constitucional.

Sentencia: C-310 de 2004

Fecha: 31 de Marzo de 2004

Magistrado Ponente: Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

**Tema: Términos de caducidad de las acciones para impugnar la paternidad. Diferencias entre los hijos matrimoniales y los legitimados con ocasión del matrimonio de los padres.**

### **HECHOS:**

En ejercicio del derecho que confiere la Constitución Política de Colombia, de demandar las normas que se considera vulneran el ordenamiento jurídico interno y el bloque de constitucionalidad, una ciudadana demanda la constitucionalidad del artículo 248 del Código Civil colombiano por considerar que vulnera los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia, pues no logra entender por qué para la impugnación promovida por terceros se les reconocen 300 días desde que les surgió “el interés actual”, si dichos hijos son extramatrimoniales, pero si se trata de hijos matrimoniales solo se cuenta con 60 días para proponer la acción de impugnación.

Previos conceptos rendidos por el Ministerio del Interior y de la Justicia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Procuraduría General de la Nación, en que los dos primeros conceptúan a favor de la exequibilidad de la norma, mientras el tercero de forma extemporánea por la inexecutable, la Corte decide abordar el estudio de la demanda planteándose si realmente el plazo para ese entonces concedido a los interesados distintos a los ascendientes para impugnar la legitimación de hijos extramatrimoniales, desconoce el derecho a la igualdad frente al plazo concedido a los hijos matrimoniales, pues son plazos diferentes para uno y otro caso.

Después de hacer remembranzas sobre la diferenciación entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos; sin que ello necesariamente signifiquen discriminación, considera la Corte que el establecimiento de términos obedece a poder garantizar la mayor estabilidad y seguridad a las relaciones de familia. No obstante lo anterior, carece de explicación lógica el trato diferenciado en cuanto al término de 60 días para unos y 300 para otros, por tanto, considera la Corte,

que no es justificado ese tratamiento, ante lo cual, elimina dicha diferenciación y establece que el término de caducidad es de 60 días para ambos casos.

A pesar de lo anterior, existen salvamentos de voto en los que dicen que no se trata de discriminar con dichos términos, sino de una diferenciación justificada en las diferencias existentes entre el matrimonio y la misma unión marital de hecho y so pretexto de salvaguardar el principio de igualdad no se puede privar al legislador de establecer normas especiales si en su entendimiento cabe que deben crearse según el momento que viva la sociedad.

### **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA**

Corporación: Corte Suprema de Justicia.

Sentencia: 11001-31-10-011-2002-00405-01

Fecha: 4 de diciembre de 2006.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

### **Tema: Interés Actual para Impugnar la Paternidad, caducidad de la acción.**

Se estudia un caso en que el interés se originó en el resultado de una prueba genética sobre ADN que determinó que la paternidad se encontraba excluida.

### **HECHOS:**

Solicitó el actor que se declarara que la demandada no es hija suya y, consecuentemente, que no tiene ninguna obligación para con ella; que se comunique el correspondiente fallo a todas las entidades y autoridades correspondientes. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

La señora Isabel Peña Montenegro, en la época de la concepción de Luisa Fernanda, le “prestaba sus servicios sexuales”, entre otros, al actor; la demandada nació el 29 de junio de 1984.

El actor sólo vino a conocer a la accionada el 19 de abril de 2002, en una cita que concertaron, ocasión en la que los dos fueron conscientes, de la “carencia total mutua de sentimientos y de la ausencia de parecido en los rasgos físicos”; ese mismo día decidieron practicarse una prueba científica, que determinó la exclusión de paternidad del demandante; la demandada aseveró en declaración judicial, que al conocer su madre, el resultado de la prueba, le manifestó que su padre “era otro señor”; el actor se encuentra dentro del término establecido en el art. 248 del Código Civil y le asiste un “interés actual y legítimo”, fundamentado en el resultado del examen genético.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló, además, las defensas que literalmente denominó: “caducidad de la acción” e “irrevocabilidad del reconocimiento”.

La sentencia de primera instancia declaró probada la excepción de caducidad y, consecuentemente, denegó las pretensiones de la demanda, fallo que apelado por el demandado, fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el proveído impugnado en casación.

#### **LACORTE:**

En cuanto atañe al aspecto temporal, el artículo 248 del Código Civil, aplicable a juicios de impugnación de la paternidad extramatrimonial, establece que “No serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho” (se subraya), precepto que fue declarado parcialmente inexecutable en la sentencia C-310 de 2004, específicamente en lo que toca con la expresión “trescientos días”, fallo que, sin embargo, no puede ser aplicado aquí, se precisa, por cuanto la referida decisión de la Corte Constitucional no produce efectos retroactivos, como bien se tiene establecido. (Vid: C-113/93 y C-737/2001).

Agregó la Corte en la decisión anterior que “no obstante que en determinados supuestos el mismo autor del reconocimiento puede llegar a tener interés actual en la declaración que persigue”, este “no alcanza a confundirse con cualquier otro motivo antojadizo, pues aquel refiere a la condición jurídica necesaria para activar el derecho, al paso que este apenas viene a ser cualquier otra circunstancia veleidosa y, por ende, carente de trascendencia o de razón alguna. Así, la presencia del segundo deviene innecesaria y, por ende, es inane en relación con el propósito de accionar; dicho interés, por consiguiente, valga repetirlo, no puede estar sometido al estado de ánimo o a la voluntad de los afectados, o a la simple conservación y mantenimiento de las relaciones interpersonales” (se subraya).

Frente al art. 248, afirma la Corte, que lo que exige la ley, es que la impugnación del reconocimiento se haga necesaria e indefectiblemente dentro de los términos señalados por el artículo 248 del Código Civil -en la actualidad dentro de sesenta días conforme a la sentencia C-310 de 2004, dictada por la Corte Constitucional-, lo que habrá de evaluarse conforme las específicas circunstancias de cada caso en particular, pues el derecho de impugnar caduca con el vencimiento del término en cuestión, pero ello no significa que éste empiece inevitablemente a correr desde el día siguiente al del reconocimiento de la paternidad, ya que como se acotó, el interés actual del impugnante puede aflorar o emerger con posterioridad, supuesto en el cual será necesario determinar, con miras a resolver acerca de la caducidad de la acción, si el libelo fue presentado dentro del plazo legal contado a partir de la fecha del surgimiento del referido interés.

**SENTENCIAS RELACIONADAS:** -C-310/04, -Sentencia de octubre 27 del 2000, CSJ., -Sentencia de Abril 11 de 2003. -Sentencia de Diciembre 12 de 2007, CSJ.

### **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA**

Corporación: Corte Suprema de Justicia.

Sentencia: 25290-31-84-001-2002-00137-01.

Fecha: 12 de diciembre de 2006

Magistrado Ponente: Doctor César Julio Valencia Copete.

**Tema: Interés Actual para Impugnar la Paternidad, caducidad.**

Se estudia un caso en que el interés se originó en el resultado de una prueba genética sobre ADN que determinó que la paternidad se encontraba excluida.

### **HECHOS:**

Solicita el demandante declarar sin efecto el reconocimiento de la paternidad, hecho el 5 de septiembre de 1994 al demandado, por cuanto este no fue procreado dentro de las relaciones extramatrimoniales que tuvo con María Bernardita Infante Rey; con fundamento en lo siguiente:

A raíz de que la prueba practicada que excluyó la paternidad del actor respecto de la menor Ángela Lorena Rodríguez Infante, hija de María Bernardita Infante Rey, aquél quedó sumido en una profunda duda, ya que dicha progenitora le mintió respecto de la paternidad de la primera.

Con motivo de la duda antes referida, el demandante obtuvo que se realizara los respectivos exámenes científicos y el 27 de abril de 2002 se emitió el informe, según el cual la paternidad de Rodríguez Ceferino respecto del demandado era “incompatible, lo que indicaba que la misma quedaba excluida, en un margen superior al 99.9998%”.

La parte demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones. Propuso como defensas las que denominó “aceptación del demandante de las relaciones sexuales a la época de la concepción del menor”, “convivencia aunque no estable entre estos”, “falta de idoneidad y credibilidad respecto de la prueba practicada”, “inexistencia de la imposibilidad física de poder engendrar del demandante para la época de la concepción “inexistencia de los presupuestos que trata el art. 5 de la ley 75 de 1968 para que exista la impugnación”, “caducidad de la acción” y “reconocimiento expreso y tácito del demandante, respecto de sus hijos Mario Rodríguez y Ángela Rodríguez”.

El ad quo culminó la primera instancia concediendo las pretensiones de la demanda. Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el tribunal revocó negando las súplicas de la misma.

### **LACORTE:**

Al respecto precisa la Corte:

El surgimiento del interés actual debe ser establecido en cada caso concreto.

El plazo para instaurar esta acción es de trescientos días, contado desde aquel en que al impugnante le surgió el mentado “interés actual”, conforme a lo preceptuado en el inciso segundo del numeral 2 del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, norma que estaba vigente para cuando se inició este asunto, desde luego que los efectos de la sentencia de Constitucionalidad C-310 de 31 de marzo de 2004, no le son oponibles porque fue proferida mucho tiempo después de presentado el libelo y la Corte Constitucional no dispuso un efecto retroactivo, que permitiera su aplicación. Sobre el particular esta Sala en ocasión reciente señaló:

“En este caso aconteció que el tribunal adoptó como fundamento de su decisión la sentencia de inexecutableidad acabada de referir y, pese a lo que viene de sostenerse, le hizo producir efectos hacia el pasado, para de esa manera determinar que, por consiguiente, la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial aquí intentada se había propuesto por fuera del término de sesenta días que, a su juicio, era el aplicable para esos propósitos, debido a que aquel de trescientos días había sido declarado inexecutable, sin percatarse de que esa providencia de constitucionalidad a este asunto no le era aplicable en la medida en que el mismo fue promovido con mucha anterioridad a la fecha en que esa decisión se profirió, lo cual inevitablemente conducía a significar que, por ende, los efectos de dicha determinación judicial no podían adoptarse para dar por establecido que el término de caducidad de la acción intentada era el que el fallador finalmente aplicó y no el 'trescientos días', que preveía el inciso segundo del numeral, 2 del artículo 248 del Código Civil, aducido por los recurrentes como infringido”

**SENTENCIAS RELACIONADAS:** C-310 de 31 de marzo de 2004, sentencia 034 de 27 de marzo de 2006.

#### **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA**

Corporación: Corte Suprema de Justicia

Sentencia: 00058.

Fecha: 22 de Marzo de 2007.

Magistrada Ponente: Doctor César Julio Valencia Copete

**Tema: Interés Actual para Impugnar la Paternidad.**

Se estudia un caso en que el interés se originó en el resultado de una prueba genética sobre ADN que determinó que la paternidad se encontraba excluida.

#### **HECHOS:**

Libardo Joya Joya demandó al menor Maicol Stiven Joya Tuberquia para que se declarara que éste no es su hijo extramatrimonial. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

En el año de 1994, inició un noviazgo con Nora María Tuberquia, el cual perduró hasta 1997.

A mediados de 2002, sostuvieron una relación sexual extramatrimonial; al cabo de



un mes y medio ésta le comunicó a Libardo que se encontraba embarazada, cosa que lo sorprendió, como quiera que se había tratado de una sola relación.

El 5 de marzo de 2003 nació Maicol Stiven, presuntamente como fruto de aquella relación, siendo reconocido por Libardo el 8 de abril siguiente.

El 15 de diciembre de 2004 fue practicada una prueba genética a Maicol Stiven, que excluyó la paternidad de Libardo, cuyo resultado, a pesar de la ausencia de la madre, alcanzó una categoría mayor, puesto que descartó el cromosoma “y”, que es el que se transmite íntegramente de padre a hijo sin recombinaciones ni intercambio con cromosomas homólogos.

Al admitir el libelo se designó curador ad litem al menor y se dispuso citar a la madre del demandado, quien se limitó a guardar silencio.

El ad quo, con apoyo en la prueba genética, declaró que Maicol Stiven no era hijo extramatrimonial de Libardo; agotado el trámite de la consulta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia revocó el fallo y, en su lugar, denegó las pretensiones.

#### **LA CORTE:**

El plazo para impugnar la paternidad es de trescientos días, y no de sesenta, contados desde el día siguiente a aquel en que surgió el mentado “interés actual”, toda vez que ese era el lapso contemplado entonces por el artículo 248, numeral 2, inciso segundo, del Código Civil, antes de que fuera reducido por el fallo de constitucionalidad C - 310 de 31 de marzo de 2004, cuyos efectos solamente se produjeron hacia el futuro, como por regla lo prevé el artículo 45 de la ley 270 de 1996, sin que se hubiera dispuesto su retroactividad (cfr. sentencias de 27 de marzo y 12 de diciembre de 2006, exp. 00107-01 y 00137-01, no publicadas aun oficialmente). En todo caso, debe indicarse que este desatino resulta intrascendente, ya que, a la luz de uno u otro término, se configuraría igualmente la caducidad.

Desde luego, tampoco sobra aclarar que para estos propósitos nada tiene que ver la ley 1060 de 26 de julio de 2006, modificatoria del artículo 248 del Código Civil, pues su expedición fue posterior al inicio de esta controversia y a la decisión de segunda instancia, a más de que entró en vigor “... a partir de la fecha de su promulgación...” (artículo 14).

#### **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA**

Corporación: Corte Suprema de Justicia.

Sentencia: C-1100131100052000-01008-01

Fecha: 12 de diciembre de 2007.

Magistrado Ponente: Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar

**Tema: Interés Actual para Impugnar la Paternidad, Caducidad de la acción.**

Se estudia un caso en que el interés para impugnar surgió desde cuando se tuvo conocimiento del resultado de una prueba genética que excluyó la paternidad de quien hizo el reconocimiento.”

#### **HECHOS:**

El citado demandante, fallecido en el trámite del proceso, solicitó que se declarara que la susodicha demandada no es hija suya, y que como consecuencia se adoptaran los correctivos que sean del caso. En lo pertinente, en la demanda se manifiesta, como soporte fáctico de lo anterior lo siguiente:

Que el demandante, convencido que la precitada niña, nacida el 28 de mayo de 1998, era fruto de las relaciones sexuales extraconyugales que sostuvo con la madre de la misma, la reconoció como su hija, el 24 de junio, siguiente, según consta en el respectivo registro civil de nacimiento.

Luego de algunas desavenencias surgidas por el cuidado y tenencia personal de la menor, el demandante fue informado por la madre de ésta, en julio de 1999, que quien pasaba por su hija en realidad no lo era. Ante la duda, los tres acudieron a la práctica de la prueba de ADN, la cual arrojó como resultado “*PATERNIDAD INCOMPATIBLE*”.

Tramitado el proceso, el ad quo negó las pretensiones, decisión que el Tribunal, por vía de apelación, confirmó, por mayoría, en el fallo recurrido en casación.

#### **LACORTE:**

Considera la Corte que si el interés es un presupuesto que por vía de principio concierne a toda legitimación, el “*interés actual*” de que habla el inciso final del artículo 248 del Código Civil, se refiere a la “*condición jurídica necesaria para activar el derecho*”. Sentencia 204 de 27 de octubre de 2000, expediente 5639.

Ahora, si esa condición es la que le da vida o nacimiento a la acción de impugnación de que se trata, el “*interés actual*”, para efectos de computar el término de caducidad, debe ubicarse temporalmente en cada caso concreto y no ligarlo necesariamente al acto voluntario de reconocimiento, porque una cosa es reconocer a un hijo bajo la convicción invencible de ser el fruto de las relaciones sexuales que el reconociente tuvo con la madre del reconocido, y otra, distinta, es abrigarlo como tal a sabiendas de que en la realidad no lo es.

En este último evento, desde luego, el “*interés actual*” surgiría en forma concomitante con el reconocimiento voluntario, tal cual lo concluyó la Corte en el último antecedente citado, a propósito del estudio de un caso similar, al decir que el interés para impugnar el reconocimiento “*devino evidente desde que se surtió ese acto, pues a ese momento*” el demandante “*era consciente*” de que la demandada

*“no era su hija”.*

Lo mismo no puede predicarse de la otra hipótesis, porque mientras el reconociente permanezca en el error, la posibilidad de impugnación simplemente se presenta latente. En ese sentido, la Corte tiene precisado que el interés para impugnar el reconocimiento surge a partir del momento en que sin ningún género de duda se pone de presente o se descubre el error, por ejemplo, con el “conocimiento” que el demandante *“tuvo del resultado de la prueba genética sobre ADN (...), que determinó que respecto de la demandada su paternidad se encontraba científicamente excluida”.*

Se anotó, el *“interés actual del impugnante puede aflorar o emerger con posterioridad, supuesto en el cual será necesario determinar, con miras a resolver acerca de la caducidad de la acción, si el libelo fue presentado dentro del plazo legal contado a partir de la fecha del surgimiento del referido interés”.*

#### **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA**

Corporación: Corte Suprema de Justicia.

Sentencia: 2002-00451-01

Fecha: 29 de Julio de 2009

Magistrada Ponente: Doctora RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

**Tema: Interés Actual para Impugnar la Paternidad, caducidad de la acción.**

Se estudia un caso en que el interés para impugnar le surgió al demandante por la diversidad de relaciones que la demandada mantenía con otros hombres y que la concepción estaba fuera del término establecido en el artículo 92 del Código Civil.

#### **HECHOS**

Frente a la providencia que acogió en primera instancia las pretensiones formuladas por el accionante en la demanda de impugnación de la paternidad promovida por Álvaro Roberto Ibáñez Franco contra las menores María Cecilia y Cerys Margarita Ibáñez Tang, representadas por su progenitora Cerys Mariela Tang Meza, las accionadas interpusieron con buen suceso el recurso de apelación, toda vez que el superior revocó en todas sus partes la decisión cuestionada y en su lugar, las negó y declaró no probadas las excepciones.

Recurrido el anterior pronunciamiento de segundo grado, la Sala casó la sentencia del Tribunal argumentando que este se equivocó de manera grave cuando aplicó el ordenamiento jurídico regulador de la legitimación del padre extramatrimonial para acudir ante la autoridad jurisdiccional con el objeto de refutar el reconocimiento que de la calidad de hijo o de hija haya hecho respecto de alguna persona, en atención a que confundió dicha prerrogativa con otra figura diferente como es la relativa a la irrevocabilidad de dicha aceptación.

Reunidos se encuentran los presupuestos procesales y no existiendo motivo de

nulidad que imponga retrotraer lo rituado a etapa anterior, se procede a continuación a desatar la alzada.

## **LA CORTE**

Antes de la sentencia C-310 de 2004, el padre extramatrimonial disponía del término de trescientos días para formular la impugnación de la paternidad. Después de dicho pronunciamiento la Corte equiparó el término a sesenta días entre los padres matrimoniales y los extramatrimoniales, para formular la acción de impugnación. Ya con la entrada en vigencia de la Ley 1060 de 2006 se dio por primera y única vez que la persona a la que el fallo de impugnación de la paternidad le haya salido adverso tratándose del término de la caducidad, podría impetrar la acción de impugnación a la paternidad, por tanto, el actor estaba legitimado como parte activa.

En el caso en arras el demandante al tener dos hijas, la Corte se tomó el trabajo de diferenciar cada caso en particular, en lo relativo a la hija que nació primero se realizó una prueba de ADN en que se determinó que el demandante era el padre. Y en cuanto a su segunda hija se aplicó lo anteriormente mencionado (Ley 1060 de 2006); igualmente se hizo una prueba de marcadores genéticos excluyendo la paternidad del demandante.

## **IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA**

Corporación: Corte Constitucional.

Sentencia: T-888 de 2010.

Fecha: 10 de noviembre de 2010.

Magistrada Ponente: Doctora María Victoria Calle Correa

Tema: Interés Actual para Impugnar la Paternidad.

La sentencia trata de interés actual para impugnar cuando se ha conocido recientemente el resultado de una prueba de ADN.

El señor Daniel Amado Morales interpuso la acción de tutela contra los fallos proferidos por el Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia, y la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Antioquia por medio del cual le denegaron las pretensiones en el Proceso de Impugnación de la paternidad contra su “hija” Nixa Yuneidy, puesto que presentó la demanda de impugnación 17 días después de saber a ciencia cierta, por medio de la prueba de ADN, que no era padre de la menor reconocida por él con dudas mediante, 4 años atrás.

En las instancias judiciales denegaron las pretensiones argumentando que el demandante carecía de interés actual para demandar o instaurar la demanda, ante lo cual el proponente de la acción judicial decide invocar la acción de tutela por la vulneración de los derechos fundamentales a la familia, acceso a la justicia, filiación de una persona, a decidir libremente y en pareja el número de hijos que desea tener,

a la personalidad jurídica.

El debate se genera desde dos perspectivas: la primera que consiste en determinar si procede la acción de tutela contra los fallos judiciales y la segunda en cuanto a debatir en qué consiste y cuándo surge “el interés actual para impugnar la paternidad.”

Respecto a la primera en numerosos fallos judiciales<sup>15</sup> se ha sostenido que algunas decisiones de tipo judicial en determinadas ocasiones pueden ser reclamadas mediante acción de tutela siempre que se vulneren realmente derechos fundamentales, siempre atendiendo a que el fallo tenga relevancia constitucional, si han sido agotados todos los recursos o medios de defensa, si se cumple el requisito de inmediatez, así mismo si se trata de irregularidades procesales que han incidido en el fallo, si el actor en el fallo impugnado puso de presente los derechos fundamentales que se le vulneran (en la medida de lo posible) y finalmente que no se trate de un fallo de tutela, pues tutela sobre tutela no procede.

Pasado lo anterior y haciendo un análisis de los derechos fundamentales vulnerados se pasa a analizar en qué consiste el interés actual para impugnar la paternidad y la importancia de las ciencias en el Derecho, so pena de cometer graves errores en lo concerniente a los fallos que se deben apoyar en aquellas.

El padre de la niña efectivamente realizó el reconocimiento con dudas acerca de la paternidad, y una vez se acrecentaron sus dudas decidió practicarse la prueba de ADN la cual arrojó como resultado “excluyente” y como conclusión, que no es el padre.

Los jueces de instancia aplicaron la ley en sentido estricto y por ello desconocieron una realidad contundente como es la prueba de ADN, y por este sentido la Corte Constitucional considera que fue aplicada la ley de manera errónea y por ello se viola abiertamente la Constitución Política.

En efecto el padre reconoció a la niña y los jueces interpretaron que ejerció su derecho de impugnar pasado el amplio lapso de tiempo que contempla la legislación, pero no cuentan con las dudas suscitadas en el padre y que se confirmaron con el examen de ADN. Es decir, los jueces de instancia consideraron que dicho interés para impugnar no se renovó nunca.

La contundencia de una prueba de ADN es tan determinante que debe conducir al Juez a interpretar la ley de tal manera que garantice la primacía de la verdad manifiesta y palmaria, sobre cualquier consideración jurídica formal.

Las normas pueden perder vigencia frente a los avances de la ciencia, y es a los jueces a quienes corresponde armonizar su contenido con los nuevos descubrimientos.

Como conclusión, se tiene que el interés actual ha sido actualizado como

---

<sup>15</sup> Sentencias C-097 de 1996, SU-159 DE 2002, C-590 de 2005, T-079 DE 1993 Y T-158 de 1993.

consecuencia del resultado de la prueba de ADN, y, por tanto, si bien es cierto, el interés de una persona pudo haber caducado pero como consecuencia de algunas hipótesis puede ser renovado como en el caso de marras.

**SENTENCIAS RELACIONADAS:** Sentencia C – 097 de 1996, SU – 159 DE 2002, C – 590 de 2005, T-079 DE 1993 y T- 158 de 1993

### **RESULTADOS Y CONCLUSIONES:**

Al iniciar el presente trabajo investigativo nos propusimos la tarea de identificar cuáles eran los principios, reglas y sub- reglas aplicadas por la Corte dentro de las sentencias analizadas.

Luego de un minucioso examen, de algunas sentencias relacionadas con el tema de impugnación a la paternidad, nos encontramos frente a diferentes escenarios, los cuales pueden sintetizarse en los siguientes mínimos comunes denominadores:

1. La relevancia y alcance de la prueba de ADN en los procesos de impugnación a la filiación.
2. La petición de herencia como pretensión subsidiaria a la impugnación de la filiación.
3. El interés actual para iniciar la acción de impugnación y la caducidad.
4. Aplicación en el tiempo de las normas que regulan la acción de impugnación de la filiación.

Frente a este último planteamiento, por ser uno de los problemas jurídicos más frecuentes, se realizó la respectiva línea jurisprudencial. Sin embargo, de los dos puntos antecedentes, también se coligieron los respectivos principios, reglas y sub-reglas.

A continuación, de manera muy sucinta pero concreta se enumerará cada uno de los antes mencionados:

### **SOBRE LA RELEVANCIA Y ALCANCE DE LA PRUEBA DE ADN. PRINCIPIOS:**

Confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe: El hecho de la existencia de una prueba de ADN que desvirtúa una sentencia que ya hizo tránsito a cosa juzgada puede ser aducida en un eventual proceso, en virtud de las obligaciones del Estado de garantizar los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe.

### **REGLA:**

Ley 721 de 2001

### **SUB-REGLAS:**

- Coadyuvancia de la prueba de ADN: La experticia basada en los grupos

sanguíneos con resultados de compatibilidad, tan solo puede catalogarse como un indicio que coadyuva a la valoración positiva de los demás medios de persuasión.

- Anulación de la presunción de paternidad: La incidencia y alto grado de certeza probatoria que tiene la prueba de grupos sanguíneos, desvirtúa la presunción de paternidad.

### **FRENTE A LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA COMO PRETENSÓN SUBSIDIARIA A LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD:**

#### **SUB-REGLA:**

- Deducción de los efectos patrimoniales derivados de la declaratoria de hijo: la petición de herencia no es estrictamente indispensable aducirla de manera expresa, aunque esta se puede acumular a la demanda de filiación, pero la interposición de aquella no se hace indispensable para deducir los efectos patrimoniales derivados de la condición de hijo (Sentencia de quince (15) de diciembre de 2006, Rad: 15572 31 84 001 1992 01505 01, M.P: Pedro Octavio Munar Caden, Sentencia de dieciocho de diciembre de 2006 M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Rad: 25843-3184-001-1995-00871-01).

### **FRENTE A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO:**

#### **SUB-REGLAS:**

- Irretroactividad de las sentencias de constitucionalidad: las sentencias de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro salvo que el órgano que las profirió disponga otra cosa.
- La Sentencia C – 310 DEL 2004 No tiene efectos retroactivos.
- La Ley 1060 de 2006 rige a partir de su promulgación.

### **FRENTE AL INTERÉS ACTUAL PARA IMPUGNAR Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:**

#### **PRINCIPIOS:**

- Igualdad: en los términos tanto para la impugnación de la filiación matrimonial como para la extramatrimonial.
- Primacía de la institución de la familia y del Derecho a la Filiación: Prima el derecho a tener una familia y un estado civil definido ante la exclusión de la paternidad cuando la acción para impugnarla se encuentra caducada.
- Prima el derecho a conocer el verdadero origen: sobre las formalidades establecidas por la ley.

#### **REGLAS:**

- Antes del pronunciamiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 248 del C.C., contenido en la sentencia C-310 de 2004, el término para impugnar era de 300 días para la filiación extramatrimonial y 60 para la filiación matrimonial.
- Posteriormente a la expedición de la sentencia C-310 de 2004, el término

de caducidad es de sesenta días para la impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial.

- Hoy en día luego de la expedición de la ley 1060 del 2006, el término de caducidad es de 140 días para promover la acción de impugnación de la filiación tanto legítima como la que resulta de la unión marital de hecho.

#### **SUB-REGLAS:**

- El término de caducidad corre a partir de acaecido el interés actual, que puede o no coincidir con el acto de reconocimiento.
- El surgimiento del interés actual se determina en cada caso concreto.

#### **CONCLUSIONES:**

Han sido muchos los debates que se han celebrado con ocasión de la filiación paterna y materna en el mundo. Respecto de nuestro país, tal vez nunca se le ha dado la importancia merecida<sup>16</sup>, pues solo hasta la década de los setenta, durante el gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo con la creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se han ido forjando las prerrogativas tendentes a proteger como se debe la institución familiar.

Sobre la impugnación de la filiación, la discusión se ha centrado principalmente en determinar qué pruebas científicas son las más adecuadas, en qué momento se puede o debe impugnar la paternidad y cómo lograr el posterior reconocimiento de la persona que quedó en el limbo en cuanto a su identidad; pero, haciendo un análisis sociológico de esta problemática, consideramos que existen factores más importantes que se han dejado de atender, por un déficit total de políticas públicas serias y confiables por parte del Estado colombiano, para combatir situaciones sociales y jurídicas de gran envergadura como lo son la paternidad y maternidad a edades no adecuadas, y la falta de preparación para asumir los roles de padre o madre, pues nuestra realidad pone al descubierto una juventud cada vez más proclive a tener relaciones sexuales sin siquiera entender el concepto de planificación familiar. En otras palabras, la carencia total de educación y un ambiente familiar adecuado, sumado al instinto irresponsable de tener relaciones sexuales en cualquier circunstancia y bajo el poco o nulo sentido común sobre sus consecuencias, trae como resultado unos indicadores cada vez más altos de paternidades no identificadas o en el peor de los casos paternidades que no corresponden a la realidad.

De otro lado, al margen de la importancia de determinar la filiación de una persona, que acertadamente ha sido catalogada como un derecho fundamental en conexidad con el estado civil de las personas, esta no debe esculparse con objetivos únicamente económicos, pues en la mayor parte de los casos, quienes acuden a la

16 Pues si bien es cierto el problema de la filiación en nuestro país no es reciente, incluso según varios doctrinantes viene desde la misma época de la Colonia con el choque cultural entre españoles e indígenas. Para ver más se puede consultar: Miguel Enrique Rojas Gómez, El Proceso de Investigación de la Paternidad. Capítulo III, página 63. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2001.



impugnación de la paternidad o a la investigación de la misma, en la mayor parte de los casos lo hacen por motivos económicos, llámese alimentos, herencia, pensiones, etc., más que por garantizar a las personas el derecho a conocer la realidad sobre su origen y el derecho a desarrollar su crecimiento en un núcleo familiar óptimo.

Frente a la oportunidad para interponer la acción de impugnación de la paternidad o maternidad, podrán encontrarse posiciones distintas, específicamente en lo que atañe al interés actual para impugnar, y en este sentido preguntarse si este resulta ajustado a la ley y al interés superior del niño o del hijo, si crea o no inseguridad jurídica, si va contra del derecho que tiene toda persona a determinar su descendencia, etc. Y es allí justamente en donde las divergencias se plantean en torno a si siempre que haya una prueba que desestime o excluya la paternidad se renueva ese interés actual para impugnar y, por tanto, legitima al impugnante para iniciar las acciones judiciales, sin interesar la convicción bajo la que ha crecido el hijo, generando como consecuencia una confusión e inestabilidad total respecto de las relaciones familiares y el estado civil, que además pueden desencadenar en problemas psicológicos y emocionales.

Afortunadamente, la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que dicho interés actual no puede corresponder a un afán antojadizo de quien persigue la impugnación y que tales términos para el ejercicio de la acción, deben ser respetados de manera imperativa, dando prevalencia a los intereses del reconocido por encima de la realidad de los hechos que se discuten.

Volviendo al principio de estas líneas, y deseando concluir con una pequeña reflexión, más que con datos estadísticos o descriptivos, es preciso dejar constancia de que nuestro punto de vista está dirigido a la necesidad de un replanteamiento de las políticas públicas desarrolladas por el Estado colombiano, las cuales deben encaminarse a promover la paternidad y maternidad responsables.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial Temis. Vigésima Edición. Bogotá D.C., 1991

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Leyer. Trigésima Edición. Bogotá D.C., 2011.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Editorial Leyer. Trigésima Sexta Edición. Bogotá D.C., 2012.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. *La Filiación en Derecho de Familia*. Bogotá D.C., Leyer Editorial. Bogotá D.C., 2008.

ABEL TORRADO, Heli. *Lecciones Básicas de Derecho Civil. Unión marital de hecho, de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C., 2011.

ESCUADERO ALZATE, María Cristina. *Procedimiento de Familia y del Menor*. Leyer Editorial. Bogotá D.C., 2011.

CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. *Derecho de Familia*. Leyer Editorial., Bogotá D.C., 2004.

GÓMEZ DUQUE, Álvaro. *Elementos de Derecho de Familia*. Leyer Editorial. Bogotá D.C., 2002.

GUTIÉRREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. *Manual de Procesos de Familia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2011.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso de Investigación de la Paternidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2001.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*, Legis, Segunda Edición. Bogotá D.C., 2006.

# La solidaridad cambiaria en relación con el fenómeno prescriptivo

Hernán Darío Colorado Bautista  
Daniel Fabián Torres Bayona



## LA SOLIDARIDAD CAMBIARIA EN RELACIÓN CON EL FENÓMENO PRESCRIPTIVO

AUTOR: Hernán Darío Colorado Bautista  
Daniel Fabián Torres Bayona  
FECHA DE RECEPCIÓN: FEBRERO 27 DE 2012  
DIRECCIÓN: hedacoba@hotmail.com

**RESUMEN:** la solidaridad cambiaria es el efecto jurídico que en nuestra legislación se predica de los suscriptores de un título valor en un mismo grado al tenor de lo normado en el artículo 632 del Código de Comercio. Ahora bien, el legítimo tenedor del título puede hacerlo valer contra los suscriptores que se obligaron (Art. 785 C.Cio.); a su vez el artículo 825 del Código de Comercio reza que *“En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente.”*

Esta solidaridad cambiaria toma un matiz interesante cuando se enmarca dentro del fenómeno prescriptivo que sobreviene a la acción cambiaria de los títulos valores por el hecho de no ejercitarla dentro del tiempo señalado en los artículo 730 y 789 del Código de Comercio según fuere el caso y en relación con lo normado en el artículo 792 del Código de Comercio, que dice: *“Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo el caso de los signatarios en un mismo grado.”* (El subrayado es nuestro).

Ahora bien, si contrastamos las anteriores disposiciones sustanciales dentro del entorno del proceso ejecutivo, cobra especial relevancia el artículo 90 del C.P.C., y su efecto sobre la interrupción de términos de prescripción como consecuencia de la presentación de la demanda y su notificación a la vez que el artículo 306 del C.P.C., y el Art. 2513 del C.C., los cuales mencionan que la prescripción no puede ser declarada de oficio por el juzgador y que debe ser alegada por quien pretenda aprovecharla.

**PALABRAS CLAVE:** solidaridad cambiaria, prescripción, prescripción extintiva, títulos valores, título ejecutivo.

**ABSTRACT:** Solidarity exchange is the legal effect in our legislation is predicated of the underwriters of a security in the same degree to the wording of the provisions contained in Article 632 of the Commercial Code. Now the legitimate title holder can enforce it against subscribers who forced (Art. 785 C.Cio.) Turn Article 825 of the Commercial Code states that "In the mercantile business, when they are several debtors be presumed to be jointly and severally liable."

This solidarity exchange takes an interesting twist when the phenomenon is part prescriptive action ensuing exchange of securities by the failure to exercise it within the period specified in Article 730 and 789 of the Commercial Code as the case and relation to the provisions contained in Article 792 of the Commercial Code, which says: "the causes that disrupt limitations for one of the debtors not disrupt exchange on the other, except in the case of the signatories to the same degree."

Now if we contrast the above substantive provisions within the executive process environment, is particularly relevant to Article 90 of the CPC, and its effect on the interruption of statute of limitations as a result of the filing of the application and notification while Article 306 of the CPC, and Section 2513 of the CC, which mentioned that the requirement can not be held ex officio by the judge and must be claimed by anyone trying to take it.

**KEY WORDS:** solidarity exchange, prescription, statute of limitation, securities, enforceable.

## La solidaridad cambiaria en relación con el fenómeno prescriptivo\*

---

Hernán Darío Colorado Bautista  
Daniel Fabián Torres Bayona\*\*

**E**l tratadista Guillermo Ospina Fernández<sup>1</sup> define la solidaridad en las obligaciones como una modalidad que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto a la totalidad de la prestación (in solidum). De este modo las obligaciones solidarias serán aquellas que, a pesar de tener objeto divisible y pluralidad de sujetos, colocan a cada deudor en la necesidad de pagar la totalidad del crédito. Así por ejemplo, si la obligación que tienen A y B de pagar mil pesos (objeto divisible) a C y D, es solidaria cuando se puede exigir la totalidad de los mil pesos respecto de A o de B, o cuando C o D tienen derecho a cobrar también la totalidad de los mil pesos. Otra acepción de obligación solidaria es la expuesta por el tratadista Sergio Rodríguez Azuero<sup>2</sup>, quien al respecto señala que “...las obligaciones solidarias consisten en que, existiendo dos o más deudores de una cosa divisible, cada uno puede ser obligado al pago de la totalidad de la deuda”...

Lo anterior nos lleva a concluir que en las obligaciones pasivamente solidarias no hay deudores de segundo plano, sino solo principales, los cuales están obligados a satisfacer la totalidad de la deuda, sin que al momento de satisfacer la prestación ninguno de ellos pueda proponer el beneficio de excusión, propio del contrato de fianza, ni tampoco el de división de la obligación.

Nuestro estatuto comercial trata el tema de la solidaridad de las obligaciones mercantiles en general en su artículo 825, norma aplicable a los títulos valores en virtud del numeral 6 del artículo 20 de dicha legislación, el cual dice que son mercantiles “*El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos*”, de modo que sin asomo de dudas puede interpretarse la aplicabilidad a los títulos valores atrás mencionados artículo 825 del C. Cio., el cual reza: “*En los negocios*

---

\* Trabajo final presentado por los estudiantes de posgrado como parte del seminario “formación para la investigación” implementado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

\*\* Estudiantes de la especialización en Derecho Comercial.

1 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá: 1976.

2 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Biblioteca Felaban. 4ª edición, pág. 56.

*mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente.”*

Así las cosas, de conformidad con el artículo 632 del C. Cio., existe solidaridad cuando varios sujetos suscriben un título valor en un mismo grado cambiario, de modo que si uno de ellos asume el pago, este tiene contra los demás coobligados las acciones propias del derecho común, sin perjuicio de las acciones cambiarias a que haya lugar.

Ahora bien, el Art. 1571 de nuestro Código Civil dice que el acreedor, en ejercicio del derecho que le asiste, tiene la potestad de dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por esto pueda oponérsele el beneficio de división, y en materia de títulos valores por virtud del artículo 785 del C. Cio., el tenedor legítimo del título valor **puede** reclamar la obligación de todos o algunos de los deudores en un mismo grado, o podrá ejercer las acciones cambiarias en contra de los signatarios anteriores. Es en este punto donde la doctrina se divide entre quienes afirman que la solidaridad cambiaria solo se presenta entre quienes son firmantes en un mismo grado y quienes sostienen que corresponde a todos los firmantes de un título valor sin importar si se encuentran en un mismo grado.

Por otra parte, existe también una figura muy conocida en el derecho como modo extintivo de las obligaciones y que surge a consecuencia del paso del tiempo sin hacer efectiva la exigibilidad de una obligación, dicha figura la conocemos como prescripción extintiva y nace de la necesidad que tiene el derecho de evitar situaciones jurídicas indefinidas, castigando el no ejercicio de los derechos con su consecuente extinción dentro de un lapso determinado; de este modo nuestra legislación prevé diferentes términos prescriptivos dependiendo del tipo de derecho u acción que deje de ejercerse.

Es así que las prescripciones de mayor trayectoria en nuestro derecho son las de la acción ordinaria con un término de diez (10) años y la de la acción ejecutiva con un término de cinco (5) años las cuales se regulan por lo establecido en el artículo 2536 del Código Civil (artículo reformado por el artículo 8 de la ley 712 de 2002). Sin embargo, no cabe duda de que en nuestro entorno jurídico, por virtud del frecuente uso de los títulos valores de contenido crediticio para respaldar obligaciones dinerarias, el tipo de prescripción más común es la prescripción de la acción cambiaria directa derivada de los títulos valores y que por regla general es de tres años salvo excepciones legales de acuerdo con lo señalado en el artículo 789 del Código de Comercio.

A fin de evitar que el fenómeno prescriptivo opere indiscriminadamente, nuestro sistema legal ha dispuesto que dichos términos puedan ser suspendidos o interrumpidos, en el primer evento el término deja de contarse por un tiempo pero luego continua en el punto en que había quedado el conteo y en el segundo caso se extingue totalmente el término que se venía contando de modo que inicia el conteo de un nuevo término (Arts.2530, 2539 a 2541 C.C., y 90 C.P.C.).



A su vez existen dos tipos de interrupción de la prescripción extintiva, una es la llamada interrupción natural que en el caso de las obligaciones suele presentarse con el reconocimiento de la prestación debida o con la satisfacción parcial o total del acreedor (artículo 2539 C.C.); por otra parte tenemos la interrupción civil regulada por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que se hace efectiva con la presentación de la demanda y se consolida con la notificación oportuna del auto admisorio de la misma o del mandamiento ejecutivo, ello en consonancia con lo normado en el artículo 2539 del C.C.

Hasta este punto tenemos unos conceptos (solidaridad cambiaria y prescripción extintiva) que parecen no generar incertidumbre jurídica alguna. Sin embargo, en el caso de los títulos valores se presenta una particular situación ya que el artículo 792 del Código de Comercio establece que *“las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, salvo el caso de los signatarios en un mismo grado”* (subrayas fuera del texto), en otras palabras, cuando tenemos obligados solidarios que son signatarios de un título valor en un mismo grado, la causas que interrumpen la prescripción extintiva de la acción cambiaria respecto de uno de los obligados también la interrumpen respecto de los demás coobligados, es decir, la interrupción de uno se comunica a todos.

Sobre este aspecto normativo, existen algunas situaciones en las cuales surgen interrogantes que no son sencillos de resolver, ya que partiendo del efecto interruptivo de la presentación de la demanda; para todos los suscriptores de un título valor, en teoría se dejaría sin efecto el término que venía corriendo y empezaría a correr uno nuevo desde el día siguiente de la presentación de la demanda, no obstante, entra aquí en acción el artículo 90 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual expone que la presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que opere la caducidad, pero, sin embargo, pone al demandante en la obligación de notificar al demandado dentro del año siguiente a la notificación por estados del auto que admitió la demanda o libró mandamiento ejecutivo, so pena de anularse dicho efecto interruptivo de la prescripción o si fuere el caso el suspensivo de la caducidad, entonces cabría plantearse las siguientes inquietudes:

1. *Si varios suscriptores de un título valor en un mismo grado son demandados y sólo uno de ellos es notificado dentro del año siguiente a la notificación por estados del auto que libró mandamiento de pago, mientras los demás solo son notificados hasta pasados más de tres años de haberse presentado la demanda y como consecuencia de ello alegan la excepción de prescripción de la acción cambiaria, ¿Dicha excepción al prosperar beneficiaría al demandado que fue notificado oportunamente y que por la simple inexistencia de la prescripción en su momento no la pudo alegar?*
2. *Y si ¿la interrupción del término prescriptivo se limita al momento de la presentación de la demanda o se extiende durante la vigencia del proceso?*

3. La interrupción de términos a la que se refiere el artículo 792 del C.Cio., *¿puede afectar al obligado solidario en un mismo grado que no fue demandado por el beneficiario del título?*

Cabe anotar que el tercer interrogante surge como producto del análisis de los dos primeros y a la fecha no hemos encontrado una referencia al respecto, mientras que del primero de los interrogantes podemos decir que aunque se han encontrado situaciones casuísticas, poco es lo que se han pronunciado tanto la jurisprudencia como la doctrina: no obstante, al unir algunos argumentos esbozados tanto por doctrinantes como algunas decisiones emitidas por tribunales se puede dilucidar, en primer lugar que el evento se ha presentado y en segundo lugar que no hay una postura concreta de orden nacional ya que lamentablemente estas situaciones no han llegado a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, sino que la discusión se ha presentado a través de tutelas contra providencias judiciales; no obstante, los Magistrados de la Sala de Casación Civil han eludido una discusión de fondo sobre este asunto y se han limitado simplemente a decir que las posiciones asumidas por los despachos judiciales y tribunales no son vías de hecho. Baste mirar algunos casos planteados en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

- El primero que cabe reseñar es la tutela decidida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado **T. N° 11001 02 03 000 2007 00475 – 00**<sup>3</sup>, en la cual se plantea un caso en que dos deudores cambiarios obligados solidariamente son demandados y uno de ellos no es notificado sino hasta pasados ocho años de librado el mandamiento de pago: en este caso los juzgadores de instancia acogieron el criterio de que con la presentación de la demanda por virtud del artículo 792 C. Cio., se interrumpió la prescripción respecto de los dos obligados solidarios en un mismo grado; en este caso se tuvo en cuenta una interrupción del término que se hizo extensiva desde la presentación de la demanda, es decir, no se volvió a contar ningún otro término luego de interrumpida.
- Otro caso relevante, es el también tratado por la misma Sala, bajo el radicado **T-18001-22-08-000-2008-00036-01**<sup>4</sup>, en el cual la Corte igualmente acoge el criterio de la interrupción que se hace extensiva a los demás deudores, por virtud del artículo 792 C. Cio., y por primera vez se acoge una sentencia en este sentido y se tutela la petición del acreedor ejecutante ordenando proferir una nueva sentencia; sin embargo, es poca la motivación jurídica que se esboza y pareciera que lo que está censurando la Corte en esta ocasión es el no tener en cuenta la norma, mas no se estructura un criterio al respecto.
- Finalmente cabe señalar el caso esbozado en el expediente radicado **11001-02-03-000-2010-01353-00**<sup>5</sup>, en la cual se expone un situación en la

---

<sup>3</sup> Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

<sup>4</sup> Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

<sup>5</sup> Magistrado Ponente: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

que varios deudores fueron demandados y notificados en diferentes fechas y uno de ellos alegó la prescripción de la acción cambiaria que fue acogida por el juez de instancia inicialmente y posteriormente por el respectivo Tribunal, pero únicamente respecto de quien la alegó, en esta oportunidad, tampoco se expone un criterio sino que se hace un análisis de la posición asumida por el Tribunal, para determinar que es producto de un juicioso razonamiento jurídico al margen de que la Corte comparta dicha postura.

Ahora bien, ya que la jurisprudencia nacional no nos brinda una apreciación clara y a fin de tener un enfoque más profundo del problema, se hace necesario dejar claro que estamos ante una aparente colisión de postulados normativos, en lo que respecta a la solidaridad cambiaria frente al fenómeno de la prescripción extintiva, en el escenario de un proceso judicial y por virtud de los artículos 792 del Código de Comercio, 90 del Código de Procedimiento Civil y 2513 del Código Civil. Al respecto el Doctor GERMAN VALENZUELA VALBUENA, dice que lo anterior "(...) significa que entre deudores solidarios la prescripción alegada por uno de ellos beneficia a los demás suscriptores del mismo grado. Y así mismo, que la interrupción efectuada por uno afecta a los demás"<sup>6</sup>. Dicho planteamiento al parecer controvierte directamente lo expuesto textualmente en el Art. 2513 del Código Civil que claramente señala que "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla (...)."

Sobre estos dos puntos de discusión han surgido tres posiciones que se han dado en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá, las cuales son citadas por el doctor GERMAN VALENZUELA VALBUENA<sup>7</sup>:

**PRIMERA TESIS:** *La prescripción es una excepción real o común, no personal. En virtud de la solidaridad se comunica la interrupción de la prescripción y su formulación favorece a todos los deudores solidarios, incluso a quienes no se opusieron a la ejecución.* El autor en este punto cita la sentencia del 4 de agosto de 2003<sup>8</sup>, en la cual el Tribunal hace toda una disertación teórica acerca de la naturaleza de la excepción de prescripción concluyendo que se trata de una excepción real y no personal ya que tiene la virtualidad de extinguir la obligación respecto de todos los deudores y que por ende puede beneficiar incluso a quien no la propone sin que por ello se esté violando la prohibición legal de declarar de oficio la prescripción respecto de quien no la alega. Dice el tribunal:

*"Siguiendo la doctrina generalizada de los autores, se concluye que la prescripción es de aquellas excepciones "que resultan de la naturaleza" de la obligación (artículo 1577) y no cabe el reparo de que en nuestro sistema la prescripción debe ser propuesta (prohibición de decreto oficioso) porque en los códigos y sistemas, fuentes y antecedentes de los nuestros, la jurisprudencia y la doctrina también tenían en la mira que*

<sup>6</sup>VALENZUELA VALBUENA, Germán. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE TÍTULOS VALORES. Módulo de Aprendizaje Autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial 2009. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Bogotá, página 42.

<sup>7</sup> VALENZUELA VALBUENA, Germán. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE TÍTULOS VALORES. Módulo de Aprendizaje Autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial 2009. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Bogotá, página 50.

<sup>8</sup> Tribunal Superior de Bogotá Radicado: 1100 1310 3029 1997 3688 01, sent. 4 agosto 2003., MP. Edgardo Villamil Portilla.

*la prescripción debía ser alegada y a pesar de ello consagran la comunicabilidad. **Cuando un deudor solidario alega la prescripción en representación de los demás, está levantando la prohibición al juez, quien de este modo ya no reconoce “de oficio” la prescripción, pues ella le fue positivamente propuesta por uno de los deudores solidarios. Estos, se representan recíprocamente, no solo para la interrupción sino para la proposición de la defensa.*** (Negrillas fuera del texto)

**SEGUNDA TESIS:** *La prescripción es una excepción individual y expresa de cada deudor: se renuncia si no se propone teniendo derecho a ella, y por ende no se interrumpe para todos los que fueron deudores solidarios, pues la solidaridad no subsiste después de transcurrido el término de prescripción.* En este punto se trae a colación la sentencia del 14 de octubre de 2004<sup>9</sup>; en esta providencia el Tribunal señala que cuando un demandado no propone la excepción de prescripción está renunciando tácitamente a ella en los términos del Art. 2514 del C.C., y que no le es dable al juez reconocerla de oficio en virtud de prohibición legal expresa (arts. 2513 C.C. y 306 CPC.), para concluir que si eventualmente la prescripción beneficia a quienes la alegan, ya esta no es comunicable pues dicha solidaridad cambiaría no sobrevive a la prescripción extintiva, en palabras del juzgador:

*“Ahora bien, los efectos de la renuncia no pueden ser enervados por la circunstancia de que otro de los codeudores con posterioridad hubiere propuesto la excepción de prescripción, puesto que para entonces, habiéndose cumplido el término prescriptivo, la obligación había devenido en natural y de suyo se había deshecho la solidaridad entre los deudores. Por lo demás, **el reconocimiento de la deuda después de cumplida la prescripción no obliga a los demás deudores, y la renuncia a la prescripción es un acto exclusivamente personal del renunciante.**”* (Negrillas fuera del texto)

**TERCERA TESIS:** *La solidaridad cambiaría comunica la interrupción de la prescripción, pero ulteriormente pueden alegarla los deudores solidarios que no han sido notificados, pues, interrumpida, vuelve a contarse.* Finalmente el autor cita una sentencia que fue ponencia propia como magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, a saber, la sentencia de fecha 4 de mayo de 2009<sup>10</sup>, aquí se expone que la presentación de la demanda o su notificación --según sea el caso-- en efecto interrumpen la demanda respecto de los obligados solidarios, pero que una vez interrumpida, empieza a correr un nuevo término que eventualmente puede dar lugar a la prescripción extintiva y que esta puede ulteriormente beneficiar a los demandados que no la propusieron en virtud de que en el momento en que fueron notificados, esta no existía, de modo que estaban imposibilitados para alegarla, además de que el Art. 2513 del C.C., faculta a quien tenga interés para invocar la excepción de prescripción, inclusive cuando esta hubiese sido renunciada, expresa el Tribunal:

---

<sup>9</sup> Tribunal Superior de Bogotá. rad. 1100131030321996000801. Sent. 14 octubre 2004

<sup>10</sup> Tribunal Superior de Bogotá. rad. 1100 1310 3009 2003 00765 01. Sent. 4 mayo 2009. MP Germán Valenzuela Valbuena.

*“En suma, cada demandado tiene derecho a proponer las excepciones que estime pertinentes, y la de prescripción “podrá invocarse (...) por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada” (art. 2.513 C.C.). En la sentencia apelada la excepción de prescripción sólo se declaró en beneficio de los demandados que la invocaron: Fernando y Juan Carlos L., y no puede decirse, como lo aduce la impugnante, que aquella debió ser alegada por todos los demandados, inclusive por quienes no derivaron ningún beneficio por su declaración y que podían o no tener interés en esta: la Sociedad Distribuidora I. de M. y Edgar A. L.*

(...)

*3. El recurrente al parecer entiende que por el hecho de que en algunos de los demandados no se configuraron los presupuestos del fenómeno prescriptivo, tal situación afecta a los demás “en virtud del principio de la comunicabilidad entre los signatarios de un título valor en el mismo grado”. Al respecto, lo que obra en perjuicio de los codeudores solidarios es la interrupción de la prescripción<sup>11</sup>, aspecto que no apareja que uno o algunos de los demandados se pueda beneficiar de ella con posterioridad por hechos sobrevinientes. Es decir, **el hecho de haberse interrumpido la prescripción respecto de todos los codeudores no impide que el fenómeno prescriptivo pueda manifestarse luego, como lo tenía sentado la jurisprudencia<sup>12</sup> y luego lo acogió el legislador en norma sustancial:**<sup>13</sup> “una vez interrumpida o renunciada la prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”, y como quiera que la notificación de la demanda a dos de los demandados se hizo luego de pasados tres años contados desde la primigenia interrupción, éstos quedaron cobijados por la prescripción que alegaron.”*

Esta última tesis es sumamente controversial ya que doctrinantes como BERNARDO TRUJILLO CALLE y FERNANDO HINESTROSA, sostienen que la interrupción civil que se genera con la presentación de la demanda por virtud del artículo 90 del C.P.C., no puede dar lugar a que se piense que al día siguiente de presentada la demanda empiece a correr un nuevo término y que por ende dicha interrupción ha de entenderse que no cesa hasta dada la terminación del proceso, pues de lo contrario sería ilusorio que una persona demandara y notificara en tiempo cumpliendo sus deberes legales para que a la postre le sobreviniera la prescripción de la obligación.

Sobre el particular el profesor FERNANDO HINESTROZA expresa:

<sup>11</sup> Artículo 2540 C.C. La interrupción que obra a favor de uno varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en términos del artículo 1573, o que la obligación sea indivisible.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sent. 28 febrero 1.984, MP Dr. José María Esguerra Samper.

<sup>13</sup> Artículo 8º, ley 791 de 2.002.

*“(…).Es obvio que, interrumpida la prescripción “por demanda judicial”, allí o en su caso a la notificación del auto admisorio de aquella, se borra el tiempo transcurrido o, mejor, desaparecen sus efectos. De allí hacia adelante, vendrá el desarrollo del proceso hasta su culminación, (…). Solo que no sería sensato ni legítimo colocar al demandante en la encrucijada absurda de que, habiendo ganado el pleito al cabo de un proceso prolongado, se encuentra con que la obligación a cargo del demandado, reconocida en sentencia, habría prescrito en el entretanto.”<sup>14</sup>*

Por su parte, el tratadista BERNARDO TRUJILLO CALLE se limita a una breve referencia; sin embargo admite que después de la sentencia inicia un nuevo término prescriptivo al decir:

*“La ley no lo expresa. Pero debe entenderse que se extiende hasta cuando dura el acto interruptivo: demanda judicial, compromiso arbitral, reconocimiento de la deuda.*

*Por ejemplo, si hay demanda, mientras dure el proceso y se produzca la sentencia. A partir de ella se inicia otro periodo prescriptivo, o sea, el que surge de la sentencia “actio iudicata”<sup>15</sup>.*

Pero cabe preguntarse si puede darse la prescripción dentro del proceso ejecutivo, el cual no termina con la sentencia, sino con la satisfacción de la obligación, el acuerdo de las partes e incluso por desistimiento del demandante; es aquí donde cobran relevancia el segundo y el tercero de los interrogantes, ya que surge una situación que aunque hipotética merece ser mencionada:

*Suponiendo que A y B suscriben un título valor en un mismo grado de solidaridad cambiaria y A es demandado, notificado oportunamente y dentro de su proceso se emite orden de seguir adelante la ejecución, mientras que contra B no se dirige demanda alguna, si en este caso admitiésemos sin reserva alguna las citadas doctrinas, tendríamos respecto de A una obligación rigurosamente cobrada respecto de la cual no operaría prescripción alguna ya que no hubo dejadez del acreedor con respecto a este deudor; sin embargo, por el solo efecto del Art. 792 del Código de Comercio, tendríamos respecto del señor B, una obligación vigente e imprescriptible por el efecto de la interrupción continua, cosa que puede considerarse contraria al espíritu de la prescripción extintiva en nuestro sistema jurídico.*

Al respecto cabe mencionar que la Academia Colombiana de Jurisprudencia mediante Resolución N° 018 de 2007<sup>16</sup> emitió un concepto según el cual puede darse la prescripción extintiva aun dentro del proceso ejecutivo con sentencia. Luego, la discusión está abierta, el debate pervive, y la solución clama por ser encontrada.

---

14 HINESTROSA, FERNANDO. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA, 2 ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2006, página 175.

15 TRUJILLO CALLE, BERNARDO, DE LOS TÍTULOS VALORES, T1, 16 ed., Editorial Leyer, página 575.

16 Ver página web de la Academia Colombiana de Jurisprudencia: [http://www.acj.org.co/conceptos/concep\\_ord\\_018-2007.htm](http://www.acj.org.co/conceptos/concep_ord_018-2007.htm)

Desde el comienzo, el objetivo de este análisis ha sido encontrar la respuesta más razonable a los problemas planteados, las cuales abordaremos uno a uno.

El primer interrogante, surge de la convergencia de los artículos 90 y 306 del C.P.C., con el artículo 2513 del Código Civil y el artículo 792 del Código de Comercio, ya que a primera vista la normativa sustancial y procesal parecen dictar que la prescripción es una excepción de carácter personal que únicamente puede beneficiar a quien la alega; no obstante, sobre el particular consideramos que el legislador ha querido decir que quien no alega la prescripción, tácitamente está renunciando a ella y asumiendo la obligación, tal y como lo menciona la segunda tesis del Tribunal Superior de Bogotá, de tal modo que dicha renuncia no tiene por qué vincular a los coobligados, sino que, al contrario, los releva de la obligación asumida por el no prescribiente, ni tampoco ocurre al contrario, es decir, que la prescripción alegada por otros deudores solidarios no tiene por qué beneficiar a quien no la alegó en razón de que la renuncia a la prescripción ha sido un acto voluntario que no puede ser suplido por la representación de los demás codeudores.

Cosa distinta ocurre en el caso en que siendo varios los deudores cambiarios demandados en un mismo grado de solidaridad, uno de ellos es notificado en tiempo y la interrupción de término prescriptivo tiene efecto respecto de todos los obligados ya que aun tratándose de un litisconsorcio facultativo (Ver Art. 90 inciso 2 C.P.C., en concordancia con el Art. 785 C. Cio.) por virtud del artículo 792 C. Cio., dicha interrupción es comunicada a todos los obligados, y a partir de allí empieza a correr un nuevo término: en este aspecto, si bien estamos de acuerdo con el Doctor Fernando Hinestrosa en que la interrupción generada por la presentación de la demanda ha de ser continuada, consideramos que el espíritu del artículo 90 C.P.C., es una extensión de la normativa sustancial de la prescripción extintiva y persigue que el acreedor sea juicioso en el ejercicio de su derecho de acción, de modo que hasta tanto no exista una notificación a todos los demandados no puede haber una interrupción definitiva de la prescripción, de tal forma que ulteriormente un deudor cambiario solidario puede en efecto alegar una prescripción si desde la última interrupción ha pasado un lapso igual o superior al requerido para la prescripción extintiva y desde luego dicha excepción puede beneficiar a los demás codeudores que no pudieron alegar la prescripción porque al momento de su notificación no se había cumplido el término prescriptivo, pero jamás podrá beneficiar a quienes teniendo la posibilidad de alegarla optaron por no hacerlo y, por ende, renunciaron a la prescripción.

Lo anterior deja clara nuestra posición sobre el primero y el segundo de los interrogantes planteados al inicio, quedando únicamente por definir nuestra posición sobre el tercer interrogante, es decir, la interrupción de términos a la que se refiere el artículo 792 del C.Cio., ¿puede afectar al obligado solidario en un mismo grado que no fue demandado por el beneficiario del título? Sobre el particular, consideramos que el artículo 792 de la norma citada, inexorablemente comunica la interrupción de la prescripción al obligado solidario de un mismo grado cambiario que no fue demandado; sin embargo, consideramos que si bien la interrupción de la

prescripción debe ser perpetua una vez están notificados todos los demandados dentro del proceso, dicha interrupción no puede ser perpetua respecto de quien no ha sido demandado, sino que la interrupción habrá de dar lugar a un nuevo conteo del término respecto del no demandado y a partir del momento en que esta se produzca, ya que de no ser así se daría lugar a una obligación imprescriptible respecto del no demandado, impidiendo que este pudiese alegarla en otro eventual proceso con base en el mismo título valor y haría extensivos los efectos de la cosa juzgada respecto de un no demandado.

## **FUENTES CONSULTADAS**

### **1. BIBLIOGRÁFICAS**

HINESTROSA, Fernando. La Prescripción Extintiva. 2ª. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2006.

TRUJILLO CALLE, Bernardo. Títulos Valores. Tomo I Parte General, 17ª. Edición. Leyer. Bogotá: 2010.

VALENCIA COPETE, César Julio y Luis Ramón Garcés Díaz. Derecho de los Títulos Valores, Corte Suprema de Justicia 1972-2008. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2008.

VALENZUELA VALVUENA, Germán. Algunos aspectos sobre títulos valores. Módulo de Aprendizaje Autodirigido. Plan de Formación de la Rama Judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá: 2009.

### **2. JURISPRUDENCIALES**

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado T. N° 110010203000200700475-00. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. T-18001-22-08-000-2008-00036-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. T- 11001-02-03-000-2010-01353-00. M.P. William Namén Vargas.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Radicado: 1100131030291997368801, Sentencia de 4 de agosto 2003. M.P. Edgardo Villamil Portilla.



Naturaleza jurídica de las  
empresas de servicios públicos  
de carácter mixto en el  
discurso de la  
corte constitucional

Julián Eduardo Prada Uribe



**NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS  
PÚBLICOS DE CARÁCTER MIXTO EN EL  
DISCURSO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

AUTOR: Julián Eduardo Prada Uribe  
FECHA DE RECEPCIÓN: noviembre 28 de 2011  
DIRECCIÓN: jprada85@hotmail.com

**RESUMEN:** Este artículo es el primer resultado de una investigación que pretende presentar el discurso jurisprudencial sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos de carácter mixto. En él se organizan y resumen las principales consideraciones de la Corte Constitucional en la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Corte Constitucional, Empresa Servicios Públicos De Carácter Mixto, Línea Jurisprudencial.

**ABSTRACT:** This article is the first product of the research about the judicial discourse of the nature of mixed public utility companies. It organizes and summarizes the main findings of the Constitutional Court in the subject.

**KEYWORDS:** Constitutional Court, Mixed Public Utility Company, Jurisprudential Lines.

# Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos de carácter mixto en el discurso de la corte constitucional

---

Julián Eduardo Prada Uribe\*

*“Había llegado el momento pues, de considerar estos hechos del discurso ya no simplemente por su aspecto lingüístico sino, en cierto modo –y aquí me inspiro en las investigaciones realizadas por los anglo-americanos–, como juegos, juegos estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha. El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro. Este análisis del discurso como juego estratégico y polémico es, según mi modo de ver las cosas, un segundo tema de investigación”<sup>1</sup>*

## Introducción

**E**n la Constitución Política de Colombia de 1991 fue concebida la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los objetivos del Estado Social de Derecho, reclamando su práctica eficiente en beneficio de todos los integrantes del territorio nacional por razón de la conexidad que tales servicios mantienen con la satisfacción de los derechos humanos<sup>2</sup>.

De modo que, al Congreso de la República le fue confiada la formulación del cuerpo normativo que ordenara la prestación de los servicios públicos domiciliarios; debiendo indicar su finalidad, extensión y cobertura; los sujetos autorizados para dicho encargo; las condiciones para garantizar su permanencia y calidad; la relación sustancial con los usuarios; y la forma de ejercer su inspección, control y vigilancia.

---

\* Docente investigador Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Editorial Gedisa. 2003. p. 13.

<sup>2</sup> El marco constitucional para la regulación de los servicios públicos está compuesto, entre otros elementos, por algunos principios fundamentales reconocidos en la Carta Política (artículos 1, 2 y 5); por varios derechos asimismo consagrados (artículos 48, 49, 56, 58, 64, 67, 76 y 78); por las disposiciones referentes a la potestad de configuración del Congreso y a la potestad reglamentaria del Presidente de la República en asuntos de servicios públicos (artículos 150, numeral 23; y 189, numeral 22); por ciertas normas relativas a las competencias de las entidades territoriales (artículos 106, 289, 302, 311 y 319); por los preceptos generales del régimen económico estatal (artículos 333 y 334); y por el mandato que define sus aspiraciones en materia social (artículos 365 a 370).

En cumplimiento de las anteriores facultades fue expedida la Ley 142 de 1994, cuyo artículo 15 indica que las empresas de servicios públicos, entre otros sujetos, se encuentran habilitadas para la procuración de la actividad que su nombre consigna.<sup>3</sup>

**ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS.** Pueden prestar los servicios públicos: 15.1. Las empresas de servicios públicos. 15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos. 15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos. 15.4. Las organizaciones autorizadas por esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. 15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley. 15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17.

Los servicios públicos domiciliarios, en consecuencia, pueden ser prestados por empresas que, de conformidad con el artículo 14 ibídem, asumen la condición de oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la procedencia de sus aportes; razón por la cual se configura en ellas una naturaleza jurídica especial.<sup>4</sup>

**ARTÍCULO 14. [...] 14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.** Son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. 14.6. **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. 14.7. **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA.** Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. [...].

En este contexto, la expresión «naturaleza» se refiere a la procedencia y asiento de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ya bien como entidades estatales parte de la estructura del poder público, ora como entidades societarias de origen privado. Sin embargo, en lo que concierne a la definición de las mencionadas instituciones de carácter mixto, los argumentos ofrecidos por los comentaristas del derecho han carecido de univocidad.

<sup>3</sup> El término empresas de servicios públicos lo reserva la Ley 142 de 1994 a las sociedades por acciones que participan en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible.

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La Corte Constitucional, a su turno, se ha robustecido en el ámbito jurídico colombiano como garante y protectora de la Carta Política, asumiendo la prerrogativa de establecer límites al poder público organizado. En este sentido, su discurso se erige como la manifestación de una categoría privilegiada<sup>5</sup>.

Al hacerse evidente la condición dogmática del Estado colombiano en la actualidad, no solo se ratificó la jerarquía de la Constitución como norma de normas, sino como el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de sus valores éticos sustantivos<sup>6</sup>. La justicia constitucional no es más que una derivación lógica de la cualidad normativa de la Carta, orientadora del proceso político y de la vida colectiva, encargada de disipar sus controversias por medio de la razón jurídica<sup>7</sup>.

En aplicación de la hermenéutica constitucional, precisamente, la Corte ha desarrollado algunos criterios acerca de la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, materializando con el paso del tiempo una variedad de posiciones alrededor del problema concebido.

A lo largo del presente trabajo se identificarán las diversas tesis del Tribunal Constitucional, para luego registrar su discurso en una línea jurisprudencial y observar su tendencia; descubriendo de manera implícita la subjetividad del derecho expresado en autos y sentencia, así como algunos de sus factores vinculantes<sup>8</sup>.

## **Materiales y Métodos**

*“La escritura engendra escrituras o, si se prefiere, literaturas, y a través de estas escrituras o literaturas la sociedad de masas fracciona su realidad en instituciones, prácticas, objetos y hasta en acontecimientos, porque el acontecimiento es ahora siempre escrito”<sup>9</sup>.*

En la sociedad contemporánea, el discurso, como expresión simbólica y manifestación racional, es uno de los elementos fundamentales de la investigación cualitativa<sup>10</sup>. Estudiar las pautas discursivas de la justicia colombiana es crucial para

---

5 El Capítulo IV del Título VII de la Constitución Política se ocupa de la jurisdicción constitucional, estableciendo como máximo órgano a la Corte Constitucional. No obstante, pese a que formalmente tiene la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en su actividad se ha instituido en la cima de los poderes públicos.

6 GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas. 1991. p. 47. Citado en: GÓMEZ, Laureano. El control constitucional en Colombia. Evolución histórica. Bucaramanga: Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga. 2001. p. 206.

7 La Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones, debe avocar la tarea de mantener intangible el programa político del constituyente, al tiempo que revisa su desarrollo legislativo, con base en una metodología dialéctico-jurídica que expresa las relaciones económicas y sociales vigentes en el Estado. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también: GÓMEZ, Laureano. Ob. Cit. p. 207.

8 El objetivo principal de la investigación consiste en dar cuenta de las modificaciones decisionales de la Corte Constitucional como institución garante de la Carta Política en Colombia. Dejando planteado un segundo problema respecto de los principales factores reales que orientan o reorientan tales cambios.

9 BARTHES, Roland. La aventura semiológica. Barcelona: Ediciones Paidós. 2009. p. 303.

10 El discurso es un recurso teórico para ordenar y analizar datos, una suposición hipotética necesaria para comenzar a investigar. KELLER, Reiner. El análisis del discurso basado en la sociología del conocimiento (ADSC). Un programa de investigación para el análisis de relaciones sociales y políticas de conocimiento. Trad. de Benno HERZOG y Francesc HERNÁNDEZ. Revista Forum: Qualitative Social Research. Volumen 11. N° 3. Septiembre 2010. p. 2. Ver también: ALONSO, L. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. Roland Barthes y el análisis del discurso. Madrid: Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales. N° 12. 2006. p. 11.

comprender algunos motivos de por qué los jueces, en términos generales, y la cabeza de la jurisdicción constitucional, en el caso particular, fijan determinadas respuestas a incertidumbres jurídicas.

Las decisiones judiciales son, sin duda, el resultado de procesos de construcción social en los que intervienen mensajes explícitos y señales tácitas, aparte de una vasta carga de subjetividad. Tan solo así se entiende cómo en asuntos idénticos, no obstante que los jueces llevan a cabo su administración conforme a una reglamentación rigurosa, pueden resultar fallos diferentes<sup>11</sup>.

Ahora bien, el discurso jurisdiccional tiene una característica fehaciente, su evolución se comprueba sin mayores precipitaciones, siendo oportuna la ejecución de un análisis temporal que sistematice las providencias sujetas al mismo escenario jurídico. El examen de decisiones aisladas no permite observar las vicisitudes en el derecho de los jueces<sup>12</sup>.

Por consiguiente, el programa metodológico *in casu* supone: (i) la delimitación del patrón fáctico que la jurisprudencia constitucional ha venido definiendo sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto; (ii) la revisión de las decisiones seleccionadas para la línea jurisprudencial; y, (iii) la construcción de la plataforma doctrinal que relaciona los varios pronunciamientos.

Pero el lineamiento jurisprudencial todavía es un concepto abstracto, al punto que resulta conveniente su graficación antes de verificar cualquier razonamiento. Es acertado entonces formular una situación-problema bajo la cual se pueda desplegar la superficie de respuestas que exteriorizan los movimientos decisionales<sup>13</sup>.

**TABLA N° 1**

PROBLEMA JURÍDICO		
<b>Respuesta X</b>	El espacio entre las respuestas polares permite identificar la ubicación relativa de la jurisprudencia, ya bien situándola al extremo o sobre un punto medio.	<b>Respuesta Y</b>

Asimismo, en el proceso de representación jurisprudencial, al investigador le corresponde examinar las distintas clases de providencias, debiendo valorar entre aquellas que han tenido efectos teorizantes profundos, ya bien como sentencias fundadoras, consolidadoras, aclaratorias o modificadoras de línea; y otras excesivamente generales o argumentativamente confusas.<sup>14</sup>

11 CUÉLLAR, Angélica. Estado del arte de la Sociología jurídica en América Latina. En: Enrique de la GARZA TOLEDO (coord.). Tratado Latinoamericano de Sociología. México: Anthropos. UAM. 2006. p. 264-277.

12 La lectura de decisiones judiciales individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al investigador a una radical dispersión y ausencia de contenido. LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá: Ed. Legis. 2008. p. 139 y ss.

13 LÓPEZ MEDINA, Diego. Ob. Cit. p. 141.

14 La importancia o no de una decisión judicial depende del problema jurídico y de la finalidad del investigador. No obstante, el

Naturalmente, es práctico reducir el material objeto de estudio, dejando atrás una masa jurisprudencial extensa por un pequeño número de decisiones importantes. El primer paso consiste en la identificación de la providencia con la que se pretende vincular otras tantas, sindicando las unidades concernientes a un mismo asunto<sup>15</sup>; el segundo paso radica en el escrutinio riguroso de las citas contenidas en la providencia seleccionada; y finalmente, en desarrollo del tercer paso, el nicho jurisprudencial debe graficarse para la recepción de los comentarios atinentes al propósito investigativo.<sup>16</sup>

## Resultados

Una metodología para el análisis del discurso jurisdiccional que ambicione profundizar cada instituto jurídico de manera abstracta, carece de lucidez. Alrededor de un instituto se establecen varias realidades para concertar particularmente su alcance. En esta oportunidad, el problema que condujo la investigación se encontraba determinado por la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto.

Precisamente, a la interpelación sobre cuál es la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, el discurso de la Corte Constitucional observa dos respuestas antagónicas: o bien las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto son entidades descentralizadas parte de la rama ejecutiva del poder público, o bien las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto son entidades societarias de origen privado.

**TABLA N° 2**

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto?		
Entidad Descentralizada parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público		Entidad Societaria de origen Privado

En seguida, con el propósito de representación gráfica, fue obligatorio abordar una providencia por medio de la cual se consiguiera formular una explicación a las relaciones estructurales entre otras tantas decisiones que participan del mismo escenario constitucional: Auto 003 de 2008.

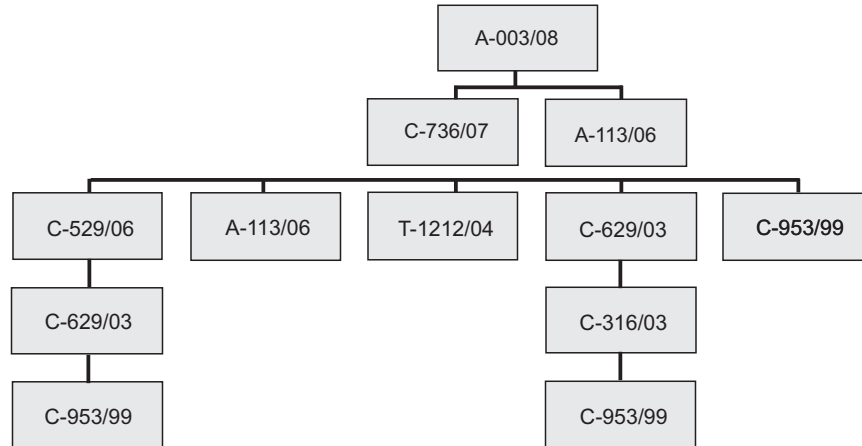
analista debe identificar el peso estructural de las providencias, lo que exige el uso de los instrumentos bibliográficos tradicionales. LÓPEZ MEDINA, Diego. Ob. Cit. p. 161 y ss.

15 El investigador debe tratar de hallar una providencia, (i) que sea lo más reciente posible y, (ii) que mantenga la identidad con el escenario constitucional propuesto. LÓPEZ MEDINA, Diego. Ob. Cit. p. 168.

16 LÓPEZ MEDINA, Diego. Ob. Cit. p. 168 y ss. Ver también: BONILLA, P. y RODRÍGUEZ, E. La investigación cualitativa más allá del dilema de los métodos. Bogotá: CEDE Uniandes. 1995. p. 220



**GRAFICO N° 1**



Para que al final, habiendo explorado el nicho de referencias, la masa jurisprudencial pudiera moderarse a unos cuantos puntos nodales que, sustraídos por razón de su esquematización, permitieron advertir el lineamiento del discurso de la Corte Constitucional en la materia.<sup>17</sup>

**TABLA N° 3**

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto?						
Entidad Descentralizada parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público	C-736/07 A-003/08	A-113/06 C-529/06	C-953/99 C-316/03 C-629/03		T-1212/04	Entidad Societaria de origen Privado

<sup>17</sup> Mientras que el número de providencias de la Corte Constitucional que hacen mención a las empresas de servicios públicos asciende a más de ciento diecinueve, el nicho citacional específico sobre la naturaleza de las empresas mixtas de servicios públicos se reduce a nueve providencias.

## Conclusiones

La pregunta relacionada con la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto apareció luego de la expedición de la Ley 142 de 1994, debido a que los especialistas en el tema se cuestionaban por su aproximación o distanciamiento del organigrama estatal.

Con la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, reglamentaria de la estructura de la rama ejecutiva, aumentaron las expectativas por individualizar los entes que conforman el poder público colombiano.<sup>18</sup>

En este sentido, el discurso de la Corte Constitucional aparece y, a la fecha, ha soportado no pocas reorientaciones. La providencia fundadora de la línea jurisprudencial es la Sentencia C-953 de 1999, que intentó comprender el asunto en un momento de vacío jurisprudencial. En efecto, la Corte Constitucional advirtió que en toda sociedad donde la composición del capital sea en parte propiedad de una entidad estatal y en parte contribución de los particulares, no es razonable afirmar su pertenencia al sector público o al sector privado, sino justamente a los dos, concediéndole el adjetivo de mixta.<sup>19</sup>

Más adelante, en la Sentencia C-316 de 2003 y en la Sentencia C-629 de 2003 se sugirió, con fundamento en una imprecisa conceptualización de las sociedades de economía mixta, que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, como especie de las primeras, hacen parte de la administración pública aunque no pertenecen a la rama ejecutiva<sup>20</sup>.

Sin embargo, los argumentos de la Corte Constitucional se encaminaron inesperadamente a valorar las empresas de servicios públicos de carácter mixto como entes privados. De acuerdo con la Sentencia T-1212 de 2004, tales corporaciones están sometidas a las disposiciones de derecho privado, por lo que su naturaleza es equivalente<sup>21</sup>.

Pero el razonamiento precedente fue contrapuesto con los motivos del Auto 113 de 2006, en el que se define a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto como entidades descentralizadas tácitamente referidas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>22</sup>.

---

18 Los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, en conjunto, señalan que la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades del sector descentralizado por servicios: a) los establecimientos públicos; b) las empresas industriales y comerciales del Estado; c) las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; d) las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; e) los institutos científicos y tecnológicos; f) las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; g) las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley, cuyo objeto sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-316 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Ver también: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-629 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1212 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

22 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 113 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

De igual forma, la Sentencia C-529 de 2006 expresa que las sociedades de economía mixta, como categoría asimilable a las empresas de servicios públicos de carácter mixto, aunque se regulen por normas de derecho privado, no pierden su vinculación con la actividad estatal ni su pertenencia al sector público.<sup>23</sup>

Por último, con el propósito de separar conceptualmente a las empresas de servicios públicos de carácter mixto de las sociedades de economía mixta, desde de la Sentencia C-736 de 2007 se reconoce que las primeras son entidades descentralizadas parte de la rama ejecutiva del poder público al margen del literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, mientras que las segundas lo son en virtud del literal f) ibídem<sup>24</sup>.

En resumen, la fuerza gravitacional del precedente sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos de carácter mixto parece haber mantenido cierta estabilidad respecto de su apariencia como entidad estatal, no obstante, la sombra decisional se percibe insegura y la regla de reiteración, como deber jurisdiccional de consolidar una doctrina antes de exigir su acatamiento, todavía no se encuentra suficientemente preparada<sup>25</sup>.

Entre los factores materiales vinculados al lineamiento jurisprudencial se nota, desde el discurso ofrecido, la apreciación de las respuestas entregadas por el Consejo de Estado, cuerpo de consulta y tribunal de lo contencioso administrativo, a cuestionamientos equivalentes<sup>26</sup>; y, en menor medida, la actitud de los magistrados ponentes para respaldar la corriente más próxima al extremo que describe sus convicciones jurídicas y/o políticas.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, L. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. *Roland Barthes y el análisis del discurso*. Madrid: Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales. N° 12. 2006.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

BARTHES, Roland. *La aventura semiológica*. Barcelona: Ediciones Paidós. 2009.

---

23 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-529 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

24 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también: CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 003 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 Uno de los puntos inciertos en el discurso de la Corte es la aproximación institucional percibida entre las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto; no obstante el acuerdo sobre la pertenencia de ambas al sector público. Además, el lenguaje manejado en las unidades contentivas de la línea no se ha unificado con el paso del tiempo y de los ponentes.

26 Por ejemplo, el Concepto 1.141 de 1998. C.P. Augusto Trejos Jaramillo; el Concepto 1.171 de 1999. C.P. Javier Henao Hidrón; la Sentencia de 1 de agosto de 2002, Sección Tercera; la Sentencia de 17 de noviembre de 2005, Sección Quinta; la Sentencia de 2 de marzo de 2006, Sección Tercera (exp. 29.703); la Sentencia de 27 de abril de 2006, Sección Tercera (exp. 30.096); las Sentencias de 27 de marzo de 2007, Sección Tercera (exp. 33.644 y exp. 33.645); la Sentencia de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera (exp. 33.643); y la Sentencia de 11 de febrero de 2009, Sección Tercera (exp. 34.846).

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. *Calidad de atención a los usuarios en las empresas de servicios públicos domiciliarios*. Medellín: Jurídica Diké, 1995.

DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. *La constitución política colombiana (1991): proceso, estructuras y contexto*. Bogotá: Temis, 1993.

\_\_\_\_\_. *Estado y tercer mundo: el constitucionalismo*. Tercera edición. Bogotá: Temis, 1997.

DEVIS GRANADOS, Isaac Alfonso. *Aspectos constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2007.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa. 2003.

GÓMEZ, Laureano. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Bucaramanga: Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB. 2001.

KELLER, Reiner. *El análisis del discurso basado en la sociología del conocimiento (ADSC). Un programa de investigación para el análisis de relaciones sociales y políticas de conocimiento*. Trad. de Benno HERZOG y Francesc HERNÁNDEZ. Revista Forum: Qualitative Social Research. Volumen 11. N° 3. Septiembre 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ed. Legis. 2008.

MARCOU, Gérard y MODERNE, Franck (directores). *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: comparaciones y comentarios*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

MARÍN CORTÉS, Fabián. *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis. 2010.

MONTAÑA PLATA, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

MORENO, Luis Ferney. *Servicios públicos domiciliarios: perspectivas del derecho económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

MUÑOZ TAMAYO, Diego. *Privatización en Colombia: marco jurídico para transferencia de la propiedad estatal*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2004.

POVEDA GÓMEZ, Abdón Alejandro. *Servicios públicos domiciliarios: la calidad de vida un derecho fundamental de la persona*. Segunda edición. Medellín: Jurídica Diké, 1995.

\_\_\_\_\_. *Descentralización y espacio de planificación en las entidades territoriales: financiamiento, autonomía y gasto social en el marco de la descentralización*. Medellín Jurídica Diké:ACAP, 1996.

RAMÍREZ A., Claver. *Comentarios al régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios: acueducto y alcantarillado en los pequeños municipios*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (compilador). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios: en especial en los de energía eléctrica*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Lleras Restrepo Piedrahita, 2000.

**Desarrollo jurisprudencial del  
derecho al trabajo de la  
madre cabeza de familia,  
fundamentado en los  
fallos de tutela de la  
Corte Constitucional  
de los años 2007 a 2010**

Diana Marcela Camacho Vanegas,  
Andrea del Pilar Camacho Vanegas,  
Elaine Yelitza Hernández Pinzón,  
Janner Abello Muñoz



**DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL  
TRABAJO DE LA MADRE CABEZA DE FAMILIA,  
FUNDAMENTADO EN LOS FALLOS DE TUTELA DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL DE LOS AÑOS 2007 A 2010**

AUTOR: Diana Marcela Camacho Vanegas,  
Andrea del Pilar Camacho Vanegas, Elaine Yelitza  
Hernández Pinzón, Janner Abello Muñoz.

FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 19 de 2012  
DIRECCIÓN: [andreamachov@gmail.com](mailto:andreamachov@gmail.com)

**RESUMEN:** a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 se elevó a rango constitucional la protección que debe el Estado a las mujeres cabeza de familia, estableciendo prerrogativas por su especial condición, con la finalidad de salvaguardar la institución familiar como núcleo fundamental de la sociedad.

Con posterioridad el legislador expidió las Leyes 82 de 1993 y 1232 de 2008, en las que de manera general plasma una serie de beneficios en cabeza de la jefa de hogar.

Sin embargo y pese a la existencia de esta legislación las madres cabeza de familia tienen la necesidad de recurrir al mecanismo de la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, en especial los laborales, debido a que este tema ha sido poco profundizado en la legislación y su desarrollo ha sido en mayor medida jurisprudencial.

Por tanto, la finalidad de este artículo es analizar, a través del mecanismo de la acción de tutela, el desarrollo de la protección en el derecho laboral a la madre cabeza de familia, en especial del sector público, pues no debe perderse de vista que la Ley 790 de 2002 consagra su especial protección.

**PALABRAS CLAVE:** Madres Cabeza de Familia, acción de tutela, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital.



**ABSTRACT:** from the Constitution of Colombia of 1991 amounted to constitutional protection to be the state to women heads of household, establishing special privileges for their condition, in order to safeguard the institution of the family as basic unit of society. Subsequently, the legislature enacted the Law 82 of 1993 and 1232, 2008, which generally embodies a number of benefits at the top of the head of household.

However, despite the existence of this legislation the single mothers have a need to have recourse to the writ of protection for the protection of their rights, especially labor, because this topic has been little in depth legislation and its development has been further jurisprudence.

Therefore the purpose of this paper is to analyze, through the mechanism of action for protection, development of labor law protection to the female head of household, especially the public sector, should not forget that Act 790 of 2002 establishes its special protection.

**KEY WORDS:** Mothers Head of Household, writ of protection, enhanced job security, poverty line.

## Madre cabeza de familia, fundamentado en los fallos de tutela de la Corte Constitucional de los años 2007 a 2010\*\*

Diana Marcela Camacho Vanegas, Andrea del Pilar Camacho Vanegas, Elaine Yelitza Hernández Pinzón, Janner Abello Muñoz\*\*.

### INTRODUCCIÓN

**L**a Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar<sup>1</sup>.

De la noción consagrada en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993 se puede inferir que el papel de la mujer en la sociedad ha evolucionado con el devenir de los años; pasó de tener el valor de un objeto a ser reconocida como madre cabeza hogar, es decir, la jefa de la familia, la persona encargada de asumir los retos y las adversidades que conlleva esta categoría social, pues ahora es ella quien debe salir a enfrentar el mundo y por consiguiente a una sociedad de raíces machistas.

Por diversas causas, las estadísticas de Mujer Cabeza de Familia se han venido incrementando en el país; en la mayoría de los casos se designa como jefe del hogar

\*\* Trabajo final presentado por los estudiantes de posgrado como parte del seminario "formación para la investigación" implementado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

\*\* Estudiantes de la especialización en Derecho de Familia.

<sup>1</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 82. (3, Noviembre, 1993). Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Diario oficial N° 41.101 de 1993. Artículo 1.

a una mujer por existir ausencia de un hombre, es decir, mujeres separadas, solteras o viudas. Igualmente existen hogares donde el hombre se encuentra incapacitado por enfermedad o vejez y es la mujer quien asume la responsabilidad de ser Cabeza de Familia o Jefe de hogar.

Para el año de 1993 en Colombia se encontraban aproximadamente 250.120 mujeres jefes de hogar, lo que representaba un 14.87% del total nacional. Dentro de las jefas de hogar en Bogotá el 66.5%, para esa época, se encontraban con necesidades básicas insatisfechas y en miseria<sup>2</sup>. Por ello la necesidad de expedir una norma que contemplara un tratamiento especial ante una realidad social como la que vivía el país y era la existencia de la MADRES CABEZA DE HOGAR. En noviembre del mismo año se expidió en nuestro país la ley 82 de 1993 por medio de la cual se creó una serie de reglas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, norma que posteriormente fue modificada por la Ley 1232 de 2008 y con la cual se ordenó al Gobierno Nacional la función de establecer mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de hogar y con ello promover el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda; el acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables. (Art. 3 Ley 82 de 1993).

De acuerdo con lo anterior, se puede colegir que se incluyó en estas dos leyes todo un catálogo de derechos de aplicación especial a la mujer cabeza de familia. Por esta razón es de suma importancia verificar la eficacia de los fallos de tutela como mecanismo para la protección de los derechos laborales de las madres cabeza de familia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los pilares fundamentales de la función asignada a la madre cabeza de hogar es el sostenimiento de los miembros de su familia y por consiguiente su manutención, lo cual nos adentra en el campo económico, se hizo necesario realizar un análisis desde el derecho laboral y la protección dentro del trabajo que se otorga a las madres cabeza de hogar.

Esta investigación se llevó a cabo mediante el estudio de los fallos de tutela que ha proferido la Corte Constitucional entre el año 2007 y el año 2010, lapso que comprende la expedición de la Ley 1232 de 2008 la cual modificó la ley 82 de 1993; con ese objeto se extractaron los avances que en materia laboral se han adquirido para las madres cabeza de familia. De igual manera es necesario resaltar la importancia que para el tema de análisis tiene el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, mediante el cual se establece una protección especial a este grupo social en materia laboral del sector público, tema que fue estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-388 de 2005 y de la cual también se hizo mención.

---

<sup>2</sup> PULIDO RÍOS, Sandra Liliana. Mujer Cabeza de Familia. Universidad Católica de Colombia.

## REFERENTE TEÓRICO (CONCEPTUAL Y JURÍDICO)

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, consagra la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 42, al definir esta importante institución social.

“Constituida por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla”, continúa enunciando la norma. Este concepto ha variado con el devenir de los años, hasta el punto que en la actualidad la familia no es únicamente la conformada por un hombre y una mujer, llámense cónyuges o compañeros permanentes; por el contrario, la noción de familia se ha extendido a otros aspectos que salen de la esfera de la consanguinidad directa o la afinidad y se han adentrado en campos como el afectivo, argumento que se desarrollará con posterioridad.

Continuando con el análisis de la norma en mención, el inciso octavo atribuye a la pareja el deber de sostenimiento y educación de los hijos mientras sean menores o impedidos, en torno a los principios de solidaridad, respeto, armonía, unidad y apoyo mutuo. En otras palabras empieza a plantearse el concepto de jefatura, el cual está asociado “con el cumplimiento de funciones en la familia... con la estructura interna y externa de la familia, esto es, la organización de las relaciones, los patrones, las reglas que rigen la vida grupal, a través de la autoridad, la división de subsistemas y el manejo de los límites... La jefatura de familia no es una tipología de familia, es una forma de organización posible de presentarse en cualquier familia, que establece cuál de los miembros cumple los papeles económicos y psicoafectivos”<sup>3</sup>.

La jefatura de familia puede estar a cargo del padre, la madre o de ambos y de ninguna manera implica que se debe tratar de una familia monoparental, puesto que se puede concebir la Jefatura de Familia Femenina desde dos puntos de vista: la mujer soltera que tiene a su cargo (afectiva, económica o socialmente) a sus hijos u otras personas incapacitadas o incapaces para trabajar o la mujer que estando casada o en unión marital tiene las mismas funciones en razón a desempleo o subempleo masculino, discapacidad o incapacidad física, psíquica, sensorial o moral del cónyuge o compañero permanente.

Esta situación de las madres cabeza de familia, que iba en incremento, fue materia de análisis por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA, en su Informe Anual 1992-1993, del 12 de marzo de 1993, en su punto V, sobre la Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en el Hemisferio; sobre el tema se dijo:

Es conocida la lucha que ha librado la mujer en el ámbito universal y regional para alcanzar el pleno respeto y garantías a sus derechos humanos fundamentales. A pesar de los avances que se han obtenido,

<sup>3</sup> QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela María. Cambio de Paradigma en las Familias con Jefatura de Familia. Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia, 2002.

especialmente en la paridad del disfrute de los derechos consagrados en las leyes nacionales e instrumentos internacionales, todavía subsisten problemas de variado origen que impiden el pleno disfrute de los derechos humanos de la mujer, tales como marginalidad, abandono, violencia, situaciones económicas que afectan más directamente a algunos sectores de la población, incluyendo a mujeres y niños. La sola existencia de normas no garantiza la eliminación de la discriminación contra la mujer. En numerosos países subsisten situaciones discriminatorias de hecho, a pesar de que existan leyes que establezcan lo contrario.<sup>4</sup>

Teniendo en cuenta el enorme problema de discriminación contra la mujer, común para todos los miembros de la OEA, y aunado a diferentes conflictos sociales reflejados en las alarmantes cifras<sup>5</sup>, la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, luego de revisar la información obtenida recomendó:

A los Estados del hemisferio que no posean una legislación acorde con los avances sociales alcanzados, que la actualicen para así poder proporcionar un real goce de los derechos plenos e igualitarios a todos los individuos de su sociedad.

(...)

Asimismo, concretar y canalizar mayores recursos y esfuerzos, tanto internos como a través de la cooperación internacional, en la tarea de la consecución de metas de desarrollo a través de la modernización y actualización de las legislaciones de los estados miembros, la creación de programas encaminados a la capacitación y preparación de la mujer en todos los campos de la vida humana así como proveerla con suficiente información sobre sus derechos inalienables, otorgándole prioridad a las mujeres pobres y a las cabezas de familia; promocionar la creación de leyes especiales que le garanticen a la mujer la igualdad de derechos en cuanto al orden laboral, comercial y civil --herencia, matrimonio, divorcio, nacionalidad, patria potestad de los hijos, entre otras--, y así poder proteger el respeto de todos los derechos de los ciudadanos que se hallen dentro de su jurisdicción, garantizando la plena vigencia de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>6</sup>.

---

4 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA. Sobre la Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en el Hemisferio. Informe Anual 1992-1993 (12, marzo, 1993).

5 Cifras obtenidas del UNICEF señalan que si bien la proporción de niñas menores de 15 años entre la población femenina se había reducido aproximadamente a una tercera parte en América Latina y el Caribe en el período comprendido entre 1970 a 1990, la cifra continúa siendo significativa en vista de la gran incidencia de embarazos entre adolescentes. En 1990, la proporción de niñas menores de 15 años de edad en la población femenina en Argentina, Bolivia, Colombia, Guatemala, Jamaica y Perú oscilaba entre el 29% y el 45% de la misma, siendo el número de niñas menores de 15 años en el Brasil de 27.4 millones, de 5.7 millones en Colombia y de 16 millones en México. Asimismo, se indicó que en 1990 existían en Argentina 92,000 madres solteras entre los 18 y 12 años de edad. Igualmente, para 1990 en la República Dominicana las niñas menores de 15 años representaban el 25% de los embarazos registrados en los hospitales públicos y en el Caribe el 60% de los primogénitos tenían madres adolescentes. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA. Sobre la Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en el Hemisferio. Informe Anual 1992-1993 (12, marzo, 1993).

6 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA. Sobre la Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en el Hemisferio. Informe Anual 1992-1993 (12, marzo, 1993).

La situación en nuestro país para la época (1993) no era alentadora, en Colombia se encontraban aproximadamente 250.120 mujeres jefes de hogar, lo que representaba un 14.87% del total nacional. Dentro de las jefas de hogar en Bogotá, el 66.5% para esa época se encontraban con necesidades básicas insatisfechas y en estado de miseria<sup>7</sup>. Esta cruda realidad, aunada a las recomendaciones de la CIDH y a la misma Constitución de 1991, la cual en su artículo 43 consagra el deber del Estado de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de hogar, incentivaron al legislador a introducir en nuestro ordenamiento jurídico lo que hasta ahora se había enunciado en múltiples ocasiones pero no se había materializado: la creación de una ley que propendiera por la protección a la mujer cabeza de hogar.

Es así como el 3 de noviembre de 1993 se expidió en nuestro país la Ley 82 del mismo año, con el fin de reglamentar la situación de la mujer que se encargaba del sostenimiento de su hogar y mediante la cual “se establecieron medidas concretas de protección a la MUJER CABEZA DE FAMILIA por las condiciones de discriminación y marginamiento a las que se ha visto sometida la mujer durante muchos años, y, por otra, por el significativo número de mujeres que por diversos motivos se han convertido en cabezas de familia, y deben asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, tanto las responsabilidades del hogar como las propias de la actividad de la que derivan el sustento familiar”<sup>8</sup>.

Dicha Legislación fue reformada el 17 de junio de 2008 mediante la Ley 1232 de la misma anualidad, en la que se introdujeron conceptos más amplios y completos y se desarrollaron otros, apenas mencionados por la primera.

En vista de la importancia de conocer cada una de las garantías establecidas para la Jefa de Hogar, se debe partir del análisis de las leyes que han desarrollado el tema, haciendo énfasis en los cambios realizados.

En cuanto al concepto de Madre Cabeza de Familia:

<b>Ley 82 de 1993</b>	<b>Ley 1232 de 2008</b>
<p>Para los efectos de la presente ley, entiéndase por 'Mujer Cabeza de Familia', quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar</p>	<p>Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que son objeto de políticas públicas en las que participan</p>

7 PULIDO RÍOS, Sandra Liliana. PONENCIA MUJER CABEZA DE FAMILIA. Universidad Católica de Colombia.  
8 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-722 de 2004. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

**PARÁGRAFO.** Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

**PARÁGRAFO.** La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

Del cotejo realizado anteriormente se puede inferir que la Ley 1232 de 2008 introdujo el concepto de Jefatura de Hogar como una categoría social de los hogares a cargo de la Mujer Cabeza de Familia, así mismo la definición permite incorporar un aspecto hasta el momento olvidado: la esfera afectiva, que sin lugar a dudas hace parte del rol de madre y que no se había tenido en cuenta en la anterior legislación, formándonos equivocadamente la figura de cabeza de familia como aquella que solo proporciona dinero al sostenimiento de la misma y dejando sin cabida a aquella que vela por su cuidado, protección y proporciona afecto a todos sus miembros, que es el verdadero lazo que hoy une a cientos de familias en Colombia, que sin tener lazos de consanguinidad directos se hacen cargo de un primo o un tío, con el que forman efectiva y afectivamente una familia.

Al respecto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU- 388 de 2005, donde se establecieron las exigencias que se deben tener en cuenta para tener la condición de mujer cabeza de hogar:

“...(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física,

sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar<sup>10</sup>.

De acuerdo con lo anterior y con la legislación vigente, no solo es cabeza de hogar una madre en relación con sus hijos, pues claramente el concepto incorpora a otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, lo que quiere decir que el concepto de familia contenido en nuestra Constitución ha variado considerablemente por una realidad social.

En cuanto a la especial Protección:

<b>Ley 82 de 1993</b>	<b>Ley 1232 de 2008</b>
A partir de la vigencia de la presente ley, y para todos los efectos, el Estado y la sociedad buscarán mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia.	El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables.

De lo anterior se obtiene que la reforma introducida por la Ley 1232 de 2008, respecto a la Ley 82 de 1993, le impone la obligación al Gobierno Nacional de dar protección a la Mujer Cabeza de Familia, materializando esa “búsqueda” e imponiendo funciones y estableciendo pautas de acción.

De igual manera la Ley 1232 de 2008 desarrolló de manera más amplia que la Ley 82 de 1993, las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales de las madres cabeza de hogar, de la siguiente manera:

1. **EDUCACIÓN:** Los establecimientos educativos deben disponer de textos escolares para prestarlos a los menores que lo requieran y especialmente a los dependientes de las madres cabeza de familia<sup>10</sup>. Este primer aspecto se modificó en virtud del principio de igualdad y se amplió a otros niños en el

9CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-388 de 2005. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

10 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 82. (3, Noviembre, 1993). Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Diario oficial N° 41.101 de 1993. Artículo 7.



mismo estado de necesidad. Con el fin de lograr este cometido se instó al Ministerio de Educación a desarrollar gestiones encaminadas a promover la suscripción de convenios que faciliten la donación de material educativo para los hijos de las mujeres cabeza de familia.

2. **DESARROLLO EMPRESARIAL:** El Gobierno Nacional ofrecerá planes y programas de capacitación gratuita y desarrollo de microempresas industriales, comerciales y artesanales; empresas familiares, empresas de economía solidaria y proyectos emprendedores, con los cuales la mujer cabeza de familia pueda realizar una actividad económicamente rentable.

Para tal efecto, la Dirección Nacional de Planeación (DNP), el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial, o quien haga sus veces, y las Secretarías de Planeación departamentales, distritales y municipales, y los demás organismos de naturaleza similar existentes o que llegaren a crearse diseñarán y ejecutarán planes y programas dirigidos especialmente a la mujer cabeza de familia, para lograr la calificación de su desempeño básico y desempeño básico y por competencias<sup>11</sup>. En el artículo 8 de la Ley 82 de 1993 se establecen los deberes de estas entidades, por modificación expresa de la Ley 82 de 1993.

3. **VIVIENDA:** En este aspecto la Ley 82 de 1993 enunciaba apenas los alcances de este derecho, como son los de adentrarse en detalle, situación que cambió con la expedición de la Ley 1232 de 2008, al establecer que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial promoverá la formación de organizaciones sociales y comunitarias de mujeres que les faciliten el acceso a la vivienda de interés social, orientándolas en los procesos de calificación para la asignación de subsidios en dinero o especie y ofrecerá asesoría para la adquisición de vivienda a través de los diversos programas de crédito, otorgamiento de subsidio, mejoramiento y saneamiento básico, construcción en sitio propio y autoconstrucción<sup>12</sup>. Así mismo mediante la expedición de la Ley 861 de 2003 por medio de la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer, se pretende la protección del derecho de vivienda con la constitución del Patrimonio de Familia Inembargable.
4. **FLEXIBILIZACIÓN Y APOYO CREDITICIO:** El Gobierno Nacional diseñará instrumentos y estrategias que faciliten y permitan el acceso a las madres cabeza de familia, a los servicios financieros brindándoles acompañamiento y capacitación permanente, a fin de reducir la feminización de la pobreza<sup>13</sup>. Esta en un principio se había dirigido únicamente a entidades de crédito oficiales; sin embargo, se notó la necesidad de ampliar este campo de acción a las entidades que presten

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, artículo 8.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, artículo 12.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, artículo 15.

servicios financieros de manera general. Además se incluyó una acción trascendental y es la de capacitación a las madres cabeza de familia, aplicando aquel refrán “al pescador no hay que darle pescado sino enseñarle a pescar”, aspecto importantísimo si el fin último es el apoyo al progreso de esta figura materna.

5. SEGURIDAD SOCIAL: El artículo 4 de la Ley 82 de 1994 establece que el Estado debe definir mediante reglamento el ingreso de la mujer cabeza de familia y de la familia a su cargo al sistema de seguridad social, buscando la protección integral, cuyos servicios se les prestarán en forma efectiva, bien sea con sistemas prepagados, a crédito y, por excepción, de manera gratuita. Este artículo fue uno de los pocos que no fueron desarrollados por la ley 1232 de 2008 y en los que la situación de las madres cabeza de familia en el tema de la seguridad no es preferente, por el contrario es donde más se quebrantan sus derechos, debido a la propia situación caótica de la salud en nuestro país.
6. LABORAL: El derecho al trabajo no fue claramente tratado por ninguna de las leyes; sin embargo, por vía jurisprudencial se han desarrollado conceptos como el de Estabilidad Laboral Reforzada que protegen a la mujer cabeza de hogar y es precisamente este el objetivo de esta investigación.

Otras importantes disposiciones de la Ley 1232 de 2008 fueron la creación de un fondo especial constituido por recursos del Presupuesto Nacional, empréstitos externos que con el aval de la Nación gestione el Ministerio de la Protección Social, aportes que realicen las entidades nacionales o internacionales y donaciones de particulares, organizaciones no gubernamentales, entidades y/o gobiernos extranjeros; el cual según su artículo 4 tiene como fin orientarse al apoyo de planes, programas y proyectos de actividades que permitan la incorporación a la política económica y social del país y a la consolidación de las organizaciones sociales de las mujeres cabeza de familia que se encuentran en situación de pobreza manifiesta o, que, bajo determinadas circunstancias hayan tenido que asumir la carga socioeconómica del grupo familiar.

Finalmente se mencionó una situación especial no contemplada en la ley anterior y que es de cotidiana ocurrencia en nuestro país, por el conflicto armado, la delincuencia común, entre otros: la situación de desplazamiento. “Un elemento que influye en el auge de las Jefaturas Femeninas en Colombia es el desplazamiento forzado, que conlleva la sobremortalidad masculina y la necesidad de establecer arreglos familiares...todo motivado por el desarraigo territorial, cultural, económico y afectivo, en una lucha por la sobrevivencia y el futuro. Está reportado que un 51% de los desplazados son madres cabeza de familia, quienes además representan el 20% de los subempleados de las grandes ciudades”<sup>14</sup>. En vista de la situación particular de las mujeres cabeza de familia a causa del desplazamiento forzado el artículo 15

14 QUINTERO VELÁSQUEZ. Op. cit., p. 3.

de la Ley 1232 de 2008 implementó la atención preferente a las mujeres en situación de desplazamiento interno forzado, instando al Gobierno Nacional, los departamentos, los distritos y los municipios a dar un tratamiento preferente a las Mujeres Cabeza de Familia en situación de desplazamiento forzado, en la atención de sus necesidades específicas, tanto personales o de su grupo familiar, como de la organización social y/o comunitaria a la que pertenezca, para garantizar su acceso a la oferta estatal sin mayores requisitos que la demostración fáctica de su situación de extrema pobreza generada por el desplazamiento.

Es necesaria una aclaración en torno a la figura materna como Jefe de Hogar, pues debe entenderse que todos los derechos otorgados a la mujer deben extenderse al hombre que se encuentra en la misma situación, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia:

“Las medidas de orden legal expedidas en desarrollo del artículo 43 de la Constitución protegen no sólo a la mujer cabeza de familia, sino también al núcleo familiar que de ella dependa, que se supone compuesto por los hijos menores propios y otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, por consiguiente en base al DERECHO DE IGUALDAD Y PROTECCIÓN ESPECIAL DEL MENOR, la Corte manifiesta que las medidas de protección de la mujer cabeza de familia resultan así mismo aplicables a los menores que estén a cargo de un hombre que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia. Esto es, las medidas de protección que la ley ha previsto para los menores a cargo de una mujer cabeza de familia también se aplican en los eventos en los que sea un hombre quien tenga a su cargo, de manera exclusiva, desde el punto de vida social y económico, el cuidado de los menores, y carezca de apoyo y de otros recursos”<sup>15</sup>.

Del mismo modo en sentencia C-1039 de 2003, la Corte Constitucional manifestó al respecto:

“Si bien es cierto que resulta legítimo adoptar medidas sólo en su favor, también lo es que para este caso más allá de la protección que se le otorga a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños. Fue así como declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “las madres” del artículo 12 de la Ley, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”<sup>16</sup>.

Ahora bien, a pesar de que pudiera pensarse que el trato preferencial dado a la mujer/hombre cabeza de hogar constituye una vulneración del principio de igualdad, la Corte Constitucional ha sentado una interesante posición en torno al tema manifestando:

---

15 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-964 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1039 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

En relación con la supuesta violación del principio de igualdad, el cargo carece de fundamento, pues la prohibición de retirar del servicio a las madres cabeza de familia sin alternativa económica es una medida de discriminación positiva o inversa, en cuanto se aplica uno de los criterios sospechosos o vedados que contemplan el Art. 13 superior (inciso 1º) y la doctrina constitucional y en cuanto se trata de la distribución de un bien escaso, como es el empleo, en beneficio de la mujer y en perjuicio del hombre, la cual está expresamente autorizada en forma general en la misma disposición constitucional (inciso 2º), al preceptuar que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados, y está explícitamente autorizada en forma específica en los Art. 43 de la Constitución, en virtud del cual "el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia", y 53, que estatuye que el legislador debe otorgar protección especial a la mujer en materia laboral....

Dicha medida es razonable y proporcionada y persigue de modo manifiesto la finalidad de corregir o compensar la desigualdad que históricamente ha tenido la mujer en los campos económico y social de la vida colombiana y, en particular, en el campo laboral, frente al hombre"<sup>17</sup>.

Todo lo visto hasta este momento hace parte del sistema jurídico colombiano, pues está incluido en normas, jurisprudencias y otros pronunciamientos; sin embargo, la difícil situación de las madres cabeza de familia aún persiste y por esta razón es importante realizar un estudio sobre la protección real que están otorgando a las jefas de hogar. Desde nuestro análisis abordamos el tema de las madres cabeza de familia frente a los derechos laborales, los cuales han sido estudiados en menor medida y poco desarrollados por las leyes en estudio. Y la mejor manera de hacerlo es desde la perspectiva que la Corte Constitucional Colombiana, como garante de nuestra Constitución, da a estos asuntos.

El medio para lograr el estudio de los temas planteados fue la realización de un análisis jurisprudencial que nos permitió estudiar la evolución jurisprudencial de los mecanismos de protección establecidos por la ley a la mujer cabeza de hogar frente al derecho laboral, mediante el análisis de las jurisprudencias proferidas por esta Corporación en los años 2007 a 2010, con el fin de visualizar un escenario anterior y uno posterior a la reforma realizada por la Ley 1232 de 2008 a la Ley 82 de 1993.

## **METODOLOGÍA**

La metodología empleada para este estudio es de tipo descriptivo dado que se realizó un análisis que permitió determinar la influencia de los fallos de Tutela en la protección del derecho laboral de las madres cabeza de hogar.

Para llevar a cabo esta investigación se realizó el análisis de los fallos de Tutela de la Corte Constitucional, tomando como muestra la Jurisprudencia de los años 2007

---

17 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-044 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

al 2010, mediante un muestreo probabilístico y haciendo uso de dos variables: MADRE CABEZA DE FAMILIA y DERECHO LABORAL.

Así mismo, esta investigación tuvo soporte en las Leyes 82 de 1993, 790 de 2002 y 1232 de 2008, al igual que en los fallos de tutela escogidos teniendo en cuenta las variables mencionadas en el párrafo anterior.

La herramienta utilizada para realizar este proyecto fue el ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, trabajando los métodos tradicionales: Exegético, sistemático y sociológico.

## **DESARROLLO JURISPRUDENCIAL**

Partiendo de la metodología utilizada, las jurisprudencias analizadas fueron las siguientes:

- Sentencia T-384 de 2007, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Esta jurisprudencia pone un límite a la administración pública respecto de la supresión, creación, modificación y reorganización de cargos ocupados por madres cabeza de familia, en su planta de personal; estableciendo tres requisitos para proceder a lo anterior: 1.) Valorar la situación de las madres cabeza familia. 2.) Identificar alternativas a la desvinculación. 3.) Procurar una armonización entre el programa de reforma institucional y los derechos de la madre cabeza de familia.
- Sentencia T-451 de 2007, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Se enfatiza en el desempeño de méritos y calidades personales orientadas a la función pública bajo condición mujer cabeza de familia.
- Sentencia T-196 de 2008, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Del análisis jurisprudencial se puede destacar la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar acreencias de origen laboral, teniendo en cuenta: (1) que exista un incumplimiento salarial; (2) que afecte el mínimo vital del trabajador; lo cual (3) se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que, (4) no se haya extendido por más de dos meses, excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o, (5) el demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia; (6) sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial.
- Sentencia T-270 de 2008, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. Esta jurisprudencia establece que debe existir una estabilidad laboral reforzada de la mujer cabeza de familia que desempeñe cargos de carrera administrativa por medio de nombramientos en provisionalidad.
- Sentencia T-357 de 2008, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Establece que si bien la Corte ha sido exigente en el sentido de verificar que la madre cabeza de familia como empleada, no tenga otras

alternativas económicas para otorgar el amparo, debe aclararse que este requisito hace referencia a las condiciones fácticas actuales de la persona y no a haber sobrepasado algún nivel en términos de edad biológica, o encontrarse completamente imposibilitada para reingresar al mercado laboral.

- Sentencia T-1211 de 2008, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. En primer lugar establece los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia, (i) que tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. En segundo lugar establece que debe probarse la calidad de madre cabeza de familia y que, por tanto, deben probarse los mismos e informarse a la entidad en la que se labora. Y finalmente, cuando hay renovación o liquidación de una entidad pública se debe respetar la estabilidad laboral de la mujer cabeza de familia por su especial condición, reconocida en la Ley 790 de 2002.
- Sentencia T-162 de 2010, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Por ser considerada la madre cabeza de hogar como sujeto de protección especial por mandato constitucional la Corte permite el derecho de interponer de manera directa la acción de tutela sin acudir ante otro medio de protección judicial, bajo el amparo de la estabilidad laboral reforzada.

## CONCLUSIONES

La Constitución Política de Colombia de 1991 consagra dentro de su normativa un artículo de gran importancia para el tema que estamos tratando:

“ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

El papel de la mujer y su rol dentro de la familia a través de la historia ha evolucionado de manera muy favorable para el género femenino y este artículo de la constitución así lo establece al elevar a rango constitucional la igualdad en derechos y oportunidades entre hombres y mujeres. Al respecto el Constituyente del 91 expresó:

“(…) diversos motivos, como la violencia –que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas– el abandono del hogar por parte del hombre y la displicencia de este con respecto a la natalidad, han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de producción adquiriendo la responsabilidad de ser la base de sustentación económica de su hogar, sin haber llegado jamás a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos.

(…)

Un número creciente de hogares tiene jefatura femenina. De acuerdo con los patrones de separación la gran mayoría de estos están compuestos por mujeres jóvenes, con hijos todavía dependientes. Según la encuesta nacional de hogares DANE (1981) el 17% de los hogares eran monoparentales, de los cuales el 85% correspondían a mujeres; el censo de 1985 reporta el 17.9% de hogares en esta situación y según el Estudio Nacional de Separaciones Conyugales, llevado a cabo por la Universidad Externado de Colombia en 1986, el porcentaje de mujeres cabeza de familia es del 21%. Para 1985, la tasa global de participación de la población femenina clasificada por el DANE en estado de miseria era del 22.5%, la más baja por sector social. La situación de pobreza es dramática y tiende a profundizarse por las altas tasas de dependencias concentradas en cabezas de mujeres solas, enfrentadas casi a todas a gran inestabilidad laboral, baja remuneración y desprovistas del sistema de seguridad social”<sup>18</sup>.

La creciente realidad social de las MADRES CABEZA DE FAMILIA y su reconocimiento en la Constitución de 1991 motivaron al legislador a desarrollar una normativa encaminada a lograr la difícil misión encomendada por el inciso final del artículo 43 de la Carta Magna: brindar “APOYO DE MANERA ESPECIAL A LA MADRE CABEZA DE FAMILIA”, mediante la creación de la Ley 82 de 1993 reformada por la Ley 1232 de 2008, con el fin de ofrecerle a las mujeres que se encuentran en esta situación alguna prerrogativa, NO privilegios tendentes a amortiguar de alguna manera la carga que implica llevar las riendas del hogar.

Estas dos leyes han sido desarrolladas por la jurisprudencia, en especial de la Corte Constitucional, en diversas formas; por ejemplo, mediante sentencia C-034 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia porque lo esencial son las cuestiones materiales. Así mismo la Corte Constitucional ha precisado que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 no es exigencia indispensable para efectos probatorios, toda vez que la condición de madre cabeza de familia no depende de dicha formalidad sino de los presupuestos fácticos. Finalmente en la sentencia C-964 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, la Corte encontró que algunas de las prerrogativas de la Ley 82 de 1993 estaban dirigidas de manera exclusiva a la mujer cabeza de familia y no podían hacerse extensivas a los varones porque de lo contrario

---

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-388 de 2005. Magistrado Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

perderían su razón de ser. Fue así como declaró la constitucionalidad de los beneficios exclusivos para la mujer previstos en los artículos 2, (titularidad); 3, (reconocimiento como sujeto de especial protección); 8, (capacitación gratuita y desarrollo de microempresas industriales, comerciales y artesanales); 10, (estímulos al sector privado que cree, promocióne o desarrolle programas especiales de salud, educación, vivienda, seguridad social, crédito y empleo); 11, (prerrogativas para la adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios públicos con el Estado); 13, (facilidades para la contratación administrativa de prestación de servicios públicos o de ejecución de obras con empresas integradas mayoritariamente por mujeres); 15, (programas especiales de crédito, asesoramiento técnico y vigilancia para empresas y programas donde se apoye a la mujer cabeza de familia); 16, (promoción de entidades sin ánimo de lucro); 17, (formulación de planes de desarrollo social); 20, (promoción de organizaciones de economía solidaria y facilitación de créditos); y 21, (otros beneficios) de la Ley 82 de 1993.

Pero para centrarnos en el tema objeto de análisis, se debe señalar que el DERECHO AL TRABAJO O DERECHO LABORAL de las madres cabeza de hogar fue escasamente enunciado por el legislador en ambas leyes; sin embargo, existe en el Sistema Jurídico colombiano una norma que hace mención expresa al tema investigado, la Ley 790 de 2002, que en su artículo 12 establece:

**“Protección especial.** De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

Y esta es precisamente la norma que ha dado lugar a múltiples acciones de tutela en busca de protección de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA; que fue otorgado mediante la Sentencia SU-388 de 2005; en la cual se precisaron los requisitos necesarios para beneficiarse de las medidas relativas a la estabilidad laboral reforzada en el caso de los servidores públicos desvinculados; estableciendo entonces (para acceder al beneficio las madres cabeza de familia) que la demanda se hubiera presentado antes de la fecha de esta sentencia.

Dentro de este trabajo investigativo se pudo constatar que los fallos de la Corte Constitucional por vía de tutela, como mecanismo de protección de los derechos laborales a la madre cabeza de familia, han otorgado protección especial a la misma.

Podemos concluir entonces que la acción de tutela sí es el mecanismo idóneo para proteger los derechos laborales de las madres cabeza de familia cuando:

1. Exista un incumplimiento salarial.
2. Se afecte el mínimo vital del trabajador, lo cual



3. Se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que
4. No se haya extendido por más de dos meses excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o
5. El demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia.
6. Sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial.

Por tanto, si se trata de una mujer u hombre cabeza de familia, que cumplen los requisitos exigidos por la ley, es claro que si existe una vulneración a sus derechos laborales, entendidos dentro de estos, los salarios, las prestaciones, la estabilidad laboral, etc.; deben tener especial protección mediante un mecanismo ágil, prioritario y de rango constitucional como la ACCIÓN DE TUTELA. Es por esta razón que mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional se estableció que por ser considerada la madre cabeza de hogar como sujeto de protección especial por mandato constitucional se le permite el derecho de interponer de manera directa este mecanismo sin acudir ante otro medio de protección judicial, bajo el amparo de la estabilidad laboral reforzada.

No debe perderse de vista que generalmente al hablar de CABEZA DE FAMILIA, se hace referencia a un grupo familiar que depende de los ingresos económicos de quien tiene las riendas del hogar; entonces la protección tiene como objetivo de fondo la salvaguarda de la familia como institución básica de la sociedad.

Consecuentemente, la ley ha permitido una protección especial a las madres cabeza de familia que se desempeñen en la administración pública, poniendo entonces un límite a la misma para proteger a las personas que por su condición de vulnerabilidad se encuentran en situación de inferioridad, como es el caso de las madres cabeza de familia, lo que impide entonces que, bajo la excusa de la supresión de cargos estos derechos se vean desconocidos o disminuidos; límite que trata de tres requisitos para la supresión, creación, modificación y reorganización de cargos en su planta de personal que son: i) valorar la situación de las madres cabeza de familia; ii) identificar alternativas a la desvinculación, y iii) procurar una armonización entre el programa de reforma institucional y los derechos de la madre cabeza de familia.

Finalizando esta investigación podemos concluir que los avances en materia laboral para las madres cabeza de familia se han desarrollado en mayor medida a través de la acción de tutela, que como es bien sabido tiene efectos inter-partes, lo que quiere decir que para que una mujer en condiciones de madre cabeza de familia obtenga la protección de sus derechos laborales debe acudir a este mecanismo, lo que nos lleva a deducir que transcurridos diecinueve años desde la expedición de la ley 82 de 1993, con una reforma en el año 2008, no encontramos en la legislación colombiana normas claras y específicas tendentes a identificar la protección especial que las dos disposiciones consagran en su articulado, es decir, la evolución de esta salvaguarda a la mujer que tiene las riendas del hogar se ha desarrollado a través de la acción de tutela.

## RECOMENDACIONES

Es preocupante que los Jueces de la Republica estén profiriendo fallos de tutela adversos a las pretensiones de las madres cabeza de familia, sin tener en cuenta las condiciones fácticas de los casos en particular, es decir, supeditan la condición de jefa de hogar a pruebas documentales, desconociendo la realidad económica, social y afectiva que viven muchas madres trabajadoras en nuestro país. Es importante a la hora de fallar en estos temas que los Jueces den aplicación a métodos como el sociológico, para conocer el entorno y la situación actual en la que se encuentra el núcleo familiar de la madre cabeza de hogar, con miras a la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual. Marzo 12 de 1993.

MONTAÑO, Sonia. Capital Social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma. Parte cuarta. Capítulo XI: Políticas para el empoderamiento de las mujeres como estrategia de lucha contra la pobreza. Santiago de Chile, enero de 2003.

PULIDO RÍOS, Sandra Liliana. Ponencia Mujer Cabeza de Familia. Universidad Católica de Colombia.

QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela María. Cambios de Paradigma en las Familias con Jefatura de Familia. Universidad de Antioquia, abril de 2002.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991.

Ley 82 de 1993.

Ley 1232 de 2008.

Ley 861 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias:

C-964 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

C-1039 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

C-722 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

C-044 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

T-384 de 2007, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

T-451 de 2007, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

T-196 de 2008, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

T-270 de 2008, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

T-357 de 2008, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

T-1211 de 2008, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

T-162 de 2010, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

## **ANEXO 1. GUÍA PARA EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

### **I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL**

#### **1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Suprema de Justicia.  
Febrero 23 del 2010  
M.P. Dr. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

#### **2. ASPECTO JURÍDICO**

2.1. **PRINCIPAL:** es el tema principal de la jurisprudencia. El estatuto correspondiente.

2.2. **ACCESORIO:** se refiere al problema jurídico contenido en la jurisprudencia.

#### **3. HECHOS JURÍDICOS PROBADOS Y RELEVANTES:**

3.1. **PROBADOS:** aquellos hechos jurídicos sobre los cuales se demostró su existencia en el trámite del proceso que dio origen a la sentencia.

3.2. **RELEVANTES:** porque a pesar de ser jurídicos y probados, tienen que tener una relación directa con el problema jurídico.

#### **4. PROBLEMA JURÍDICO:**

Es la cuestión alrededor de la cual se discute un asunto no resuelto directamente por la ley, que causa controversia y distintas posiciones.

Se debe formular en forma de PREGUNTA. El problema debe ser resuelto en las fuentes formales del derecho debidamente interpretado.

5. **TESIS:**  
Son las distintas posiciones de cada uno de los jueces individuales o colegiados con respecto al problema jurídico. Se expresan con un SÍ o con un NO como respuesta a la pregunta que es el problema jurídico.
6. **FUNDAMENTO DE LAS TESIS:**  
Son los argumentos de cada uno de los intérpretes para dar solución al problema jurídico y casi siempre se extractan de la misma jurisprudencia. Son el fragmento en el cual el respectivo juez muestra la interpretación que a las fuentes ha dado para exponer su tesis.
7. **FUENTES DE LAS TESIS :**  
Son las normas legales, sentencias judiciales o las posiciones doctrinarias que sirven de fundamento al juez para tomar la decisión en el correspondiente proceso. Son el sostén o la base jurídica de cada una de las decisiones.
8. **MÉTODO Y TÉCNICA:**  
(Exegético, sistemático o sociológico)

## II. ANÁLISIS CRÍTICO

1. **UBICACIÓN CONCEPTUAL:**  
Es un resumen de lo ocurrido durante todo el proceso, en las distintas instancias hasta llegar a la decisión final para ubicar conceptualmente a quien se encuentre leyendo el análisis. Pero se deben identificar los institutos jurídicos que puedan existir en la sentencia.
2. **POSICIÓN PERSONAL:**  
Es la posición de quien hace el análisis jurisprudencial con respecto a las tesis que se expresan en relación al problema jurídico. El comentarista puede aplaudir o criticar la decisión o sus fundamentos total o parcialmente. Puede sacar conclusiones que considere propias, expresándolo por medio de ideas claras, de manera concreta y seria y teniendo en cuenta que el comentario solo debe recaer en las opiniones expresadas y no sobre la persona que las expresó.

## ANEXO 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES.

### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 1.

#### I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL

##### 1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:

Corte Constitucional  
Sentencia T-384 de 2007  
Mayo 18 de 2007

M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

ACCIONANTE: Luz Estela Mejía Posso

ACCIONADO: Libardo Simancas Torre, Gobernador del Departamento de Bolívar

**2. ASPECTO JURÍDICO:**

**2.1. PRINCIPAL:** Madres cabeza de familia.

**2.2. ACCESORIO:** Violación a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso, al mínimo vital, a la igualdad.

**3. HECHOS JURÍDICOS PROBADOS Y RELEVANTES:**

**3.1. PROBADOS.**

- a. La señora Luz Estela Mejía Posso interpuso acción de tutela contra Libardo Simancas Torre, Gobernador del Departamento de Bolívar por considerar que sus derechos fundamentales como los de su hijo se encuentran gravemente amenazados ya que se violó su derecho fundamental al debido proceso, vulnerando además su mínimo vital por su desvinculación.
- b. Luz Estela Mejía Posso tiene un menor hijo de 9 años que se encuentra exclusivamente a su cargo ya que su esposo falleció.
- c. El Gobernador Libardo Simancas Torre profirió Decreto N° 533 del 4 de Octubre de 2006 mediante el cual suprimía el cargo que venía desempeñando la señora Luz Estela Mejía Posso en base al Artículo 305 de la Constitución Política de Colombia.

**3.2. RELEVANTES:**

- a. Luz Estela Mejía Posso se desempeñaba como trabajadora social en la institución educativa departamental Marco Fidel Suárez, con sede en el Municipio de Turbana, mediante nombramiento provisional en el cargo administrativo de profesional universitaria, código 340, grado 7.
- b. Luz Estela Mejía Posso solicita que se le protejan los derechos fundamentales a la vida digna, porque sin conocer su caso especial, se suprimió el cargo que desempeñaba; mínimo vital, toda vez que el salario que devengaba era el único ingreso económico, con el cual proveía alimentación, vestuario, educación, cultura, recreación a mi hijo; derecho a la igualdad, porque personas en iguales condiciones que la demandante siguen en la planta de personal sin suprimir su cargo; derecho a la especial protección a las madres cabeza de familia y los derechos fundamentales a los niños, en conexidad a la estabilidad laboral de mujer servidora pública cabeza de familia y en consecuencia ordenar al señor Gobernador del Departamento de Bolívar, el reintegro sin solución de continuidad, en el cargo administrativo de Profesional Universitaria, código 340, grado 7, como trabajadora social en la institución educativa departamental Marco Fidel Suárez, con sede en el Municipio de Turbana o en uno equivalente

**4. PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Se violan los derechos constitucionales tales como el debido proceso, mínimo vital, a la vida, a la igualdad, derecho especial protección a madres

cabeza de familia, derecho fundamental de los niños, en conexidad con estabilidad laboral reforzada a mujer servidora pública cabeza de familia al realizar la supresión de un cargo como profesional universitaria a pesar de encontrarse en provisionalidad sin la realización del respectivo acto administrativo?

**5. TESIS:**

- a. Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena: NO
- b. Tribunal Superior del distrito de Cartagena, Sala Civil-Familia: NO
- c. Corte Constitucional: SÍ

**6. FUNDAMENTO DE LAS TESIS:**

**a. Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena:**

No había lugar a la vulneración alegada toda vez que “la protección especial para las madres cabeza de familia que hayan sido despedidas en virtud del programa de renovación de la administración pública de las entidades públicas del orden nacional, aplicándoseles entonces el art. 12 de la Ley 790 de 2002; en tanto que la aquí tutelante laboraba para una entidad del orden departamental mas no nacional, habiendo la accionante prestado sus servicios en el establecimiento educativo departamental Marcos Fidel Suárez, con sede en el municipio de Turbana; por lo tanto no le sería aplicable lo establecido en dicha ley”.

**b. Tribunal Superior del distrito de Cartagena, Sala Civil-Familia:**

La acción de tutela no era el mecanismo procedente ya que no se había demostrado un perjuicio irremediable. Por tanto, sostuvo que “las circunstancias en que se apoya –la tutelante- no aparecen demostradas, sin que, entonces pueda inferirse una violación o amenaza de los derechos mencionados, pues, como es sabido, la acción de tutela no está llamada a prosperar cuando se aleguen hechos u omisiones que pudieran implicar violación de los derechos fundamentales, si no existe razón o justificación de una amenaza cierta y contundente contra ellos; por el contrario, de lo anterior se evidencia que el cargo del cual fue desvinculada la actora tenía el carácter provisional, con un término máximo de cuatro meses contados desde junio de 2004, y que a la fecha de la supresión del cargo, octubre de 2006 ya ese término se había cumplido”.

**c. Corte Constitucional:**

La protección constitucional a las madres cabeza de familia se extiende a la garantía de su estabilidad laboral, así pues, y en ese sentido ha sido amplia la legislación tendente a la protección de la mujer trabajadora que se encuentra en condición de madre cabeza de familia.

Por tanto, la administración pública tiene la facultad de crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, como en el caso de la distribución y el manejo de sus recursos de acuerdo con las necesidades del servicio; no obstante, el ejercicio de dicha facultad no puede ejercerla la administración pública de forma arbitraria o ilimitada, pues la

propia Constitución en su artículo 25, establece la protección especial a cargo del Estado, de las personas que por su condición de vulnerabilidad se encuentran en situación de inferioridad, como es el caso de las madres cabeza de familia, lo que impide entonces que, bajo la excusa de la supresión de cargos estos derechos se vean desconocidos o disminuidos. Por tanto, dicha protección constitucional comprende un límite para la facultad de la administración pública de suprimir, crear, modificar y reorganizar cargos en su planta de personal consistente en i) valorar la situación de las madres cabeza de familia; ii) identificar alternativas a la desvinculación, y iii) procurar una armonización entre el programa de reforma institucional y los derechos de la madre cabeza de familia.

**7. FUENTES DE LAS TESIS :**

- a. Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena:  
Ley
- b. Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, Sala Civil-Familia:  
Ley
- c. Corte Constitucional:  
Ley y Jurisprudencia

**8. MÉTODO Y TÉCNICA:**

- a. Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena:  
Exegético
- b. Tribunal Superior del distrito de Cartagena, Sala Civil-Familia:  
Exegético
- c. Corte Constitucional:  
Sistemático

**8.1. TÉCNICA:**

Integración de la institución a partir de la Constitución Política.

**II. ANÁLISIS CRÍTICO**

**a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:**

Se trata de una acción de tutela presentada por una madre cabeza de familia en contra de Libardo Simancas Torre, Gobernador del Departamento de Bolívar por considerar que sus derechos fundamentales como los de su hijo se encuentran gravemente amenazados ya que se violó su derecho fundamental al debido proceso, mínimo vital, derecho a la igualdad, derechos fundamentales de los niños, a la estabilidad laboral de una mujer servidora pública madre cabeza de familia y derecho a la protección especial a la madres cabeza de familia en su desempeño como trabajadora social en la institución educativa departamental Marco Fidel Suárez, con sede en el Municipio de Turbana mediante nombramiento provisional en el cargo administrativo de profesional universitaria, código 340, grado 7, ya que la desvinculación de dicha entidad ha generado en la tutelante un detrimento en su vida personal debido a que el salario que devengaba era el único ingreso para su sostenimiento, afectando esto tanto su mínimo vital como el de su hijo.

Además de manifestar que la desvinculación realizada por la Gobernación de Bolívar se realizó sin los estudios técnicos del caso y sin autorización de la Asamblea Departamental, sino, por una supuesta recomendación del Ministerio de Educación. Esta acción fue interpuesta ante el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena** quien la negó, en apelación en segunda instancia ante el **Tribunal Superior del distrito de Cartagena, Sala Civil-Familia** nuevamente la negó y posteriormente fue revisada por la Corte Constitucional quien REVOCÓ la sentencia proferida por el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena** y en su lugar CONCEDIÓ la tutela de los derechos al mínimo vital y al reintegro de Luz Estela Mejía Posso.

**b. POSICIÓN PERSONAL:**

Coincidimos con lo expuesto por la Corte Constitucional por cuanto jurisprudencialmente se ha establecido una especial protección a las madres cabeza de familia que se desempeñen en la administración pública; poniendo entonces un límite a la misma para proteger las personas que por su condición de vulnerabilidad se encuentran en situación de inferioridad, como es el caso de las madres cabeza de familia, lo que impide entonces que, bajo la excusa de la supresión de cargos estos derechos se vean desconocidos o disminuidos; limite que trata de tres requisitos para la supresión, creación, modificación y reorganización de cargos en su planta de personal que son: i) valorar la situación de las madres cabeza de familia; ii) identificar alternativas a la desvinculación, y iii) procurar una armonización entre el programa de reforma institucional y los derechos de la madre cabeza de familia.

Con lo anterior, se abre un camino para las madres que con excusas de renovación administrativa son retiradas de sus cargos; permitiéndoles entonces acudir a una protección especial por su calidad; llevando esto a una aplicación justa del debido proceso, el derecho a la igualdad, a la dignidad y a la vida.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 2.**

**I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL**

**1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Constitucional  
Sentencia T-451 de 2007  
31 de mayo de 2007  
M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.  
ACCIONANTE: Deyana Benítez  
ACCIONADO: Alcaldía de Córdoba

**2. ASPECTO JURÍDICO:**

**2.1. PRINCIPAL:** Mujer Cabeza de Familia

**2.2. ACCESORIO:** Restablecimiento de Derechos



### 3. HECHOS JURÍDICOS O SUPUESTOS FÁCTICOS:

- a. La señora Deyana Benítez gozaba de licencia de maternidad hasta el 12 de septiembre de 2006.
- b. El 6 de octubre de 2006 fue declarada insubsistente en el cargo.
- c. La accionante reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales bajo su condición de mujer cabeza de familia.

### 4. PROBLEMA JURÍDICO:

¿Declarar una persona insubsistente de su cargo de trabajo vulnera los derechos fundamentales?

### 5. TESIS:

- a. Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba: Sí
- b. Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar: NO
- c. Corte Constitucional: Sí

### 6. FUNDAMENTOS DE LAS TESIS:

- a. **Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba:** se violaron los derechos fundamentales a una mujer en estado de gravidez.
- b. **Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar:** La declaratoria de insubsistente está conforme a la ley, la actora no aportó pruebas que demuestren la violación de los derechos fundamentales.
- c. **Corte Constitucional:** la insubsistencia no estaba conforme a derecho ya que para realizar el despido de los empleados de carrera debía contar con una calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación al régimen disciplinario y demás.

### 7. FUENTES:

- a. Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba: Constitución Política
- b. Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar: La Ley
- c. Corte Constitucional: Ley

### 8. MÉTODO Y TÉCNICA:

- a. Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba: Exegético
- b. Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar: Exegético
- c. Corte Constitucional: Sistemático

#### 8.1. TÉCNICA: integración de la institución a partir de la Constitución Política.

## II. ANÁLISIS CRÍTICO

### a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:

Se trata de una acción de tutela interpuesta por una trabajadora de la Alcaldía de Córdoba al ser declarada insubsistente en su puesto de trabajo; alega un despido injustificado y el restablecimiento de los derechos fundamentales ya que se encuentra bajo la condición de mujer cabeza de familia. Esta acción fue interpuesta ante el juzgado promiscuo municipal de Córdoba quien accedió a las pretensiones de la tutelante y pasó al juzgado promiscuo del circuito del

Carmen de Bolívar quien la negó; Posteriormente fue a revisión ante la Corte Constitucional quien confirmó la decisión del juzgado de Córdoba.

**b. COMENTARIO PERSONAL:**

Estamos de acuerdo con la Corte; la categoría mujer cabeza de familia es un alcance que ha llevado a la doctrina, la ley y la jurisprudencia a definirla como inviolable y en supremacía si están conexos los derechos del niño. La mujer cabeza de familia es la encargada del sostenimiento social y económico de su hogar.

Esta acción de tutela tuvo su aporte ya que debido a la condición anteriormente expuesta logró darle una estabilidad a su hijo y continuar con su trabajo para gozar de sus derechos fundamentales en aplicación a una vida digna.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 3.**

**I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL**

**1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Constitucional

Sentencia T-196 de 2008

Febrero 28 de 2008

M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

ACCIONANTE: Diana Patricia Galeano López

ACCIONADO: ESE Hospital San Juan de Dios y la cooperativa Cooptraincol Ltda.

**2. ASPECTO JURÍDICO:**

**2.1. PRINCIPAL:** Madre cabeza de familia.

**2.2. ACCESORIO:** Violación al mínimo vital, a la vida, al pago oportuno de los salarios y a la seguridad social.

**3. HECHOS JURÍDICOS PROBADOS Y RELEVANTES:**

**3.1. PROBADOS:**

**a.** Diana Patricia Galeano López interpuso acción de tutela contra la ESE Hospital San Juan de Dios y la cooperativa Cooptraincol Ltda., por considerar que dichas entidades han vulnerado sus derechos a la vida, al pago oportuno de los salarios, al mínimo vital y a la seguridad social.

**b.** A Diana Patricia Galeano López se le adeudaban 7 meses de sueldo.

**c.** Diana Patricia Galeano López tiene un hijo recién nacido que se encuentra exclusivamente a su cargo.

**3.2. RELEVANTES:**

**a.** Diana Patricia Galeano López se desempeña como bacterióloga en la ESE Hospital San Juan de Dios III nivel de Socorro mediante la modalidad de convenio de trabajo asociado con la cooperativa Cooptraincol Ltda.

**b.** Diana Patricia Galeano López solicitó cancelación de los salarios a la ESE Hospital San Juan de Dios y la cooperativa Cooptraincol Ltda., mediante derechos de petición, obteniendo respuesta negativa por parte del hospital mientras que la cooperativa ni siquiera respondió.

**4. PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Es procedente la acción de tutela para reclamar acreencias de origen laboral cuando se viola el mínimo vital ocasionando esto un perjuicio grave e inminente de una madre cabeza de familia?

**5. TESIS:**

- a. Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Socorro: NO
- b. Juzgado Primero Penal del Circuito: NO
- c. Corte Constitucional: Sí

**6. FUNDAMENTO DE LAS TESIS:**

**a. Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Socorro:**

“No acreditarse el estado de subordinación o indefensión de la accionante frente a la cooperativa accionada de carácter privado, ni tampoco se configuró, un perjuicio irremediable que permitiera concluir que el medio ordinario se torna ineficaz”.

**b. Juzgado Primero Penal del Circuito:**

“No se encuentra probada la existencia de un perjuicio grave e inminente que pueda generar consecuencias irremediables que hagan procedente la tutela de manera transitoria”.

**c. Corte Constitucional:**

“Se reconoce su procedencia excepcionalmente cuando (1) exista un incumplimiento salarial; (2) que afecte el mínimo vital del trabajador, lo cual (3) se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que (4) no se haya extendido por más de dos meses, excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o (5) el demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia; (6) sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial y en el presente caso se cumplen los requisitos para que proceda excepcionalmente la tutela de los derechos de Diana Patricia Galeano López ya que en el expediente obran suficientes elementos que confirman la precaria situación que enfrentan la demandante y su hijo”.

**7. FUENTES DE LAS TESIS :**

- a. Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Socorro:  
Ley
- b. Juzgado Primero Penal del Circuito:  
Ley
- c. Corte Constitucional:  
Ley y Jurisprudencia

**8. MÉTODO Y TÉCNICA:**

- a. Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Socorro:  
Exegético

- b. Juzgado Primero Penal del Circuito:  
Exegético
- c. Corte Constitucional:  
Sistemático

**8.1. TÉCNICA:**

Integración de la institución a partir de la Constitución Política.

**II. ANÁLISIS CRÍTICO**

**a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:**

Se trata de una acción de tutela presentada por una madre cabeza de familia en contra de la ESE Hospital San Juan de Dios y la cooperativa Cooptraincol Ltda., por considerar que dichas entidades han vulnerado sus derechos a la vida, al pago oportuno de los salarios, al mínimo vital y a la seguridad social en su desempeño como Bacterióloga ya que el no pago de los salarios adeudados ha ocasionado un perjuicio grave e inminente debido a la precaria situación económica en la que se encuentra en su condición de madre cabeza de familia sin ingresos adicionales y requiere el pago de dichos salarios para satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su menor hijo. Esta acción fue interpuesta ante el **Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Socorro** quien la negó, en apelación en segunda instancia ante el **Juzgado Primero Penal del Circuito**, que nuevamente la negó y posteriormente fue revisada por la **Corte Constitucional** quien REVOCÓ la sentencia proferida por el **Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Socorro**, Santander, y en su lugar CONCEDIÓ la tutela de los derechos al mínimo vital y al pago oportuno de salarios de Diana Patricia Galeano López.

**b. POSICIÓN PERSONAL:**

Coincidimos con lo expuesto por la Corte Constitucional por cuanto jurisprudencialmente se ha concedido de forma excepcional el permitir que la acción de tutela para el presente caso se cumplen con los requisitos otorgados en la misma puesto que se evidencia la precaria situación económica de la señora Diana Patricia Galeano López, quien en su condición de madre cabeza de familia no presenta ingresos adicionales y requiere el pago de dichos salarios para satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su menor hijo.

Al permitir entonces que la acción de tutela sea un mecanismo excepcional para las madres cabeza de familia respecto del reclamo de acreencias laborales, abre paso al aplicar al derecho al trabajo una igualdad digna y justa; protegiendo entonces los derechos fundamentales de la vida y dignidad de las madres cabeza de familia.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 4.**

**I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL**

**1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Constitucional

Sentencia T-270 de 2008  
11 de marzo de 2008  
M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA  
ACCIONANTE: Edna Ruby Núñez Rengifo  
ACCIONADO: Juzgado de Túquerres

**2. ASPECTO JURÍDICO:**

- 2.1. PRINCIPAL:** Mujer Cabeza de Familia
- 2.2. ACCESORIO:** Violación de Derechos fundamentales

**3. HECHOS JURÍDICOS O SUPUESTOS FÁCTICOS:**

- a. La señora Edna Ruby Núñez Rengifo venía desempeñándose por provisionalidad como escribiente en el Juzgado de Túquerres.
- b. La actora fue declarada insubsistente.
- c. La accionante reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales bajo su condición de mujer cabeza de familia.

**4. PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Estando un trabajador en provisionalidad puede ser declarado insubsistente?

**5. TESIS:**

- a. Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto: Sí
- b. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: Sí
- c. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional: Sí

**6. FUNDAMENTOS DE LAS TESIS:**

- a. **Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto:** No se violaron los derechos fundamentales, no es pertinente.
- b. **Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:** La actora cuenta con otros mecanismos de defensa, la jurisdicción administrativa, el amparo es improcedente.
- c. **Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional:** La actora no probó su calidad de madre cabeza de familia; confirma los fallos anteriores

**7. FUENTES:**

- a. Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto: Jurisprudencia y Constitución
- b. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: Código Contencioso Administrativo
- c. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional: Jurisprudencia, Ley estatutaria de Administración de Justicia.

**8. MÉTODO Y TÉCNICA:**

- a. Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto: Sistemático

- b. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:  
Exegético
- c. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional:  
Sistemático

## II. ANÁLISIS CRÍTICO

### a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:

Se trata de una acción de tutela de una trabajadora del juzgado de Túquerres como escribiente ya que debido a un traslado de otra funcionaria fue declarada insubsistente y despedida; alega un restablecimiento de derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso bajo su condición de mujer cabeza de familia. Esta acción fue interpuesta ante Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto donde fue aceptada pero resuelve que está de acuerdo con la decisión del juzgado, pasó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y confirmó el fallo de primera instancia, Posteriormente pasó a revisión ante la Corte Constitucional quien confirmó las decisiones anteriores.

### b. COMENTARIO PERSONAL:

De acuerdo con la sentencia de tutela compartimos la decisión de la Corte teniendo en cuenta que no se demostró la calidad de mujer cabeza de familia; de igual manera la persona que ocupó el cargo es una trabajadora en carrera administrativa que tiene prevalencia ente los demás.

En este caso la Corte tomó su decisión teniendo en cuenta los méritos y calidades personales de la trabajadora; de igual manera no se puede acceder a una condición mujer cabeza de familia cuando se está comprobando que no existe; en Colombia muchas mujeres toman la iniciativa de mujer cabeza de familia para acceder a los mecanismos de protección que la legislación Colombia les ofrece, por esto la condición mujer cabeza de familia hoy en día debe cumplir con requisitos formales y de estricto cumplimiento.

## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 5.

### I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL

#### 1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:

Corte Constitucional  
Sentencia T-357 de 2008  
17 de abril de 2008  
Dr. Nilson Pinilla Pinilla.  
Accionante: JUANA MARÍA DE LA HOZ RODRÍGUEZ.  
Accionado: UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

## 2. ASPECTO JURÍDICO:

- 2.1. PRINCIPAL:** Mujer Cabeza de Familia  
**2.2. ACCESORIO:** Derecho al trabajo, mínimo vital e igualdad.

**3. HECHOS JURÍDICOS O SUPUESTOS FÁCTICOS:**

- a) La señora JUANA MARÍA DE LA HOZ RODRÍGUEZ trabajó al servicio de la Universidad del Atlántico desde abril 6 de 1983 a enero 17 de 2007.
- b) El último cargo desempeñado por la accionante fue Profesional Universitario del Grupo de Almacén, el cual fue suprimido mediante resolución 00005 del 15 de enero de 2007.
- c) La señora JUANA MARÍA DE LA HOZ RODRÍGUEZ es madre cabeza de familia con una hija con problemas de corazón hace más de un año (prolapso de la válvula mitral del corazón y síncope neurocardiogénico), estando en tratamiento médico permanente; además, a su cargo están otro hijo menor de edad y su progenitora de 77 años de edad, quien es “diabética con controles y tratamiento permanente”, suspendido ahora por su desvinculación.

**4. PROBLEMA JURÍDICO:**

¿La entidad pública, al desvincular del servicio a la peticionaria debido a la supresión de su cargo, en el marco de un proceso de reducción de la planta de personal, violó el deber de proteger especialmente a la mujer cabeza de familia, su derecho a la estabilidad laboral reforzada y el mínimo vital de su grupo familiar?

**5. TESIS:**

- a. Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla: No.  
b. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla: No.  
c. Corte Constitucional: Sí.

**6. FUNDAMENTOS DE LAS TESIS:**

- a. **Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla:** “Debió presentar los recursos de ley ante la Universidad del Atlántico a fin de que ellos estudiaran los planteamientos esbozados por la actora en esta demanda de tutela... la accionante no ha utilizado los medios judiciales otorgados por la ley para resolver este tipo de solicitudes y como en reiterada jurisprudencia ha señalado la Corte Constitucional que la acción de tutela no se instituyó para remplazar los medios judiciales ordinarios o administrativos respectivos”.  
Por otro lado, no se ha demostrado que “se encuentre imposibilitada físicamente para realizar otros trabajos, pues la protección es para aquellas mujeres que por su edad no son aceptadas fácilmente en otros tipos de empresa, por tanto, al momento de hacer reestructuraciones se protege a aquellas señoras que ya no hacen parte de la masa laboral que las empresas reclutan día a día... solo se limitó a demostrar los requisitos objetivos de que es madre cabeza de familia, pero no los subjetivos, es decir que no tiene una carrera universitaria, ni tecnológica la que pueda ejercer ahora que fue desvinculada de la institución”.

Concluye que resulta improcedente la acción de tutela con relación al retén social, ya que no está demostrado que la entidad accionada conociese “que ostentaba esa calidad de madre cabeza de familia o que hubiere negado después el derecho que reclama, con violación de sus derechos”.

- b. **Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla:** Afirmó que la jurisprudencia ha expresado que “en el proceso de reestructuración de las entidades del Estado, la protección de la mujer (padre) cabeza de familia se traduce en una estabilidad laboral reforzada, que impide que en razón de ese proceso fuesen desvinculados de la respectiva entidad... para recibir ese beneficio, las personas interesadas debían acreditar de manera suficiente y oportuna su condición... significaba que las personas que cumpliesen con los requisitos para acceder a la protección del llamado retén social, debían comunicar su situación al empleador, de tal manera que dicha protección pudiese hacerse efectiva cuando éste pusiese en ejecución el proceso de reestructuración”.

Anotó que la accionante tuvo conocimiento del proceso de reestructuración de la planta administrativa que adelantaría la rectoría de la Universidad, “por ello le asistía el deber de informar antes de que se produjese una decisión que afectase su permanencia en el trabajo, que en ella concurrían los requisitos para hacer parte del retén social”.

Finalizó argumentando que “no está demostrada la ausencia del padre de los menores Katherine y José David Ferreira de la Hoz, pues si bien se señala que este fue demandado por alimentos, no se aportó prueba de que ello efectivamente hubiese ocurrido... de la misma forma no obra en el expediente calificación de la pérdida entre un 25% a un 50% de la capacidad laboral de la accionante como de su hija Katherine, por las patologías que señala padecen, ya fuese por la Junta de Calificación de Invalidez o de la Unidad de Salud de la Universidad del Atlántico”. **Corte Constitucional:** la insubsistencia no estaba conforme a derecho ya que para realizar el despido de los empleados de carrera debía contar con una calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación al régimen disciplinario y demás.

- c. **Corte Constitucional:** La Sala considera que en la medida en que la Corte ha expresado en reiterada jurisprudencia que la Constitución Política consagra un deber de especial protección a la mujer cabeza de familia y a los menores que de ella dependen, en este caso se cumplen los supuestos para acceder a esa protección, ante el comprobado quebrantamiento de la Universidad del Atlántico de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital de su grupo familiar, al no haber previsto ninguna medida especial de protección en su favor, en el proceso de adaptación financiera que adelanta el ente universitario.

La Corte ha señalado que la forma de proteger los derechos de la mujer cabeza de familia es ordenando su reintegro, siempre que este sea posible, pero como se ha mencionado, la Universidad del Atlántico, que previó algunas prerrogativas para “los funcionarios que tienen vigente su inscripción en carrera administrativa”, omitió consagrar algún tipo de amparo para las



mujeres cabeza de familia, tal como se observa en la mencionada Resolución rectoral 00005 de enero 15 de 2007 así:

“Artículo Primero: Suprímase de la Planta de personal de la Universidad del Atlántico los siguientes cargos:

(...)

Artículo Segundo: En los términos de ley los funcionarios que tienen vigente su inscripción en carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible, podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización...”

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Revisión ordenará el reintegro de la peticionaria a un cargo igual, equivalente o superior al que ocupaba, en la nueva planta de personal de la Universidad del Atlántico.

**7. FUENTES:**

- a. Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla: La Ley
- b. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla: La Ley
- c. Corte Constitucional: La Ley, Constitución Política y Jurisprudencia.

**8. MÉTODO Y TÉCNICA:**

- a. Juzgado Primero Penal del Circuito de Barranquilla: Exegético
- b. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla: Exegético
- c. Corte Constitucional: Sistemático
- a. TÉCNICA: integración de la institución a partir de la Constitución Política.

**II. ANÁLISIS CRÍTICO**

**a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:**

Se trata de una acción de tutela de una Servidora Pública de la Universidad del Atlántico que fue desvinculada del servicio, debido a la supresión de su cargo, en el marco de un proceso de reducción de la planta de personal, violando de esta manera el deber de proteger especialmente a la mujer cabeza de familia, su derecho a la estabilidad laboral reforzada y el mínimo vital de su grupo familiar, conformada por dos hijos menores de edad y su señora madre, de la tercera edad.

**b. COMENTARIO PERSONAL:**

Es necesario resaltar que esta jurisprudencia aclara aspectos importantes como las condiciones fácticas actuales de la mujer cabeza de familia para ser considerada dentro de esta categoría social, es decir, no se hace referencia a aspectos biológicos o de competencias y aptitudes para desempeñar ciertos cargos, porque las necesidades inmediatas del núcleo familiar no dan espera. Sin embargo la Corte ha sido exigente en el sentido de verificar que las peticionarias no tengan otras alternativas económicas para otorgar el amparo, pero consideramos que esta apreciación debe estudiarse para cada caso en particular, porque pensamos en la posibilidad de que la madre cabeza de

familia tenga a cargo un núcleo familiar conformado por tres personas y reciba de su ex compañero sentimental una cuota alimentaria de doscientos mil pesos; no por ese hecho, a nuestra consideración, se le debe excluir de la categoría social de jefa de hogar, pues pretender que un ingreso mínimo mejora sus condiciones de vida y las de su familia es absurdo, o por lo menos criterios como el de vivir en condiciones dignas o tener una buena calidad de vida, se estarían desconociendo.

## **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 6.**

### **I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL**

#### **1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Constitucional  
Diciembre 05 de 2008  
Sentencia: T-1211/08  
M.P. Dra. CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ.  
Accionante Juana Aracelly Julio Lopera  
Accionado: La E.S.E. Rafael Uribe Uribe, en Liquidación.

#### **2. ASPECTO JURÍDICO**

**2.1. PRINCIPAL:** Mujer Cabeza de Familia sus derechos y obligaciones.

**2.2. ACCESORIO:** Derecho al trabajo, dignidad humana, seguridad social, de la niñez y mínimo vital.

#### **3. HECHOS JURÍDICOS PROBADOS Y RELEVANTES:**

- a. La señora Juana Aracelly Julio Lopera trabajó 8 años con el Seguro Social y 13 años con la E.S.E. Rafael Uribe Uribe. Indica que mediante comunicación de fecha 14 de agosto de 2007 fue desvinculada del cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales que ejercía en dicha entidad, por supresión del mismo.
  - b. Afirma que tiene una hija de 10 años de edad y que es madre cabeza de familia.
  - c. Sostiene que no fue incluida en el listado de Retén Social de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe y que no se está cumpliendo la protección establecida en la Ley 790 de 2002 y el Decreto reglamentario 190 de 2003 referente a la madre cabeza de hogar.
  - d. Expone que interpuso tres derechos de petición, señala que los dos primeros derechos de petición fueron resueltos negativamente mediante comunicación ADM- 7738-2007, en la cual la entidad demandada indicó: (i) que revisado el expediente se encontró que nunca se había solicitado ni presentado la documentación necesaria para evaluar si podía ser beneficiaria del Retén Social; (ii) que esa no era la oportunidad para solicitar el beneficio, y que, por tanto, la solicitud era extemporánea; y (iii) que no se contaba con las pruebas que acreditaran la condición de madre cabeza de familia.
4. De igual manera argumenta que aunque el padre de su hija fue “embargado

por cuota alimentaria” que asciende a \$114.000, eso no quiere decir la suficiencia para sostener los gastos del hogar.

**5. PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Se requiere alegar la calidad de madre cabeza de familia ante una entidad pública para poder recibir los beneficios que la ley establece?

**6. TESIS:**

- a. Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Medellín: Sí  
Negó la acción de tutela al considerar que no cumplía con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y la ley para ser considerada madre cabeza de familia.
- b. Tribunal Administrativo de Antioquia: Sí  
Confirmó la sentencia del juzgado basándose en la misma tesis del juzgado y que además la señora no demostró con anticipación la calidad de madre cabeza de familia.
- c. Corte Constitucional: Sí. Enfatizó su tesis en 3 aspectos
  - I. Al estar embargado el padre de su hija por cuota alimentaria, no se estaría cumpliendo con uno de los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia; la Corte ha enfatizado en diferentes jurisprudencias los requisitos establecidos para tener la calidad de madre cabeza de familia que son.... (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.
  - II. Por otra parte, la demandante no alegó su calidad de madre cabeza de familia, por lo que la Corte se refirió en los siguientes aspectos: “la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica, sino de las circunstancias materiales que la configuran. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-034 de 1999, la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia, porque lo esencial son las cuestiones materiales. Con la misma óptica esta Corporación ha precisado que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 no es exigencia indispensable para efectos probatorios, toda vez que la condición de madre cabeza de familia no depende de dicha formalidad, sino de los presupuestos fácticos”.
  - III. Como se estableció anteriormente, aunque la demandante no cumplía con los requisitos para tener la calidad de madre cabeza de familia, la Corte en su tesis hace referencia a la Ley 790 de 2002 “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se

otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, en el artículo 12 otorga una protección especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica que de ellos se trate (entre los cuales sobresalen las madres cabeza de familia), no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública y que podrán disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley” (Subrayado no original).

**7. FUNDAMENTO DE LAS TESIS:**

- a. Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Medellín:  
Se debe acreditar la condición de madre cabeza de familia.
- b. Tribunal Administrativo de Antioquia:  
Se debe acreditar con anticipación la calidad de madre cabeza de familia.
- c. Corte Constitucional:  
Además de alegar la condición de madre cabeza de familia se debe cumplir con los requisitos para tener la condición y poder obtener los beneficios de ley por tener tal calidad.

**8. FUENTES DE LAS TESIS :**

- a. Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Medellín:  
Constitución Política y la Jurisprudencia
- b. Tribunal Administrativo de Antioquia:  
Constitución Política y la Jurisprudencia
- c. Corte Constitucional:  
Constitución Política, Jurisprudencia y la ley

**9. MÉTODO Y TÉCNICA:**

- a. Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Medellín:  
Sistemático
  - b. Tribunal Administrativo de Antioquia:  
Sistemático
  - c. **Corte Constitucional:**  
Sistemático
- 9.1. TÉCNICA: Integración de la institución a partir de la Constitución Política.

**II. ANÁLISIS CRÍTICO**

**a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:**

La señora Juana Aracelly Julio Lopera interpone Acción de tutela. Sostiene no ser incluida en el listado de Retén Social de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, además alegaba que la entidad no estaba cumpliendo la protección establecida en la Ley 790 de 2002 y el Decreto reglamentario 190 de 2003 referente a la madre cabeza de hogar. El juzgado 15 Administrativo del Circuito de Medellín niega las pretensiones de la demandante por no alegar con anticipación la calidad de madre de cabeza de familia, el Tribunal Administrativo de Antioquia confirma el fallo y la Corte Constitucional, de igual

manera confirma el primer fallo realizado por el juzgado, bajo la tesis de que la demandante no cumplía con los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia.

**b. POSICIÓN PERSONAL:**

Consideramos que la tesis y el fallo expuesto por la Corte Constitucional van en derecho, ya que el Estado como obligación en su política social ha otorgado beneficios a las madres cabeza de familia como personas de protección especial; no obstante, eso no quiere decir que cualquier persona al verse en apuros en una restructuración o liquidación de una entidad pública, a última hora alegue la calidad de padre o madre cabeza de hogar para no ser retirado, lo que ocasionaría una inseguridad jurídica; por tanto, al negar la tutela la jurisprudencia está estableciendo que, cualquiera no se debe considerar bajo esta condición y que, por lo contrario, se hace necesario demostrar y cumplir con los requisitos establecidos por ley.

Así mismo, consideramos que los jueces en el tema no deberían ser exegéticos al fallar, ya que como lo ha dicho la Corte en su jurisprudencia “la condición de madre cabeza de familia depende de presupuestos fácticos”, es decir es necesario conocer su entorno, demostrar por parte del madre cabeza de familia su condición económica y social; porque si hacemos referencia al caso concreto es cierto que ella recibe un ingreso por cuota alimentaria para su hija, pero también es cierto que se debe analizar por los jueces si el dinero es suficiente para sostener la calidad de vida de la menor. Con esto damos a entender que los requisitos establecidos para ser considerada madre cabeza de familia se tornan cerrados y limitan la posibilidad de incrementar para la mujer que está sosteniendo el hogar su calidad de vida.

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 7.**

**I. ANÁLISIS ESTRUCTURAL**

**1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA:**

Corte Constitucional

Sentencia T-162/10

Marzo 8 de 2010

M.P. Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

ACCIONANTE: Rosemary Pardo Reina

ACCIONADO: Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P.- en liquidación.

**2. ASPECTO JURÍDICO**

**2.1. PRINCIPAL:** Madre Cabeza de Familia

**2.2. ACCESORIO:** Estabilidad laboral reforzada, Protección a la familia, Derecho al trabajo, dignidad humana, seguridad social.

**3. HECHOS JURÍDICOS PROBADOS Y RELEVANTES:**

- a. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución número SSPD 20091300007455 del 25 de marzo de 2009, ordenó la liquidación de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali -EMSIRVA E.S.P., el 26 de marzo de 2009.
- b. La señora Rosemary Pardo Reina tiene bajo su cargo su hija, como lo expuso en declaración extrajuicio allegada a la entidad accionada, de igual forma acreditó la condición de madre cabeza de familia en las actualizaciones de datos para hoja de vida y solicitud de afiliación a la Caja de Compensación Familiar.
- c. El 13 de abril de 2009 solicitó a la liquidadora de la Empresa su inclusión como madre cabeza de familia, petición que fue resuelta por dicha entidad mediante Resolución número 045 del 13 de mayo de 2009, en la cual se le informó que se aplazaba la decisión de su inclusión y se le solicitó aportar declaración extrajuicio en la que informara cuál era la profesión del señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo, si el mismo estaba pensionado, si había adelantado demanda de alimentos contra el padre de su menor hija, entre otros.
- d. Aduce que para dar respuesta a las solicitudes realizadas en la Resolución número 045 del 13 de mayo de 2009 y con el propósito de demostrar su condición de madre cabeza de familia, allegó ante la entidad accionada certificaciones expedidas por COOMEVA E.P.S., "CAIP Hogar Infantil Amiguitos del I.C.B.F.", y por el Colegio El Amparo.
- e. Relata que la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P., en liquidación, mediante resolución número 00451 del 11 de junio de 2009, rechazó definitivamente su solicitud del 13 de abril de 2009 por considerar que, al ser el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo abogado, "se entiende que no es una persona discapacitada ni física ni moralmente y por ende conforme a la ley se presupone que tiene la mínima capacidad para aportar en algo a la manutención de la menor".
- f. La actora considera que la entidad accionada no tuvo en cuenta para tomar la anterior decisión las declaraciones extraprocesales que ella aportó. Aclara que desde el año 2001 el señor Víctor Manuel Cocuy Ocampo se ha sustraído al cumplimiento de sus obligaciones como padre, a tal punto que ni siquiera visita o llama a su hija y que además desconoce su domicilio y actividades que actualmente desempeña razón por la cual ha sido ella quien ha asumido en su integridad su manutención y cuidado.

**4. PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Es procedente la acción de tutela para obtener el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia establecidas por la ley?

**5. TESIS:**

- a. Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali:  
Tutelo a favor de la demandante los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y móvil, los derechos de los menores y a una

vida en condiciones dignas; además cumple con los requisitos que exige la Corte Constitucional, especialmente en su sentencia SU-388 de 2005, para ser considerada madre cabeza de familia. Como consecuencia reintegrar en el término de 48 horas al cargo en que venía desempeñándose o a uno de igual o superior categoría y cancelarle todos los salarios dejados de devengar desde la desvinculación hasta la fecha en que haga efectivo el reintegro.

- b. Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali: NO Revocó el fallo de primera instancia, para lo cual argumenta que, pese a que la señora Rosemary Pardo Reina es madre cabeza de familia, la acción de tutela es improcedente en este caso, porque la actora dispone, para reclamar la protección de sus derechos, de la acción contencioso administrativa, que es igual o más eficaz que aquella; y porque no puede alegar su propia culpa para derivar efectos jurídicos a su favor.
- c. Corte Constitucional: Basa su tesis en dos aspectos:
  - I. Aunque la señora Rosemary Pardo Reina podía utilizar otro medio judicial para reclamar el reintegro a la empresa, la Corte reitera que la acción de tutela resulta procedente para reclamar el cumplimiento de las medidas de estabilidad reforzada de las madres cabeza de familia," no sólo porque se trata de un sujeto especial de protección constitucional, sino porque la posible amenaza de los derechos, se extiende a su núcleo familiar dependiente. Por tanto, los funcionarios judiciales deben analizar con un criterio más amplio, así se tenga otro medio de protección judicial.  
De igual forma establece que "la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supra legal, la cual se desprende de lo dispuesto en los artículos 13 y 43 precitados. A las anteriores disposiciones se suman los artículos 5 y 44 de la Carta, los cuales establecen la primacía de los derechos inalienables de la persona, al tiempo que amparan a la familia y, de manera especial a los niños".
  - II. Al tratarse de una liquidación forzosa administrativa, en todo caso se deberá respetar la protección laboral reforzada de las madres cabeza de familia y discapacitados, como quiera que ésta deba su razón de ser a expreso mandato constitucional. La corte ha reiterado "que la naturaleza de la protección laboral reforzada atribuida a las madres cabeza de familia no tiene un origen legislativo, sino que es desarrollo de expresos mandatos constitucionales. En consecuencia, a pesar de que en los procesos de liquidación forzosa administrativa no existe una norma específica que proteja a las madres cabeza de familia, al menos durante el tiempo que dure ese trámite, deberá respetarse, en todo caso, la protección laboral reforzada de este grupo de personas".

**6. FUNDAMENTO DE LAS TESIS:**

- a. Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali:  
Cumplimiento de los requisitos de ley para ser considerada madre cabeza de familia.
- b. Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali:  
La acción de tutela solo se interpone cuando se están vulnerando los derechos fundamentales y no existe otro medio de impugnación; que para el caso en

estudio se pudo interponer la acción contenciosa administrativa.

c. Corte Constitucional:

Por considerarse a la madre cabeza de familia un sujeto de protección especial, la acción de tutela se puede interponer así se cuenten con otros medios de protección judicial. Cumplimiento de los requisitos de ley para ser considerada madre cabeza de familia. Cumplimiento de Estabilidad laboral reforzada de la madre Cabeza de Familia.

#### **7. FUENTES DE LAS TESIS :**

a. Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali:

Constitución Política y la ley

b. Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali:

La ley

c. Corte Constitucional:

Constitución Política, Jurisprudencia y la ley

#### **8. MÉTODO Y TÉCNICA:**

a. Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali:

Sistemático

b. Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali:

Exegético

c. Corte Constitucional:

Sistemático

- TÉCNICA: integración de la institución a partir de la Constitución Política

## **II. ANÁLISIS CRÍTICO**

### **a. UBICACIÓN CONCEPTUAL:**

Formulación de acción de tutela contra la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali - EMSIRVA E.S.P., en liquidación, por el despido del cargo que desempeñaba, sin tener en cuenta que acreditaba la calidad de madre cabeza de familia. El Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali tuteló a favor de la actora, admitiendo que cumplía con los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia, por lo que solicitó el reintegro a su cargo. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, revocó la decisión del juzgado argumentando que la acción de tutela no era el medio idóneo para solicitar el reintegro al cargo que desempeñaba. La Corte Constitucional revocó el fallo del juzgado del circuito amparando los derechos fundamentales al trabajo y vida digna de la accionante.

### **b. POSICIÓN PERSONAL:**

Estamos de acuerdo con el fallo de la Corte Constitucional al amparar los derechos fundamentales al trabajo y a la vida digna de la accionante, si bien es cierto que para el caso en concreto existía otro medio judicial para alegar sus derechos, la Corte siguiendo la línea constitucional y jurisprudencial ampara esa excepción en la madres cabeza de familia por ser consideradas sujeto de



protección especial, lo que se busca es darle un apoyo por parte del Estado a la familia y a tener una vida digna que para este caso está en cabeza de una sola persona.

Es importante indicar también, que se debe cumplir con los parámetros exigidos por la ley para que una persona sea considerada madre o padre cabeza de familia, ya que al cumplir con estos lineamientos se deben respetar los beneficios que da tal condición. Tenemos por ejemplo en el caso de la protección laboral reforzada la Corte ha establecido que es un derecho de mandato constitucional y que, por tanto, no están sujetos a cambios de origen legislativos, lo que da entender que se le debe respetar a la madre cabeza de familia como sujeto de protección especial la estabilidad laboral en su cargo, así sea en un proceso de liquidación de una entidad estatal.

Para el caso en concreto la Corte Constitucional tuvo en cuenta la condición económica en la que se encontraba actualmente la accionante, si bien es cierto que existía un ingreso por cuota alimentaria la demandante no lo estaba recibiendo ya que desconocía el domicilio del padre de la menor. Concluimos que los jueces deben tener en cuenta la condición actual en la que se encuentra la madre y en especial la familia como institución constitucional la cual se debe proteger.

**La reparación  
de los perjuicios  
ocasionados  
por el divorcio en la  
legislación colombiana**

Ana Albarracín Cogollo



## **LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

AUTORES: Ana Albarracín Cogollo  
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 20 de 2012  
DIRECCIÓN: albarracin.ana@gmail.com

**RESUMEN:** con el siguiente artículo se pretende mostrar cómo el sistema que se maneja en Colombia es insuficiente para garantizar los principios de justicia y proporcionalidad en las situaciones en las que un cónyuge causa daño al otro con ocasión del divorcio. Se evidenciará cómo la posibilidad de aplicar el derecho de daños en estos casos nos puede dar resultados más justos, tanto para el cónyuge inocente como para sus descendientes, debido a que el correcto resarcimiento de un daño permite que quien ha sido afectado pueda encontrar un punto de equilibrio con el fin de continuar con una existencia más feliz, más cómoda, que le permita reanudar su vida sentimental y si no es este su deseo, si llevar una vida digna junto con sus hijos en el caso de que hayan.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio, Divorcio, Causales de divorcio, Responsabilidad civil extracontractual, Daño material, Daño moral, Reparación.

**ABSTRACT:** the following article is to show how the system is managed in Colombia is insufficient to guarantee the principles of fairness and proportionality in situations where one spouse causes damage to another due to the divorce. Be apparent how the possibility of applying the law of damages in these cases we can give fairer outcomes for both the innocent spouse and their descendants, because the correct compensation for damage permits who have been affected can find a point equilibrium in order to continue a happier existence, more comfortable, enabling it to resume his love life and if this is not your desire, if a decent life with her children in the case there.

**KEY WORDS:** Marriage, Divorce, Grounds for divorce, Property

# La reparación de los perjuicios ocasionados por el divorcio en la legislación colombiana\*

---

Ana Albarracín Cogollo\*\*.

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**l matrimonio es la Institución que desde el principio de la humanidad se ha constituido en la célula de la familia y de la sociedad. La unión establecida de forma libre entre un hombre y una mujer conforman la base primigenia y fundamental de un Estado.

Debido a esta importancia el Estado se ha visto abocado a regular su constitución, existencia y disolución con el fin de garantizar que quienes lo constituyen y los hijos que surgen de este vínculo se encuentren protegidos. La regulación del matrimonio se dirige pues a establecer las pautas para que dicho vínculo se pueda constituir, orientan su existencia y en caso de ser necesario reglan su disolución ya sea por muerte, por incumplimiento de las obligaciones establecidas por el Estado o por el mutuo acuerdo.

Para que opere la disolución del matrimonio por divorcio se han establecido causales que, de presentarse, pueden ser invocadas por el cónyuge inocente para así conseguir desligarse de aquella persona que no ha cumplido con sus deberes dentro del vínculo matrimonial. Este es conocido como el sistema causalista. Otras legislaciones manejan un sistema contractual en el que se establece que el matrimonio se deshace como se hace, no siendo necesaria la configuración de alguna causal, sino el deseo de alguno de los cónyuges de disolver el vínculo existente.

Cuando hablamos del sistema causalista nos encontramos frente a un “cónyuge inocente” y a un “cónyuge culpable”. El cónyuge inocente es quien, tras conocer o evidenciar alguna de las causales, puede invocarla ante un juez para que decrete la disolución del vínculo. Por lo general el sistema causalista nos conduce al divorcio

---

\* Trabajo final presentado por el estudiante de posgrado como parte del seminario “formación para la investigación” implementado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

\*\* Estudiante de la especialización en Derecho de Familia.

como una sanción frente al incumplimiento de los deberes surgidos por la celebración del matrimonio y en caso de necesidad se decreta la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente para así paliar de alguna forma las consecuencias surgidas por la disolución del vínculo.

Tenemos claro pues que las consecuencias que se derivan del incumplimiento de deberes matrimoniales que conlleven a la configuración de las causales de divorcio, están reguladas exclusivamente por el derecho de familia al establecer los alimentos o la revocación de donaciones como una sanción.

Desde nuestro punto de vista es injusto que el cónyuge que no ha dado lugar a que se configure el divorcio, solo pueda tener derecho a que se decreten alimentos a su favor exclusivamente en caso de necesidad. Observamos con preocupación que con el ánimo de “mantener incólume” la institución familiar se permita que quien atenta contra el matrimonio pueda permanecer tranquilo aun cuando le ha causado daños materiales y morales al cónyuge. La aplicación exclusiva de los preceptos del Derecho de Familia conduce a perpetuar situaciones injustas que no se ven resarcidas con el sistema actual que rige en nuestro país.

## **2. EFECTOS PATRIMONIALES QUE SURGEN DE LAS CAUSALES QUE CONLLEVAN AL DIVORCIO COMO SANCIÓN**

### **2.1. Sistema de divorcio en Colombia**

Con anterioridad a la vigencia de la ley 1ª de 1976 en Colombia se contemplaba la indisolubilidad del matrimonio y por consiguiente se consideraba únicamente la separación de cuerpos como posibilidad ante desavenencias entre cónyuges.

En esta Ley se establece por primera vez en la legislación colombiana el divorcio. Se constituye su aplicación únicamente a los matrimonios civiles, tanto a los que se celebren con posterioridad a su vigencia, como a los celebrados con anterioridad a ella. El matrimonio católico se mantenía indisoluble. El divorcio por mutuo acuerdo no era aceptado por el legislador colombiano.

Hoy en día se consagra en la Constitución Política en su art. 42 y en la ley 25 de 1992 la cesación de los efectos civiles de *todo* matrimonio mediante el divorcio. En su art. 12 establece esta ley que las causales, competencias, procedimientos y demás regulaciones establecidas para el divorcio, la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la separación de cuerpos y la separación de bienes, se aplicarán a todo tipo de matrimonio, celebrado antes o después de la presente ley.

Esta Ley modifica con su art. 6º el art. 154 del CC en lo referente a las causales del divorcio.

Actualmente en el art. 34 de la ley 962 de 2005 se instaura la posibilidad de adelantar el divorcio ante el notario solo cuando medie entre los cónyuges el mutuo acuerdo. Dicho trámite se debe adelantar por intermedio de abogado, mediante escritura

pública. Como efecto se produce entonces la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, todo esto sin perjuicio de la competencia de los jueces. La cesación de efectos civiles y el divorcio ante notario producen los mismos efectos que el decretado judicialmente.

## 2.2. Las causales de divorcio

La doctrina ha tenido en cuenta diversos sistemas en cuanto al criterio legislativo que se debe seguir para decretar el divorcio entre los que se destacan tres:

- a) El sistema causalista
- b) El sistema contractual
- c) El sistema discrecional del juez<sup>1</sup>

El sistema causalista como su mismo nombre lo dice, establece que el divorcio solo puede instaurarse por alguna de las causas determinadas por la ley de manera taxativa. Los hechos que constituyen la causal alegada por el cónyuge deben ser probados ante el juez para que este pueda llegar a decretar el divorcio.

En las legislaciones que acogen este sistema el divorcio se considera como una sanción por la falta cometida por uno de los cónyuges o como un remedio ante una situación matrimonial insostenible<sup>2</sup>.

El sistema contractual se fundamenta en que el matrimonio se “deshace como se hace” debido a que se trata de un contrato. Basta `pues con la voluntad de los esposos de disolver el vínculo matrimonial para que este sea decretado. El funcionario público se limita a verificar dicho acuerdo de voluntades.

Por último se hace referencia al sistema discrecional para el cual se deja en manos del juez el análisis y decisión sobre la disolución del vínculo.

El tratadista Roberto Suárez Franco habla de un Sistema Mixto en la legislación colombiana. Se habla de unas causales de **tipo-sanción** y otras de **tipo-remedio**. Estas causales están consagradas en el art. 154 CC que fue modificado por el art. 6º de la ley 25 de 1992.

Entre las causales tipo-sanción encontramos:

- Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.
- El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como cónyuges o padres.
- Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
- La conducta asumida por uno de los cónyuges tendente a corromper o pervertir al otro o a algún miembro de la familia o personas que estén bajo su cuidado y que convivan bajo el mismo techo.

---

1 SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I, pág. 189.

2 SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I, Pág. 189.

Como causales tipo-remedio:

- La separación judicial de cuerpos o de hecho ininterrumpida por más de dos años.
- Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad marital.
- El uso habitual de alucinógenos o estupefacientes.
- La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

Finalmente se contempla también como causal de divorcio: el consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente o notario.

### 2.3. Efectos de las causales de divorcio tipo-sanción

La causal primera, las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges, es una de las más fuertes que se contemplan en el art 154 CC. Los cónyuges tienen como obligación el guardarse fe, es decir, la fidelidad, la cual se ve menoscabada en el momento en el que el otro busca la satisfacción de sus necesidades sexuales por fuera del vínculo matrimonial.

Suárez Franco en su tratado de Derecho de Familia<sup>3</sup> señala dos elementos constitutivos del adulterio:

- a) *La cópula carnal con persona distinta del otro cónyuge*, lo cual implica un elemento objetivo y, subjetivamente, un dolo eventual, porque el adúltero presumiblemente, tiene conciencia de la falta que cometió.
- b) *El ánimo deliberado de ejecutar el acto*, o sea el elemento intencional y voluntario.

Asimismo configura esta causal otro tipo de relaciones sexuales, como son los actos deshonestos con otra persona, contactos sexuales sin cópula, intimidades sexuales, etc.

Esencialmente contemplamos que con este comportamiento se genera una ofensa al honor y una violación al deber de fidelidad mutua, lo cual genera un daño en el cónyuge que ha sido víctima del engaño. Dicho daño puede ser tanto material como moral. El solo hecho de tener que liquidar la sociedad conyugal implica para el cónyuge inocente un menoscabo en su patrimonio. El dolor producto del engaño se configura en un daño moral que puede afectar por largo tiempo al cónyuge que han engañado.

La segunda causal se refiere al grave e injustificado incumplimiento de los deberes que se originan del matrimonio. Dicho incumplimiento debe ser tal que viole las más elementales obligaciones derivadas del matrimonio. No es necesario que el

<sup>3</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I, Pág. 195.



incumplimiento se dé con todos los deberes que se originan con el matrimonio siendo estos fidelidad, socorro, ayuda, cohabitación; basta con que uno de estos no sea observado por uno de los cónyuges para invocar la causal y para que así mismo se genere como consecuencia un daño que como lo anotamos en la causal anterior puede ser de tipo material o de tipo moral, dependiendo eso sí del caso en concreto para poder determinar su magnitud. Podríamos mencionar entre otros la violación al Derecho fundamental a la dignidad, al honor, a la autoestima, a la salud en caso de incumplimiento de los deberes conyugales.

Los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra. Estas tres situaciones conllevan, de configurarse, sin duda alguna, a que el cónyuge o sus descendientes sufran daños debido a que se pueden ver afectados tanto de forma física como psíquica. Se podrían ver violentados en su derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica, el derecho al honor, a la autoestima, entre otros. Es de conocimiento general que este tipo de daños deben ser reparados teniendo en cuenta las consecuencias que sufra cada uno de manera particular.

La séptima causal prevé la conducta del cónyuge tendente a corromper o pervertir al otro o a un descendiente o a personas que estén bajo su cuidado y convivan bajo el mismo techo. Dependiendo de la situación se pueden producir daños en el cónyuge o en sus hijos o personas a cargo. Como la anterior causal esta puede generar daños morales y materiales susceptibles de reparación.

### **2.3.1. La relaciones económicas surgidas del divorcio**

En caso de que el Juez decreta el divorcio debe tomar ciertas medidas que entren a regular las relaciones económicas entre los cónyuges como, por ejemplo, la proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, en consideración a sus capacidades económicas. Asimismo el juez debe determinar el *monto de la pensión alimentaria* que uno de los cónyuges le deba al otro en caso de que sea procedente y la forma en que hayan de prestarse.

Como consecuencia del divorcio se disuelve la sociedad conyugal y debe ser liquidada ya sea de común acuerdo ante notario o ante el mismo juez que conoció del divorcio.

Las donaciones que el cónyuge inocente haya realizado al cónyuge culpable con ocasión del matrimonio pueden revocarse para el caso de las causales 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup>.

### **2.3.2. La obligación alimentaria**

El Código Civil reglamenta en el Título XXI el derecho natural que tienen ciertas personas para exigirles a otras que le suministren lo necesario para vivir cuando por determinadas circunstancias no pueden procurárselo por sí mismas.

Los alimentos representan asistencia y protección<sup>4</sup>. Como fuente de esta obligación alimentaria encontramos los vínculos y relaciones familiares. Los integrantes de la familia están obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente.

Suárez Franco<sup>5</sup> define la pensión alimenticia como la obligación de carácter civil que recae sobre determinadas personas, específicamente determinadas por ley, económicamente solventes y que consiste en suministrar periódicamente a otras, de ordinario cónyuge, hijo u otro pariente cercano, una suma de dinero para sufragar las necesidades de su existencia. En este orden de ideas se entiende por alimentos lo que el Código Civil define como alimentos congruos. Estos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social (art. 413).

Como características principales de la obligación alimenticia encontramos que es una obligación de carácter civil que está circunscrita a ciertas y determinadas personas, es de carácter recíproco e intransferible. Sobre los alimentos no puede haber transacción alguna, esta obligación es imprescriptible, perpetua, irrenunciable, que implica una necesidad actual y es inembargable.

Para decretar los alimentos el juez debe tener en cuenta los siguientes requisitos:

- a) Estado de necesidad del alimentario, es decir la difícil situación económica que le impide atender sus necesidades mínimas de subsistencia.
- b) Capacidad económica del alimentante.
- c) Vínculo jurídico de causalidad.

Según el art. 411 CC el cónyuge culpable debe alimentos congruos al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa. Requisito es pues como se ha dicho anteriormente que el cónyuge inocente se encuentre en una situación económica que impida atender sus necesidades y que el culpable ostente una capacidad económica que le permita suplir dichas necesidades junto con las suyas propias y las de sus descendientes.

### **3. NATURALEZA DEL DERECHO DE DAÑOS Y DEL DERECHO DE FAMILIA**

#### **3.1. Del Derecho de Daños**

El tratadista Colombiano JAVIER TAMAYO JARAMILLO define la Responsabilidad Civil como la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita, debe indemnizar los daños producidos a terceros. Un comportamiento ilícito consiste entonces en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito o la violación del deber general de prudencia.

---

4 SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II, pág. 372.

5 SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II, pág. 373.

La Responsabilidad Civil se distingue entre Responsabilidad Civil Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual. Para nuestro artículo nos limitaremos a la definición de la Responsabilidad Civil Extracontractual y sus elementos.

Todo daño que no constituya el incumplimiento de un contrato genera Responsabilidad Extracontractual. Aplica en el incumplimiento de obligaciones cuasicontractuales o legales.

Elementos de la Responsabilidad Civil Extracontractual:

- El hecho ilícito
- Daño
- Nexo de Causalidad

En el hecho ilícito estamos hablando de un acto humano o una omisión que no pretende crear efectos jurídicos pero que dada la magnitud de sus consecuencias genera la necesidad de reparar. Este hecho ilícito genera un daño en forma ilícita.

Por daño civilmente indemnizable entendemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.

Existen dos tipos de daños: los patrimoniales o materiales y los extrapatrimoniales o morales. Los daños materiales consisten en el atentado al patrimonio económico de la víctima mientras que los daños morales se refieren a la lesión de bienes protegidos por el orden jurídico, pero que en principio no tienen valor económico.

### **3.2. Del Derecho de Familia**

El diccionario de la Real Academia Española define Familia como el Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. La vinculación de este grupo de personas puede ser jurídica o natural, por ejemplo, mediante el matrimonio o parentesco. Debido a la importancia del núcleo familiar para la sociedad, se ha establecido en la mayoría de las legislaciones su protección por medio de reglamentos en las cuales se regulan los derechos y las obligaciones de quienes lo integran. La familia así vista constituye la Institución fundamental en la cual se apoya el Estado, en donde de forma natural se reúnen sus asociados y que exige especial protección de su parte para así garantizar la unión, educación y formación en valores de estos.

ROBERTO SUÁREZ FRANCO define el Derecho de Familia como el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia. Comprende normas de orden personal y otras de orden patrimonial tanto en el matrimonio como en la unión marital de hecho. El Derecho de Familia se encuentra ubicado dentro del Derecho Civil; no obstante sus normas tienen carácter público

debido a que su contenido es eminentemente social. Los individuos en desarrollo de sus relaciones familiares no pueden cambiar a su antojo o conveniencia el contenido de dicha reglamentación porque como se dijo anteriormente se pretende garantizar determinados derechos con su imperatividad y obligatorio cumplimiento. Este carácter del derecho de familia no impide que los individuos posean ciertas libertades como, por ejemplo, la elección de la pareja.

En este orden de ideas se habla de que el Estado debe encaminarse a la protección y defensa de la familia como célula; debe sancionar a quienes atenten contra su integridad; está en la obligación de garantizar la educación a los hijos, pero en ningún caso puede inmiscuirse en las relaciones íntimas que se tienen en su seno.

Por la mayoría de tratadistas se define al Matrimonio como la fuente originaria de la Familia. Nuestra Constitución política establece en su art. 42 que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Es decir, en Colombia no nos limitamos a ver la familia como la que se origina de forma única y exclusiva por medio de la unión matrimonial. No obstante la Institución del Matrimonio goza de una vasta regulación partiendo de los requisitos para conformarla, el patrimonio que surge de dicha unión, las condiciones para disolverla y las consecuencias que se derivan de dicha disolución.

El Código Civil colombiano en su art. 113, define el matrimonio como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

El Matrimonio Civil en Colombia detenta ciertas características que vale la pena mencionar:

- a. Es un contrato debido a que requiere la manifestación de voluntades de los dos esposos, legalmente capaces y hábiles con el fin de obligarse a vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente
- b. Es bilateral ya que este contrato es fuente de derechos y obligaciones, las cuales deben cumplir recíprocamente los cónyuges, como, por ejemplo, la cohabitación, el socorro, la fidelidad, la ayuda.
- c. Es Solemne ya que debe llevarse a cabo bajo la observancia de ciertas formalidades establecidas previamente por el legislador de tal forma que su inobservancia conlleva a su invalidez o ilicitud.
- d. Las personas que se unen en matrimonio deben ser obligatoriamente un hombre y una mujer; en nuestra legislación no se puede hablar de matrimonio entre personas del mismo sexo.
- e. Al contraer matrimonio se origina un nuevo estado civil, siendo este el estado civil de casados.
- f. Los fines de la unión matrimonial están determinados por el estado en su legislación.

El Derecho de Familia ostenta entonces una aplicación exclusiva. En este campo del derecho no es permitida la “intromisión” de otros Institutos de Derecho para dirimir los conflictos que surgen de las relaciones familiares y sus consecuencias. De esta forma podemos afirmar que en el Derecho Colombiano se considera que la regulación existente es suficiente para remediar los daños que surgen por el divorcio, tanto como para el cónyuge inocente como para los hijos. Los alimentos-sanción y la revocación de las donaciones por causa de matrimonio son considerados mecanismos suficientes con los que los miembros de la familia se pueden “dar por bien servidos”.

#### **4. TEORÍAS SOBRE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL DIVORCIO**

##### **4.1. Improcedencia de la reparación de perjuicios**

Las relaciones de familia, en general, y las relaciones entre esposos, en particular, pertenecen a un *orden moral* que es incompatible con el pedido de resarcimiento. Quienes defienden esta teoría afirman que no se puede atribuir a uno solo de los cónyuges el fracaso del matrimonio por cuanto los problemas que se presentan en la pareja proceden de dificultades bilaterales. Es por esto que, según esta teoría, no se puede hablar de un daño causado por uno de ellos y que debe ser indemnizado porque de una u otra forma los dos serían culpables. Asimismo defienden la idea de que debido al carácter moral que marca los deberes conyugales no se puede hacer una tasación patrimonial por el incumplimiento de estos.

##### **4.2. Procedencia de la reparación de los perjuicios**

La configuración de alguna de las causales que dan lugar a la declaración del divorcio o el mismo divorcio en sí puede ocasionar al cónyuge inocente perjuicios tanto morales como materiales. Se evidencia una violación de un deber legal junto con un autor consciente y responsable; al ocasionarse un daño estamos frente a un acto ilícito presentándose así los elementos de la responsabilidad civil extracontractual y, por ende, es viable la indemnización.

No es cierto que permitir el resarcimiento de un daño ocasionado por un cónyuge al otro se pueda llegar a ver como una fuente de ventajas económicas. La justicia y la compensación de un daño evidente no representa un aumento en el patrimonio del otro sino por el contrario es la forma de compensar el menoscabo padecido.

#### **5. CONCLUSIONES**

La exclusividad del Derecho de Familia para regular las relaciones de los miembros de una familia y en este caso de los cónyuges, no se ve afectada por la aceptación del resarcimiento a los daños surgidos por el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley, por medio de otras instituciones que hacen parte del ordenamiento jurídico, en este caso, los principios de la responsabilidad civil extracontractual. La especialidad del derecho de Familia no puede ser excusa para

no aplicar los principios generales de derecho que les son propios a todas las ramas del derecho.

En este orden de ideas es justa la reparación de daños y perjuicios resultantes de la violación de deberes y de derechos fundamentales por parte de uno de los cónyuges.

El contenido moral que tienen implícitas las relaciones entre los cónyuges y los deberes como tales no impide que si con su incumplimiento se causa un daño, este no pueda ser indemnizado.

La moral no se ve afectada por la aplicación de los principios de responsabilidad civil a fin de reparar los daños surgidos por el divorcio y sus causales. Por el contrario desde nuestro punto de vista representa un ataque directo a la moral, a las buenas costumbres, al fin del Estado de proteger a la familia y a la justicia, el hecho de no permitir la reparación de daños.

Es conocido que quien ha causado un daño a alguien está en la obligación de resarcirlo. Esto constituye un principio general de derecho que no puede ser desconocido aludiendo la exclusividad del derecho de familia.

Una vez violentados los derechos personalísimos por uno de los cónyuges debe ser posible echar mano de los principios y mecanismos que se encuentran consagrados en el derecho civil para conseguir la reparación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia, México, Editorial. José M. Cajicá, 1945

CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia, Santafé de Bogotá, Editorial Leyer, 2000.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1998.

NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil: Personas y Familia, Librería Jurídica Sánchez R. Medellín, 2003.

PARRABENÍTEZ, Jorge. Manual de Derecho Civil: Personas, Familia y Derecho de Menores, Editorial Temis, Bogotá, 2008.

RUEDA FONSECA, María del Socorro. La Reparación de Perjuicios en el Vínculo Matrimonial, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2011.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Bogotá, Editorial Temis, 2006.

TAFUR GONZÁLEZ, Álvaro. Código Civil Anotado, Editorial Leyer, Vigésimoquinta Edición, Bogotá.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial Legis, Bogotá, 2007.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2009.

**Poder y exclusión:  
un ensayo introductorio  
sobre las actuales acciones  
constitucionales según  
la Constitución de 1886**

Carlos Arturo Duarte Martínez





**PODER Y EXCLUSIÓN: UN ENSAYO INTRODUCTORIO  
SOBRE LAS ACTUALES ACCIONES CONSTITUCIONALES  
SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1886**

AUTORES: Carlos Arturo Duarte Martínez  
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 06 de 2012  
DIRECCIÓN: cduarte3@unab.edu.co

**Resumen:** El propósito de este ensayo es exponer las causas que llevaron a que las actuales acciones constitucionales, no cumplieran con el fin protector de los derechos de las personas según la Constitución de 1886 o no estuviesen previstas en ella.

**Palabras claves:** Constitución Nacional de 1886, Derecho Constitucional Colombiano, Acciones Constitucionales, Hermenéutica Jurídica.

**Abstract:** The purpose of this essay is to explain the causes that led to current constitutional actions to not reach the protection to the rights of the people under the Constitution of 1886 or actions that were not considered in the Constitution.

**Key Words:** Constitution of 1886, the Colombian Constitutional Law, Constitutional Actions, Legal Hermeneutics.

# Poder y exclusión: un ensayo introductorio sobre las actuales acciones constitucionales según la Constitución de 1886

---

Carlos Arturo Duarte Martínez\*

*A Emérita quien con su luz abrió las puertas a mi desarrollo académico*

## INTRODUCCIÓN

**L**a Constitución colombiana de 1991 ha introducido grandes cambios en la vida social y política de los colombianos. Además de la consagración de un amplio catálogo de derechos fundamentales, uno de los aspectos más importantes de aquella fue la consagración, con la denominación de acciones constitucionales, de una serie de herramientas para garantizar y exigir su observancia, muchas de las cuales si bien no eran desconocidas en el ordenamiento jurídico colombiano, enmarcadas en el nuevo texto constitucional han desarrollado una serie de aspectos revolucionarios, en especial el empoderamiento de los ciudadanos para defender sus derechos, muy distantes de los vistos en la Constitución de 1886, al punto que se puede afirmar que no hay elementos de la vida social que no hayan sido influidos o resultado beneficiados a través de ellas. Todo lo anterior lleva a que se pueda hablar de la “popularización” de estas acciones.

Tal fenómeno es bien particular para quienes, como el autor, hemos vivido y estudiado el derecho bajo la vigencia de esta “nueva” Constitución que ya tiene más de cuatro lustros de vida, que se presenta como un *mito fundacional* del derecho —especialmente del constitucional— y si bien representa un muy marcado antes y un después de la historia de la vida jurídica nacional, no deja claras la identificación y comprensión de aquel derecho predecesor para el joven estudiante que, junto con los manuales en los que se instruye, hace un simple salto mental desde la Constitución de 1886, sin entender el desarrollo de las acciones constitucionales durante poco más de una centuria en que ésta estuvo vigente, creyendo que ellas

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB. Miembro del Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –Hermes–, adscrito al Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas “Laureano Gómez Serrano”.

son natural continuación de esta normativa –respecto a las que ya existían– y que el surgimiento de las nuevas responde al común desenvolvimiento del derecho constitucional.

Lo anterior lleva a que durante los primeros años de pregrado el estudiante se siente bajo un manto de sosiego dado por la “seguridad” que le proporcionan los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad humana, adoptados como fundamentos del Estado social de derecho en que nació, y la existencia de una Corte Constitucional siempre presta a excluir o amoldar al ordenamiento jurídico toda norma díscola de cualquier época proferida por el legislador.

Sin embargo, cuando a través de una investigación, como la que se presenta, se echa una mirada hacia atrás y se empiezan a estudiar los antecedentes del actual derecho constitucional, aquel *mito* hace agua pues el estudioso se encuentra con que a pesar de que muchas de las llamadas hoy acciones constitucionales se encontraban antes de 1991 ya previstas bien en el texto constitucional o en la legislación ordinaria, su desarrollo fue precario debido a una realidad de violencia, apego y abuso del poder, corrupción y desconocimiento de los derechos de las personas, de lo que mucho queda en la actualidad, por lo que es llevado a un re-entendimiento de aquello que creía puro y lejano de los problemas mundanos, y se da cuenta de que aquel sosiego no es más que aparente, pues muchos de los factores políticos, históricos y sociales que las desahuciaron e impidieron subsisten hoy día con ropajes similares.

Con el documento que aquí se presenta, se pretende demostrar cómo la poca relevancia normativa de la Constitución de 1886, la *Dictadura Institucional*, como régimen político en ella instaurada, y el clasicismo judicial llevaron a que la acción de inconstitucionalidad, de nulidad por inconstitucionalidad, popular, el derecho de petición y el Hábeas Corpus no tuvieran la trascendencia que hoy día se les reconoce, en el periodo 1886-1991, y que impidieron que la acción de tutela, de incumplimiento, de grupo y pérdida de investidura fueran adoptadas con anterioridad.

Metodológicamente, se expondrá cómo las razones ya aludidas llevaron a que resultara nugatoria la defensa de la Constitución y la protección de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico colombiano a través del ejercicio de las hoy acciones constitucionales, y paulatinamente se señalarán los efectos que estas causas tuvieron en cada una de ellas, según el caso, acudiendo para ello a ejemplos puntuales. Es preciso advertir que las causas anunciadas son complementarias y guardan un alto grado de interrelación, lo cual implica reconocer que varias de ellas pudieron afectar al mismo tiempo a diferentes acciones.

A fin de entender lo que aquí se expone, es necesario señalar que su objeto de análisis se aborda desde una perspectiva histórico-jurídica, más que normativa, para lo cual es necesario recordar el “ajuste personal de cuentas” que hicieron Atienza y Ruiz Manero con Marx. En una introducción de principios de milenio de un libro recopilatorio de una serie de artículos sobre el Marxismo y filosofía del derecho,

estos autores se planteaban resolver qué quedaba del marxismo –tras su caída como sistema estatal– para la cultura jurídica<sup>1</sup>.

Y tras hacer un particular parangón con el Catolicismo, en el que recordaron que al igual que tras la Inquisición, el embate del liberalismo, la desconfesionalización de los Estados y la secularización de la sociedad y las ciencias, aun quedaba un punto de vista cristiano de ver la realidad social –aunque eso sí distante al del Medioevo–, el marxismo –concluían– de un día para otro no podía terminar simplemente como un capítulo más de la historia de la filosofía, precisando que lo que perdura para el derecho de la perspectiva marxista son esencialmente cuatro tesis: (i) el derecho y las categorías jurídicas “solo pueden ser integralmente comprendidas si se les piensa históricamente”; (ii) el derecho por sí solo no elimina las desigualdades; (iii) el derecho “no puede entenderse como un fenómeno aislado del resto de los elementos sociales, y (iv) el derecho “no es elemento neutral, sino un instrumento que sirve –con relativa independencia de cuáles sean las ‘intenciones’ de quienes lo manejan– para ocultar o justificar aspectos de la realidad social”<sup>2</sup>.

Finalmente, no falta más sino precisar que con la exposición que se hace se busca señalar cómo en Colombia entre 1886 y 1991, el anhelo occidental que hace cuatro siglos inspiró la creación del Estado de derecho –la protección de los derechos e intereses de las personas– no se satisfizo. No se quiere sostener, como podría pensar el lector al terminar estas líneas, que la Constitución de 1886 fue buena o mala por ser de derecha, pues una ideología en uno u otro lado del espectro político no hace a una Constitución mejor que las demás, ya que sin grandes esfuerzos se podrían identificar regímenes de izquierda que a su propio modo y bajo sus consignas pudieron o han podido llegar a una desprotección de los derechos de las personas similar a la vivida en Colombia hasta 1991.

## **I.- LA RELEVANCIA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886**

### **1.- EE.UU. y Colombia: una misma necesidad, dos vías distintas**

La idea según la cual la Constitución es la ley suprema dentro de un ordenamiento jurídico vino a ser adoptada y aplicada por primera vez en Norteamérica. Fue allí en donde, tras la independencia de la corona inglesa en 1783, los estadounidenses tuvieron que idear un régimen político, estatal y jurídico acorde a sus necesidades, y, como hijos del liberalismo, establecieron el libre cambio, idearon el presidencialismo como forma de gobierno, y a fin de lograr una unión verdadera y perdurable entre las trece colonias, de modo tal que se garantizara que ninguna de ellas tomara un rumbo apartado de las demás<sup>3</sup> y se superaran los escollos vividos

---

1 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México D.F., 2004, pp. 9-20.

2 *Ibidem*, p. 149.

3 Esto propiciado especialmente porque durante el dominio inglés ellas se desarrollaban de forma autónoma, dirigiéndose cada una con un gobernador nombrado por el Rey y por una

bajo los artículos de la Confederación<sup>4</sup>, dieron a la Constitución surgida tras la Convención de Filadelfia de 1787 un valor superior a las demás normas de los Estados, por lo que debía ser preferida por los poderes derivados, para lo cual el numeral segundo del artículo seis señaló que “los jueces de todos los estados estarán vinculados por la... [Constitución], a pesar de cualquier cosa que establezcan al contrario las leyes o las constituciones de los estados”.

Y si bien la Constitución de 1787 no dispuso expresamente un control judicial para garantizar la supremacía de la Constitución, Alexander Hamilton en *El Federalista, LXXVIII*, exponía las razones por las que éste existía. En su criterio, una “constitución limitada” que establece prohibiciones al legislador solo puede mantenerse:

“...a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.”<sup>5</sup>

El fundamento de esta competencia implícita de los Tribunales subyace a la idea de que las actuaciones de las autoridades delegadas que fueran contrarias al mandato constitucional eran “nulas”, y que siendo la Constitución una ley fundamental como tal la deben considerar, por lo que corresponde a ellos determinar su significado y en caso de discrepancia, preferir “la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”<sup>6</sup>

Y sería en 1803 cuando la Corte Suprema de Estados Unidos se encontrara con un caso –Marbury contra Madison– en que tuvo que inaplicar por inconstitucional una ley, decisión que, en virtud del *stare decisis* anglosajón, vincula a los demás jueces. Se ve pues que fueron las propias necesidades y el devenir político los que llevaron a los norteamericanos a crear el control constitucional judicial.

La Colombia de 1886 tenía en común con la Norteamérica de finales del siglo XVIII la necesidad de unir sus territorios: si bien su vida colonial se desarrolló en medio del fuerte centralismo español, fue dividida a causa de los ímpetus federalistas del radicalismo liberal. Sin embargo, la solución colombiana no fue jurídica como en el norte, pues contra la razón y el establecimiento de medidas jurídicas para regular el ejercicio del poder público, se acudió a la violencia y la exclusión contra el opositor para afianzarse a éste. Siguiendo la tradición de todas las constituciones decimonónicas colombianas, la Constitución de la Regeneración fue una imposición

asamblea con representación popular, al contrario de la América hispana sometida por el fuerte centralismo español.

4 Cuerpo constitucional norteamericano entre 1781 y 1788 que establecía una confederación débil entre las trece colonias, lo cual imposibilitaba su gobierno efectivo.

5 HAMILTON, Alexander, JAY, John y MADISON, James. *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1957, p. 331.

6 *Ibidem*, p. 332

del vencedor de una guerra civil sobre el vencido, es decir del Partido Conservador contra los restos del Liberal.

Y es que los conservadores más que una ley superior a la normatividad de los territorios liberales sometidos, para mantener y desarrollar el programa de la “regeneración” echaron mano a las armas, a la religión y al control de la producción legislativa en el país. Prueba de esto son las guerras civiles de 1895 y de 1899 o de los mil días, que se saldaron con sendas derrotas del partido liberal; y el hecho que hasta 1904 no hubo ningún senador liberal.

La apuesta por la religión se hizo de manera similar a como fue después de la Edad Media: servía como fundamento pero no como límite del poder estatal<sup>7</sup>. En efecto se buscaba la legitimación del Estado y del régimen político apelando a la tradición del pueblo colombiano arrastrada desde la Colonia; así, por ejemplo, en 1902 se consagró al país al Sagrado Corazón de Jesús para que remediase los males que se vivían por la guerra civil iniciada en 1899 –posteriormente conocida como la guerra de los mil días–, y tras cinco meses, orgullosos recuerdan los conservadores, esta terminó a su favor.

Sin embargo, tal situación no impidió que en los momentos más aciagos para el gobierno conservador, se acudiera, en abierta oposición a la bondad y misericordia cristiana, a eliminar de modos brutales al enemigo liberal: famosos fueron el *corte de franela*, que consistía en el degollamiento con un segado sobre el cuello simulando la parte superior de esta prenda; el *corte corbata*, con el que se cercenaba el cuello para que la lengua colgase sobre el pecho, y aun hoy se recuerda el ametrallamiento contra la más famosa de las protestas de la primera mitad del siglo XX en Colombia, ocurrida en la costa norte colombiana y que se conoce como la *Masacre de las bananeras*. Es más, la misma Iglesia Católica colombiana procuraba esta legitimación, por lo que no era raro que los curas alentasen desde los púlpitos el asesinato de los liberales, y que durante *La Violencia* viajaran sobre las volquetas de la policía “chulavita”<sup>8</sup> a través de los pueblos colombianos identificando a los “cachiporros”<sup>9</sup> para su ajusticiamiento o salvando conservadores –si los había– antes que les prendiesen fuego. Es más, el fin de la Hegemonía Conservadora<sup>10</sup> en 1930 en gran medida se debió a la incapacidad de Monseñor Ismael Perdomo para mantener la unidad del partido conservador de cara a la elección presidencial, tal

---

7 BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. El silencio del emperador: Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 23-29. Sin embargo, en últimas el fundamento de la unidad y obediencia del ordenamiento jurídico no eran los designios ciertos e inmutables del catolicismo sino la superioridad de la fuerza para lograr su monopolio.

8 Así denominada durante el periodo de *la violencia*, por la vereda ubicada en el Municipio de Boavita, de donde surgían los más fieros y sangrientos defensores del partido conservador y del gobierno de Laureano Gómez Castro.

9 Término despectivo para referirse a los liberales.

10 Periodo comprendido entre 1886 y 1930 en donde gobernaron exclusivamente los conservadores.

como lo venía haciendo su antecesor Herrera Restrepo, ya que terminó dando libertad a cada cura para que orientase a los feligreses por cuál de los dos candidatos que por ese partido se presentaron aquel año. Esta división llevó a que a pesar de que los votos conservadores fueran más, resultase como ganador un liberal<sup>11</sup>.

## 2.- La supremacía de la legalidad

Ahora, con el control absoluto de la producción legislativa, la Regeneración apostó a la supremacía de la legalidad absoluta, apuntalada jurídicamente al adscribir a la Nación como fuente del poder público. Esta excesiva confianza en la representación popular y en el principio de separación de poderes ponía al legislador –genuino representante de la Nación– en el centro del mundo jurídico colombiano, dejando inerte la Constitución, que era vista como la depositaria del ideario conservador y de los fines que perseguía a fin de destruir el edificio del *Olimpo liberal* levantado bajo la Constitución de Rionegro de 1863, no siendo más que un *manual de instrucciones* en donde se señalaba cómo se habría de mantener el poder público y quién se debía hacer cargo de tal labor.

Bajo estas circunstancias se procuraba “lograr la supremacía de la ley como forma de coordinación del comportamiento social, generando estabilidad y previsibilidad jurídicas así como respeto estricto a la fuente legítima del derecho”<sup>12</sup>, por lo que era al legislador a quien le competía establecer cómo se desarrollaría la vida social de los colombianos, determinando los derechos de cada uno y los procedimientos a seguir para exigir su respeto.

Esto explica por qué en el texto original de la Constitución Nacional de 1886 solo se consagra, de las acciones previstas en la actual norma superior el Derecho de Petición, y que posteriormente solo se añadiera la acción de inconstitucionalidad y de nulidad por inconstitucionalidad, o que no fuera necesaria la constitucionalización de un acción para la indemnización de daños y perjuicios de un conjunto de personas con condiciones uniformes al hecho dañino, como la acción de grupo. Es claro que si los ciudadanos querían hacer valer los derechos que consideraban vulnerados debían mirar el Código Civil o a la legislación común y no la Constitución.

Las Leyes 57 y 153 de 1887 son la mejor demostración de la jerarquía dentro del ordenamiento jurídico colombiano durante los primeros años de vida de la Carta de 1886. En el artículo 5° de la primera de ellas, se pretendió darle fuerza vinculante a la Constitución estableciendo una tímida supremacía de ella al disponer que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá

---

11 RESTREPO, Giovanni. El fin de la hegemonía. *En*: 50 días que cambiaron la historia de Colombia, Planeta y Semana, Bogotá, 2004, p. 191.

12 LÓPEZ MEDINA, Diego. La letra y el Espíritu de la Ley. Universidad de Los Andes y Temis, Bogotá, 2008, p. 2.



aquella<sup>13</sup> –que sea una ley la que le dé obligatoriedad a la Constitución es muy clarificante—. Sin embargo, justo cuatro meses más tarde se dispuso mediante el artículo 6° de la Ley 153 que “una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución<sup>14</sup>”, para seguidamente incorporar al Código Civil, como su Título Preliminar, el Título III de la Constitución en el cual se consagraba una serie de derechos civiles y garantías sociales. Como señala Diego López, si bien la ley debía conformarse con la Constitución, esa “conformidad se suponía y no había mecanismos para controvertir la presunción”, y la incorporación del título III al Código Civil respondía a que “[e]n un mundo legocéntrico la relevancia de la Constitución sólo se podía mantener a precio de descenderla en el peldaño en las fuentes de derecho<sup>15</sup>”. Esta situación se corrobora con la casi total inexistencia en lo formal del control constitucional, puesto que constitucionalmente solo se preveía cuando el Gobierno objetara los actos legislativos (art. 151 n 4) y los proyectos de ley (art. 90) como inconstitucionales. Es necesario resaltar que la participación ciudadana y de la oposición era nula: quien podía objetar (Presidente) era conservador, el objetado (Congreso) era conservador y los integrantes de quien decidía (la Corte Suprema) eran nombrados por el Presidente: ¡todo se decidía en la casa azul!

### **3.- La acción de inconstitucionalidad y de nulidad por inconstitucionalidad como freno formal a la exclusión**

Sin embargo, el idilio regenerador se rompería. Pocos días después de que el Gr. Rafael Reyes asumiera la Presidencia de la República, el Congreso expidió la Ley 2ª de 1904, en donde se estableció el control constitucional en cabeza de la Sala de Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia sobre los decretos legislativos que el Presidente dictara en virtud de este (no de la legislación ordinaria, su obra privada), y le otorgó la acción pública a “cualquier ciudadano” para iniciar este proceso<sup>16</sup>.

De esta forma el legislador conservador pretendía poner freno a Reyes, quien desde un comienzo daba señales de lo que sería su gobierno dictatorial (quizá lo que más irritó a los conservadores fue que no fungiera como uno de los suyos y diera cierta participación política a los liberales en el Gobierno), lo cual resultaría infructuoso pues después de la declaratoria del Estado de Sitio en 1904, cerró el Congreso e instaló la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa que lo reemplazó, quien profirió la Ley 8ª de 1905 que derogó expresamente la ley 2ª antes

---

13 Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Abril 15 de 1887. DO. N° 7019. Resulta paradójico que sea una ley la que deba decir que la Constitución prevalece sobre las demás de su género.

14 Ley 153 de 1887. Por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887. Agosto 15 de 1887. DO. N°s 7151 y 7152.

15 LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Legis, Bogotá, 2009, p. 207.

16 Ley 2 de 1904. Agosto 18 de 1904.

mencionada<sup>17</sup>. El caos propiciado por el Presidente solo pararía en 1909, y al año siguiente la supremacía de la Constitución volvería a existir formalmente<sup>18</sup> y la acción de inconstitucionalidad se instauraría de manera definitiva<sup>19</sup>, adoptando para el control de constitucional parte del sistema estadounidense –en lo referente a la excepción de inconstitucionalidad– e innovando en lo que posteriormente se conocería como el sistema austriaco o concentrado de constitucionalidad.

González Jácome ha puesto en claridad que el surgimiento de la acción pública de inconstitucionalidad se debe en gran medida a un contexto de colaboración entre conservadores y liberales, que con la idea de una Unión Republicana –movimiento político mayoritario en la Asamblea Nacional de Colombia de 1910– decidieron *institucionalizar* la oposición (liberal) y darle a ella, generalmente excluida de los debates y decisiones de las cámaras legislativas, un instrumento de participación en la producción normativa<sup>20</sup>. Aún más, fue a instancia de Nicolás Esguerra, delegado liberal, que la idea de la acción de inconstitucionalidad salió avante<sup>21</sup>.

Es importante resaltar la legitimación de cualquier ciudadano para ejercer esta acción, pero debe advertirse que en esa época para obtener esa categoría, además de tener más de 21 años, se debía ejercer una profesión, arte u oficio, o tener ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia<sup>22</sup>, con lo cual se generaba una exclusión de grandes sectores populares, potencializada por su analfabetismo. Razón tiene el profesor javeriano al señalar que quien realmente se beneficiaba de esta disposición era la oligarquía, única clase social en capacidad de conocer el derecho e impugnar las leyes<sup>23</sup>. Para comprender esta situación que plantea importantes cuestionamientos frente al principio de igualdad, hay que

---

17 Ley 8ª de 1905. Por la cual se aprueban varios Decretos de carácter legislativo (dictadas por el órgano del Ministerio de Gobierno). Abril 05 de 1905.

18 “Art. 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.”

19 “Art. 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

20 GONZÁLEZ JÁCOME, Juan. Entre la ley y la constitución: una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 101-105

21 NÚÑEZ, Óscar Alarcón. La cara oculta de la Constitución del 91. Editorial Planeta, Bogotá, 2011, p. 65.

22 Art. 15 C.N. La reforma de 1945 otorgó la ciudadanía a los varones mayores de 21 años, con lo que se amplió la base social con legitimación para ejercer las acciones estudiadas. Fue hasta el Plebiscito de 1957 cuando se estableció definitivamente el sufragio universal, tanto a hombres como a mujeres a los 21 años de edad.

23 *Ibidem*, p. 102.

entender que este “expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido”<sup>24</sup>.

Y cuando se dice que la Constitución vuelve a ser formalmente ley superior, se alude a la imperfección resultante ya no por la inexistencia de una norma jurídica que dijera que la Constitución está en la cima del ordenamiento jurídico colombiano, sino por otras causas que ya se enunciaron y que en adelante se exponen. Prueba de que la consagración constitucional mediante el acto reformativo de 1910 no tuvo el alcance que le correspondía lo constituye el hecho de que el Título III de la Constitución Nacional continuó siendo Título preliminar en el Código Civil para que tuviera fuerza vinculante en los estrados judiciales.

Posteriormente, por medio del Acto Legislativo reformativo de la Constitución del 10 de septiembre de 1914, se constituyó nuevamente el Consejo de Estado, el cual había sido suprimido por el Acto Legislativo N°10 de 1905, y vino a ser regulado por la Ley 167 de 1941, por medio de la cual se estableció que se podían acusar por inconstitucionalidad los “decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas” (art. 62), las “ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales... decretos, resoluciones y otros actos de los Gobernadores”, y actos administrativos de funcionarios en general<sup>25</sup>, surgiendo así la actual acción de nulidad por inconstitucionalidad<sup>26</sup>.

Aunque todo el andamiaje formal estaba montado, que la vida tuviese que debatirse en un mismo plano con una hipoteca, con un contrato de compraventa, y la libertad con la seguridad estatal, dejaba en una difícil posición al ciudadano frente a los abusos que ejercieran los gobernantes.

## **II.- LA DICTADURA INSTITUCIONALIZADA COMO RÉGIMEN POLÍTICO EN EL ESTATUTO DE 1886**

El monopolio de la producción normativa no fue a lo único a que acudió. El conservadurismo estableció un sistema de gobierno con pocas connotaciones de

---

24 KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?, Distribuciones Fontamara, México D.F., 2005, p. 51.

25 Ley 167 de 1941. Sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa. Diciembre 24 de 1941. DO. N° 24853.

26 Adviértase que con esta proliferación normativa se generó un grave conflicto de competencias entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, pues tanto el Acto Legislativo de 1910 como la Ley 167 de 1941 les daban competencia para ejercer el control constitucional sobre los decretos del ejecutivo. Este caos judicial vino a ser remediado mediante el Acto Legislativo N°1 de 1945, cuando se confirió la competencia privativa a la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno que no se expidiesen en ejercicio de facultades extraordinarias o especiales (art. 42), mientras que a la Corte Suprema de Justicia se le confió respecto de los decretos que expidiera el ejecutivo en ejercicio de dichas atribuciones (art. 53), mediante un control posterior iniciado a través de la acción de inconstitucionalidad.

uno que se pueda reputar como democrático. Es muy bien conocida la ocasión en que alguien le manifestó a Miguel Antonio Caro que lo establecido en la Constitución de 1886 era una monarquía, a lo cual asintió reprochándose que desgraciadamente era electiva y no hereditaria<sup>27</sup>.

### 1.- Un ejecutivo vigoroso

En este régimen, al que López Michelsen calificó como una dictadura institucionalizada<sup>28</sup>, el Presidente de la República gozaba de varias prerrogativas con las que aglutinaba gran poder en su cabeza: así podía 1) Ser revestido de facultades extraordinarias *pro tempore* (art. 76 n°10), entre ellas expedir leyes; 2) Nombrar directamente a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia<sup>29</sup> y a los de los Tribunales Superiores, de ternas que presentara dicha Corte (art. 119 num. 1° y 2°); 3) Nombrar y separar libremente a los Gobernadores (art. 120 n° 4); 4) Declarar el Estado de Sitio (art. 121), con el que en últimas “se suspendía la vigencia de la Carta, a pretexto de ampararla”<sup>30</sup>; 5) Retener, sin orden judicial, a las personas que perturben el orden público y frente a las que se tengan indicios que atenten contra la seguridad pública (art. 28 inc. 2°); y prácticamente 6) era el Director de la economía del país (en especial a partir de la Reforma Constitucional de 1968).

Aquella facultad para expedir leyes, si bien se planteaba como excepcional, terminó siendo la regla general debido en gran parte a que los intereses de los congresistas –que desde el final del Frente Nacional<sup>31</sup> iban perdiendo su casta oligárquica por una más provincial “con aspiraciones de hacer de la política una profesión, incluso lucrativa”<sup>32</sup>– estaban lejos de responder al bien común a través de la creación de leyes. Increíblemente todo signo de representación popular en el trámite legislativo se perdía especialmente ante los auxilios parlamentarios<sup>33</sup>.

27 Versiones de este hecho se pueden encontrar en NÚÑEZ, Óscar Alarcón. La cara oculta de la Constitución del 91, Op. Cit., p. 63, o PIEDRAHITA, Carlos Restrepo. La superstición codificada. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 30.

28 *Ibidem*, p. 11.

29 Después de la reforma constitucional de 1945, la elección correspondía al Congreso de la República de ternas que enviaba el Presidente.

30 GÓMEZ SERRANO, Laureano. El control constitucional en Colombia – Evolución Histórica. Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 2001, p.133.

31 Así se conoce al periodo comprendido entre 1958 y 1974, en que los Partidos Liberal y Conservador con el ánimo de disminuir la violencia entre sus miembros, decidieron alternarse la presidencia de la República durante 4 periodos y repartirse los diferentes cargos públicos por igual.

32 DÍAZ, Pedro Agustín. La constitución política colombiana (1991). Proceso, estructura y contexto. Temis, Bogotá, 1993, p. 31.

33 Denominación que se les da a una serie de prerrogativas que, en virtud de las leyes 25 de 1977 y 30 de 1978, tenían los Congresistas para identificar en sus circunscripciones electorales proyectos de entidades sin ánimo de lucro en materias de salud, educación, ciencia, vivienda, etc., para financiarlos haciendo las respectivas apropiaciones en el presupuesto de la Nación. Ver Corte Constitucional. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C-324 de 13 de Mayo de 2009.

Así, por ejemplo, la mayoría de los códigos se expidieron a través de decretos-leyes, situación que no fue ajena a las acciones constitucionales de hoy: la primera regulación del hábeas corpus se dio a través del Decreto-Ley 1358 de 1964, y en lo sucesivo se regló por los Decretos-Leyes 409 de 1971, 3642 de 1981 y 050 de 1987; el Derecho de Petición mediante los Decreto-Leyes 2733 de 1959 y 01 de 1984; también a través del Decreto Extraordinario 3466 de 1982 se estableció la acción de clase a favor de los consumidores y mediante el Decreto 2303 de 1989 se reguló la acción popular para la preservación del medio ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario.

De modo similar si el desarrollo de las acciones constitucionales dependía del Presidente de la República, perfectamente podía poner coto para limitar su alcance e impedir el surgimiento de otras que no le interesasen, según sus intereses. Esto es especialmente palpable, como se expondrá más adelante en el desarrollo del *habeas corpus* y el derecho de petición.

Lo anterior se potencializaba por cuanto el sistema electoral privilegiaba una relación vertical entre gobernantes y gobernados. Sus principales manifestaciones fueron las siguientes: 1) Los ciudadanos solo elegían en la rama ejecutiva, hasta 1986, al Presidente de la República<sup>34</sup>, a los miembros de las Asambleas Departamentales y de los Concejos (art. 172); 2) Los Gobernadores y Alcaldes eran nombrados como agentes de la administración central (art. 193); 3) No existía la posibilidad de que los ciudadanos presentaran proyectos de ley ni de reforma de la Constitución, como hoy día, ni se contaba con mecanismos de participación democrática; 4) Hasta la mitad del siglo XX la ciudadanía se restringía, como se vio, a grandes sectores sociales, privándosele también su derecho a elegir a sus gobernantes.

## **2- Las acciones boca abajo**

### **2.1.- La acción de cumplimiento y el derecho de petición**

Que los gobernantes tuviesen una relación tan vertical con los ciudadanos clarifica que el que un ciudadano pudiera exigirle a un dictador o a un monarca el cumplimiento<sup>35</sup> de una norma con fuerza material, como hoy lo permite la acción de cumplimiento fuese impensable, y a que la respuesta a un derecho de petición, la única acción hoy constitucionalmente prevista que se consagró en la Constitución de 1886, que en principio se planteaba como el mecanismo principal para que los individuos se dirigiesen a los órganos del poder público para solicitar la protección

---

34 En el texto original de la Constitución de 1886 la elección correspondía a las Asambleas Electorales (artículo 114), pero mediante las Reformas Constitucionales de 1910 se estableció su elección directa. Por la corta duración del sistema primigenio, se alude, en general, a lo establecido en 1910.

35 El texto original del artículo 84 del Decreto 01 de 1984 establecía la acción de cumplimiento, prevista para solicitar “el cumplimiento de un deber que la administración elude”, pero posteriormente el decreto-ley 2304 de 1989 abolió tal precepto.

de sus derechos o de la comunidad en general<sup>36</sup>, resultara en algo casi exótico, ya que no había término para responderlo, ni sanciones por su inobservancia, con lo que en últimas se tenía que este derecho no era más que un medio para dar consejos o pedir misericordia a las autoridades públicas, que de pronto por el ánimo, el color político o la buena amistad, resultaban acogiéndolo o, por lo menos, dando respuesta.

Lo anterior se veía aunado en la ausencia por más de 60 años de un estatuto que reglara, aun deficientemente, el Derecho de Petición<sup>37</sup>. La primera regulación, el ya aludido Decreto-Ley 2733 de 1959, si bien determinó que se podía presentar verbalmente o por escrito, por cualquier persona, y les imponía a los Personeros Municipales el deber de posibilitar su ejercicio y velar por su cumplimiento; desafortunadamente, a la hora de determinar los plazos que tenían las autoridades para dar respuesta a los derechos de petición, delegó a las entidades públicas elaborar el trámite interno para dicho fin, con lo que la efectividad de este derecho quedó, de nuevo, en el aire. Pero el gran vacío jurídico de este Decreto lo constituía la indeterminación de qué pasaba cuando la administración no resolvía los derechos de petición. Solo en el campo del procedimiento gubernativo se estableció el fenómeno del silencio negativo cuando no se desataban los recursos de reposición y apelación contra la respuesta de la administración (art. 18 PAR), pero nada se dijo sobre la no contestación de la primigenia petición, situación esta que fue corregida por el Consejo de Estado, que estableció que el silencio administrativo operaba frente a las solicitudes elevadas a la administración como frente a los recursos administrativos<sup>38</sup>. Posteriormente vendría el Decreto N° 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo aun vigente, cuyo gran avance fue el determinar los términos que tenían las autoridades para dar respuesta a los derechos de petición. Así, para los que se ejercen en interés general o particular se tienen 15 días, para los de información 10 días, y para emitir los conceptos se cuenta con 30 días.

## **2.2.- La acción de tutela**

En lo tocante con la acción de tutela o recurso de amparo, a través del cual es posible obtener en diez días la protección judicial de los derechos fundamentales; su

36 PÉREZ, Francisco de Paula. Derecho constitucional colombiano, Ediciones Lerner, Bogotá, 1962, p. 209.

37 Esto a pesar de que mediante la Ley 4ª de 1913 –Código de Régimen Político y Municipal– el Congreso de la República dispuso, en su artículo 334, que el Gobierno mediante su poder reglamentario estableciera un trámite del derecho de petición para asuntos administrativos de carácter nacional por ser imperioso que “no se eluda el derecho de petición de los particulares, ni se demore indefinidamente el despacho de sus asuntos”.

38 “Sería completamente ilógico que el legislador hubiera establecido tal fenómeno respecto de los recursos, que son lo accesorio, y no respecto de la solicitud elevada a la administración, que es lo principal. Ha querido el legislador que la administración no enmudezca frente a las peticiones de los ciudadanos y, con base en ese criterio finalista, es como deben ser interpretadas las normas respectivas...” Ver Consejo de Estado. C.P. Andrés Holguín. Sentencia del diecinueve de abril de 1969. Anales del Consejo de Estado, Tomo 76, pp. 195 a 199.

inexistencia antes de 1991 se debe en gran medida al poco compromiso político de la clase gobernante con los derechos de la persona. En efecto la gran oportunidad que se tuvo para su consagración fue la Comisión Paritaria de Reajuste Institucional, institución conformada por miembros del partido conservador y liberal con el fin de devolver al país a cauces institucionales y al orden jurídico perdidos durante los años de *La Violencia* y dictadura del Gral. Gustavo Rojas –a través de un proyecto de reforma constitucional que concluiría en el Plebiscito de 1957– quien no acogió la propuesta de Alfonso López Michelsen de instaurar el Recurso de Amparo, el cual estudió de primera mano durante su exilio en México<sup>39</sup>. Se prefirieron pues los acuerdos burocráticos bipartidistas, para distribuir equitativamente los cargos públicos.

### **2.3.- El hábeas corpus**

Pero aún más dramático fue el despojo de garantías expeditas para efectivizar el derecho a la libertad personal. La Regeneración no alcanzó para que en Colombia se dotase a este derecho de un medio que lo hiciera real y efectivo, contra las arbitrariedades que pudiesen llegar a cometer las autoridades públicas. La Constitución de 1886 simplemente en su artículo 28 hizo su declaración sobre el derecho a la libertad<sup>40</sup>, pero en el inciso segundo el constituyente estableció una excepción concerniente a que:

“...aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública”.

Lo anterior se traducía en un medio de persecución política por parte del Gobierno en turno, ya que la norma no establecía un control que calificara como graves los motivos que adujera el Gobierno en cada oportunidad<sup>41</sup>. Recordando, con apoyo en SÁCHICA, que una Constitución “configura una estructura de poder, una organización normada que recoge de la comunidad que pretende ordenar elementos sociales, fuerzas políticas, instituciones culturales, relaciones económicas, que le son preexistentes”<sup>42</sup>, se entiende que la Constitución conservadora se planteara como un instrumento de lucha contra el enemigo, que primero fue el liberal y posteriormente el comunista, el socialista y cualquiera que reclamando justicia social pudiera socavar los beneficios de la oligarquía liberal y conservadora

---

39 ARDILA DUARTE, Benjamín. López Michelsen: Académico y demócrata. *En*: *Temas Socio-Jurídicos*, N° 55, 2008, p. 79.

40 “Aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado ex-post facto, sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose en pena correspondiente.”

41 Sería hasta el Acto Legislativo de 10 de septiembre de 1914, que se obligó al Gobierno a oír previamente el concepto del Consejo de Estado, el cual no lo obligaba.

42 SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Tercer mundo, Bogotá, 1978, p. 12.

gobernantes, con lo que aquella terminó sirviendo a quien estuviese entronado en el mando del Estado.

El principal embate que sufrió el derecho a la libertad lo constituyó el juzgamiento de civiles por tribunales militares, tradición inaugurada por el último gobierno de la Hegemonía Conservadora para sancionar a los trabajadores que no habían sido asesinados en la masacre de Las Bananeras, y seguido por los liberales tras el golpe de Pasto en 1944, y que se intensificaría al final del Frente Nacional, como una de las principales medidas adoptadas por el Presidente de la República, que encontró en el artículo 121 una preciosa herramienta para apuntalar al régimen en el poder de Colombia. La legislación dictada por el ejecutivo con fundamento en la declaratoria de Estado de sitio, abría la puerta al desconocimiento de las libertades y los derechos, convirtiéndose en una normatividad paralela con la que se destruían las grandes conquistas liberales, mediante disposiciones irracionales y contradictorias, que en lugar de aportar para la solución de los grandes conflictos sociales solo contribuía a agravarlos y reproducirlos. El juzgamiento de civiles por los militares se enmarcó dentro del desarrollo de la doctrina de la Seguridad Nacional, implantada por los Estados Unidos en América Latina como respuesta al surgimiento de numerosos grupos guerrilleros dentro de su territorio.

Sobre esta situación, el maestro Alfonso Reyes Echandía, en uno de sus últimos artículos publicados antes de caer víctima de la violencia del país, recalca lo singular de un proceso en el que:

“... el Juez de la causa es un comandante de unidad militar, y en la que el fiscal o acusador, los vocales o jueces de conciencia, el asesor jurídico y hasta el defensor de oficio, son subalternos del primero y nombrados por él; con un tal sistema de jerarquía piramidal es imposible esperar un proceso equilibrado y justo”<sup>43</sup>.

Y con sorna, ponía de presente que si lo que se buscaba con ello era hacer más expeditos los procesos penales, mejor valía acortar los términos judiciales de la jurisdicción ordinaria<sup>44</sup>.

Otro de los grandes penalistas colombianos del siglo XX, Luís Carlos Pérez, recalca en su defensa de los comandantes del M-19 Iván Marino Ospina y Álvaro Fayad Delgado que lo que tanto reprochaba el pueblo colombiano no era que la jurisdicción sobre los civiles fuese mal ejercida por los militares, sino que ellos no debían ejercerla, pues sencillamente los primeros no pertenecían al ejército, y los segundos no eran instruidos especialmente para ejecutar tal labor.<sup>45</sup>

43 REYES ECHANDÍA, Alfonso. Legislación y seguridad nacional en América Latina. *En*: Nuevo Foro Penal, N° 32, 1986, p. 149.

44 REYES ECHANDÍA, Alfonso. Los tribunales militares. *En*: 6 de Noviembre, N° 1, 1986, p.46.

45 PÉREZ, Luís Carlos. La guerrilla ante los jueces militares. Temis, Bogotá, 1987, p. 134 y s.s.



Bajo estas circunstancias, poco le quedaba por hacer al hábeas corpus, ya que el mismo ordenamiento jurídico permitía la afectación de la libertad de manera muy fácil y arbitraria, y sin que eso trajera un beneficio mayor al perjuicio que causaba, máxima que debe regir el ejercicio del *ius puniendi*.

Así, por ejemplo, al referido artículo 28 de la Constitución mediante el Acto Legislativo N°1 del 11 de diciembre de 1968 se le adicionó un inciso en el que se limitaba la facultad del gobierno allí contenida, en la medida en que “Transcurridos diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el Gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces competentes...”, sin que se dijera nada sobre un posible incumplimiento de dicho deber, situación esta que vino a ser remediada trece años después con el Decreto 3642 de 1981, que hizo posible el ejercicio del hábeas corpus siempre que al décimo día no se cumpliera con lo dispuesto en la reforma.

Inclusive, se llegó a regular esta acción constitucional a través de legislación de Estado de Sitio; así, por ejemplo, en virtud del Decreto Legislativo 182 del 27 de enero de 1988, se establecieron unas limitaciones cuando los procesados fuesen personas investigadas por narcotráfico, terrorismo, rebelión y secuestro, las cuales hacían prácticamente imposible que el hábeas corpus procediera, olvidando que “[l]a democracia no puede defenderse renunciando a sí misma”<sup>46</sup>. Así, la competencia solo se otorgaba a los jueces superiores que estaban en las sedes de los circuitos judiciales, se debía esperar a que el Ministerio Público rindiera su concepto –el cual era necesario para decidir, pero no obligaba al Juez–, y finalmente el operador judicial debía indagar en los organismos de seguridad la existencia de órdenes de detención existentes contra el privado de la libertad –lo cual daba margen a que si eventualmente no había una, se profiriese con prontitud–, lo cual podía demandar varios días, perdiendo el hábeas corpus su inmediatez, y dejando su impulso a autoridades administrativas<sup>47</sup>.

#### **2.4. La acción de pérdida de la investidura**

La ya anunciada falta de “representación” popular en la producción legislativa trató de ser remediada, a fin de que los congresistas recordaran las funciones y deberes que asumían al ejercer tal cargo público, por el mismo Congreso de la República, a través del Acto Legislativo N°1 de diciembre 4 de 1979, en cuyo artículo 13 se establecieron como causales para la pérdida de investidura de congresista la violación al régimen de incompatibilidades y de conflictos de interés, y la inasistencia a ocho sesiones en donde se votaran proyectos de ley, encomendándose al Consejo de Estado el conocimiento de estas causas. Sin embargo esta reforma fue declarada inexecutable en 1981, sin que se alcanzara a decretarse la pérdida de investidura contra algún congresista en el lapso en que estuvo vigente, debido a que nunca se determinó la legitimación para promover este trámite. Los congresistas fueron sagaces, pues fungiendo como miembros del constituyente derivado no dieron una

46 KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?, Op. Cit., p. 81.

47 POVEDA, Abelardo, POVEDA Alberto y POVEDA, Consuelo. El hábeas corpus en el ordenamiento jurídico colombiano. Doctrina y Ley, Bogotá, 2007, pp. 128 y s.s.

regulación completa desde un principio a esta figura, dejando algo tan importante, como el determinar la legitimación en la causa por activa, a una regulación posterior que debían expedir ellos mismos, ahora como integrantes del legislativo.

Que la pérdida de investidura se consagrare como una acción pública en la Constitución de 1991 se debe en gran medida a que en la Asamblea Nacional Constituyente no se hicieron presentes los “caciques” o “barones” electorales<sup>48</sup> y los eternos congresistas. Esta situación se debió a que los acuerdos políticos previos a la instalación de esta corporación, preveían que quienes fueren asambleístas no podrían ser candidatos a ninguna corporación pública entre 1992 y 1994, lo cual fue recogido en el artículo transitorio 2° de la Constitución. Ese miedo a quedarse sin remuneración por largo tiempo, posibilitó que dentro de la Asamblea se contase con muchos prohombres y personas que representaban a todos los sectores del país, quienes en pro de la transparencia y sirviendo de ejemplo establecieron en el artículo 9° del Reglamento de la Asamblea Constituyente, la posibilidad de perder su investidura de asambleístas por la violación al régimen de incompatibilidades y la ausencia a seis sesiones en donde se votaran los proyectos reformativos, la cual era decidida por el pleno de la Asamblea misma<sup>49</sup>. Y aunque no fue utilizada, los efectos de esta figura los padeció Francisco Maturana, asambleísta por la AD M-19 y ex entrenador de la selección nacional de fútbol, quien tuvo que renunciar pues no le admitieron votar vía fax desde España, al alistarse a recibir la dirección técnica del Real Madrid, lo cual nunca ocurrió<sup>50</sup>.

Sin embargo, esa docilidad ante el ejecutivo no la presentaba únicamente el Congreso, los jueces también fueron cómplices de este caos jurídico y afrenta contra los derechos del ciudadano. Esto es materia de la última de las causas que produjeron la debacle de las hoy acciones constitucionales.

### III.- EL FORMALISMO JUDICIAL

Que la cultura jurídica nacional ha sido marcadamente formalista es algo que no causa sorpresa. Y es que la práctica judicial durante el siglo XX –hasta antes de la Constitución de 1991– básicamente denota la preferencia a la aplicación irrestricta de las reglas jurídicas y un temor, desdén, ignorancia o desconfianza a “ascender” hasta los principios e incluir en el razonamiento jurídico elementos valorativos, y que hermenéuticamente se traduce en la exégesis.

#### 1.- La Corte Suprema como espejo

En síntesis podría decirse que tal situación, durante la Constitución de 1886, se debió a dos razones: (i) una, política, que advierte sobre una interpretación y

48 Término coloquial para referirse a los políticos que cuentan con una estructura muy eficiente para conseguir votos sin ningún compromiso político con sus electores.

49 GACETA CONSTITUCIONAL N° 3. Bogotá, miércoles 6 de febrero de 1991, p.8.

50 Su escueta carta de renuncia se encuentra en GACETA CONSTITUCIONAL N° 84. Bogotá, martes 28 de mayo de 1991, p.39-40.

aplicación del derecho en función de los intereses de las élites políticas, y (ii) otra estrictamente técnica, referida a la formación jurídica de los partícipes en la escena jurídica nacional, que supo transformarse según las circunstancias para subsistir.

Sobre lo primero hay que recordar que “la interpretación constitucional [y del derecho constitucional] queda condicionada por la concepción ideológica que la inspira”<sup>51</sup>. Al instaurarse social y normativamente la exclusión, el odio, el ataque a la diferencia y la excesiva centralización del poder político como ideas caracterizantes del ejercicio del poder público en el lapso comprendido entre 1886 y 1991, la jurisprudencia colombiana, como un espejo, no podía más que reflejar dicha situación.

Al respecto es muy dicente el discurso pronunciado por Alfonso López Pumarejo, siendo Presidente de la República, el 17 de agosto de 1934 ante la Corte Suprema de Justicia. Sobre el particular dijo<sup>52</sup>:

“Nuestros jueces quisieron defenderse de la influencia política del Ejecutivo y buscaron asilo en una aplicación deshumanizada y fría de la ley. Las interpretaciones vivas, elásticas, comprensivas de los preceptos constitucionales y legales no pueden prosperar en un ambiente de presión ejecutiva (...) Para que haya una justicia inteligente, que busque siempre adaptarse a los hechos sociales, es necesaria una atmósfera de libertad judicial que no ha existido entre nosotros.”

Y en verdad, su Gobierno propició uno de los más prolíficos episodios de antiformalismo colombiano del siglo XX: la *Corte de Oro* que de la mano de la escuela de la libre investigación científica de François Gény revitalizarían el Código Civil. Sin embargo, la modernización del derecho público promovido por el Presidente descollaría principalmente en lo referente a la estructura del Estado. La importancia de la protección de los derechos fundamentales, como eje central de derecho constitucional, se desarrollaría en la segunda posguerra en el contexto europeo, y solo llegaría a Colombia casi 50 años más tarde.

A pesar del descontento de la principal baza de la Escuela del Tolima, ese linaje pasivo o conveniente del poder judicial frente a lo “político” constituiría la impronta que marcaría a la jurisprudencia patria hasta 1991. Con esto no se quiere decir que la Corte interpretara la Carta de 1886 en contra de su espíritu o de su letra, sino que en su ejercicio de guardián de la Constitución dejó al ciudadano a merced de la legislación del Estado de Sitio y reafirmó la dictadura con la que sucesivamente se gobernó en Colombia.

Así, para poner un ejemplo, cuando a revisión Constitucional de la Corte Suprema se sometieron decretos de Estado de Sitio<sup>53</sup>, en los que se otorgaba a la jurisdicción

---

51 SÁCHICA, Luís Carlos. El control de constitucionalidad y sus mecanismos, Op. Cit., p. 14.

52 PUMAREJO LÓPEZ, Alfonso. Obras Selectas Tomo I. Cámara de Representantes, Bogotá, 1978, p. 14.

53 El artículo 42 del Acto Legislativo 01 de 1968 le agregó un párrafo al artículo 121 de la Constitución de 1886, en virtud del cual el Gobierno Nacional debía enviar a la Corte al día

militar la competencia para juzgar a civiles (Decretos 254 y 271 de 1971 y Decreto 1042 de 1984), se restringía gravemente la libertad de locomoción (Decreto 253 de 1971), se ordenaba un toque de queda general (Decreto 251 de 1971) y se creaba esa legislación penal para el enemigo a través del Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978), de manera insistente expresó, en sentencias que algunas veces no superaban dos páginas de extensión, que los derechos y garantías establecidas en la Constitución regían en la normalidad, pero que cuando se declaraba el Estado de Sitio aquellos podían restringirse e inclusive negarse siempre que así lo considerase conveniente el Gobierno Nacional y que las medidas adoptadas guardasen un vínculo con las causas que motivasen la declaratoria<sup>54</sup>.

## 2.- La acción popular

De cómo y por qué la cultura jurídica colombiana ha sido formalista es algo en lo que Diego López Medina ha trabajado hondamente<sup>55</sup>. En tal tradición la escuela de la exégesis constituye uno de los capítulos más trascendentales, que, como fruto de la Revolución Francesa, especialmente del principio de la separación de poderes, plantea, en oposición a lo acaecido en *L'Ancien Régime*, que la interpretación de las normas jurídicas corresponde únicamente al legislador, por lo que ante la ausencia de leyes interpretativas, "la indagación hermenéutica se limita a encontrar la pretendida '*voluntad del legislador*' mediante la utilización de técnicas analíticas, dando prevalencia al argumento de autoridad, y construyendo ficciones para superar los vacíos normativos"<sup>56</sup>. Pero adviértase lo siguiente: mientras la exégesis en Francia se concibió como una garantía de libertad para los liberales, en Colombia por el contrario posibilitó el mantenimiento de un Estado represivo.

Una técnica del método exegético, consiste en el estudio del trámite legislativo de la ley y de sus antecedentes de la normatividad, y fue utilizada por la Corte Suprema de Justicia para establecer el alcance de la acción popular prevista en el artículo 1005 del Código Civil. En 1947 la Sala de Negocios Generales de esta corporación consideró que la acción del artículo 1005<sup>57</sup> solo procedía contra particulares, fundamentándose en el origen español de la disposición<sup>58</sup>, puesto que nunca se había concebido para la reparación o demolición de obras cuyo dominio fuera público. Sobre el particular solo precisó que si la ruina de las obras causaban daños,

siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dictase en uso de las facultades del Estado de Sitio, para que aquella se pronunciara sobre su constitucionalidad.

54 Ver por ejemplo Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 15 de Febrero de 1973 (M. P. Luis Sarmiento Buitrago).

55 LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Op. Cit., pp. 130 y s.s.

56 GÓMEZ SERRANO, Laureano. Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Temas Socio-jurídicos, N° 55, 2008, p. 20.

57 ARTÍCULO 1005. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados (...).

58 De la Ley X del Título XXXII de la Tercera Partida de Alfonso X el Sabio

el afectado tenía a su disposición la “acción de responsabilidad por culpa” para el resarcimiento de los perjuicios causados<sup>59</sup>. Prefiriendo el desagravio sobre la prevención y restringiendo la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la administración, la Corte Suprema garantizó la ya aludida relación vertical del ejercicio del poder público.

Y la Corte erraba, incluso, en su exégesis, pues la existencia de acciones populares en el Código Civil chileno (el artículo 1005 colombiano es una copia del 948 austral) muestra la fuerte influencia de la legislación española en Bello al momento de configurar su código civil, la cual lo desata un poco del marcado individualismo del *Code Napoléon* en donde, como todos los códigos europeos del siglo XIX, tras la creación de los Estados Nacionales lo público se transformó en lo estatal, y el Estado se separó de sus ciudadanos, con lo que lo público era asunto (exclusivo) del primero y no de los segundos, que veían reducida su participación a solo poder elevar, en algunos casos, simples denuncias o derechos de petición, con lo que la fundamentación del derecho romano, del cual claramente provenía el derecho español<sup>60</sup>, según la cual el interés público correspondía a todos los ciudadanos<sup>61</sup>, se perdió a causa de la ignorancia de los magistrados.

Así mismo, la Corte en 1946 también restringió el alcance de la acción popular. Aquella vez se le presentó un caso peculiar: el demandante ante la venta de una calle por parte de un Alcalde a una empresa, decidió promover la acción popular a fin que se declarase dueña a la Nación y se restituyese el uso público sobre el mismo. La Corte despachó desfavorablemente las pretensiones del demandante, debido a que él no podía usurpar la representación de los intereses de la Nación, puesto que “la acción popular tiene por fundamento la protección de un interés general, que es la seguridad de los transeúntes por caminos plazas u otros lugares de uso público, y el propio interés del vecino que lo propone, transeúnte, e interesado en el bien colectivo” y nada más, pues “[c]on la acción popular se protege la vida de los transeúntes y no los derechos reales que la Nación tenga sobre bienes de uso público<sup>62</sup>”. Este caso, bastante particular, muestra la necesidad de contar con una

59 Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. M.P.: Ramón Miranda. Sentencia del 06 de agosto de 1947, Gaceta Judicial, Tomo LXIII, pp. 244 a 246.

60 Sobre la influencia del derecho español en Bello para la elaboración de su Código Civil, Edmundo Harker señala que “La reflexión de la antigua legislación hispánica en el Código de Bello es también manifiesta, porque su redactor era amplio conocedor de tal derecho y de las leyes de Indias, gustando mucho del arcaico lenguaje en que fueron dispuestas. Por ello se preocupó de conservar muchas de las reglas jurídicas contenidas en las Siete Partidas y la Novísima Recopilación, como se demuestra de las múltiples soluciones casuísticas que recogen los usos y costumbres del derecho español antiguo...”. HARKER PUYANA, Edmundo. Génesis y Prognosis del Código Civil. En: Publicación Científica de la Facultad de Derecho, N° 1, 1973, p. 26.

61 DELGADO SCHNEIDER, Verónica. El principio de la protección legal de la vida y la salud del *nasciturus* y la acción popular en el modelo de Andrés Bello. En: Revista de Derecho Privado, N° 12-13, 2007, p. 106.

62 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Tulio Gómez Estrada. Sentencia del 01 de octubre de 1946. Gaceta Judicial, Tomo LXI, pp. 834 a 838.

herramienta procesal propia para la protección del espacio público, pues ciertamente esperar a que la Nación se hiciera cargo de un problema como el planteado por la demanda es un despropósito, lo cual solo se solucionaría mediante la Ley 9 de 1989<sup>63</sup>.

#### IV.- QUÉ SUBSISTE

Y todo lo hasta aquí dicho no sería importante, si muchos de los factores políticos, históricos y sociales que aquejaron a las hoy acciones constitucionales no se siguen cerniendo hoy día sobre ellas bajo otros ropajes. Así:

- Es cierto que hoy no se puede apresar sin orden judicial a un opositor, pero sí se le interceptan sus comunicaciones y se le espía con saña; como tampoco que los militares pueden juzgar penalmente a civiles, pero sí los asesinan extrajudicialmente. Esto último se ha dado bajo dos propósitos esenciales: (i) eliminar al enemigo político y social<sup>64</sup>, (ii) obtener ascensos y reconocimientos militares, inflando con civiles sin ninguna vinculación con el conflicto armado interno, el número de bajas de subversivos en combate<sup>65</sup>.
- A pesar de que el Presidente de la República no nombra a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se les ha atacado y amedrentado cuando el sentido de sus fallos no se acomoda a sus intereses o a los de sus allegados. Situación vivida bajo el segundo periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en especial los de su Sala Penal, a raíz del descubrimiento de relaciones de miembros del Gobierno y de Congresistas oficialistas con grupos paramilitares, y de actos de corrupción<sup>66</sup>.
- El Presidente tampoco tiene la potestad de nombrar gobernadores o influir en la escogencia de los alcaldes por estos, pero intervienen en asuntos de competencia exclusiva de los entes territoriales.
- Hoy también puede ser que no se suspenda la Constitución, so pretexto de protegerla, y establezcan largos periodos de un Estado de sitio, pero se reforma a tal punto que no pocos anhelos del constituyente primario han terminado

63 Ley 9 de 1989. Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones. Enero 11 de 1989. DO. N° 38650. “Artículo 8°.- Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil”

64 Como ejemplos se tienen las condenas proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado colombiano por el asesinato de Jesús María Valle Jaramillo (Sentencia de 27 de noviembre de 2008) y Manuel José Cepeda Varga (sentencia de 26 de mayo de 2010).

65 Actualmente no hay cifras oficiales que precisen la cantidad de las ejecuciones extrajudiciales, pero las pesquisas más pesimistas hablan de por lo menos un millar.

66 Por ejemplo, actualmente se sigue una causa penal por el espionaje llevado a cabo en contra de esta Sala por el ya extinto Departamento Administrativo de Seguridad.

desvertebrados y sustituidos por otros bien diferentes. En 2012, se han expedido 35 Actos Legislativos reformatorios de la Constitución, siete de los cuales se expidieron el año anterior, sin un enfoque común, de manera improvisada y propiciados por intereses coyunturales. Las principales han introducido o lo quisieron:

- (i) la reelección presidencial inmediata (A.L. 02 de 2004),
- (ii) la elección del Consejo Nacional Electoral por el propio Congreso (A. L. 01 de 2003),
- (iii) la extradición de nacionales (A.L. 01 de 1997),
- (iv) el desmonte del principio de mérito para acceso al empleo público (A.L. 01 de 2008 y 04 de 2011 declarados inexecutable por la Corte Constitucional),
- (v) la inclusión del principio de sostenibilidad fiscal como requisito para el cumplimiento de las sentencias judiciales (A.L. 03 de 2011),
- (vi) el Estatuto Antiterrorista que le otorgaba funciones de policía judicial a las fuerzas militares, y autorizaba detenciones, allanamientos e interceptación a comunicaciones sin orden judicial previa (A.L. 02 de 2003 declarado inexecutable por la Corte Constitucional)

Lo que sí se ha dejado atrás es el formalismo judicial, propiciado especialmente por el activismo con el que la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado su función de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución. Y es que la existencia de la jurisdicción constitucional no responde a más que ahondar en el esfuerzo, que desde hace cuatro siglos compromete al hombre occidental, de la protección de sus derechos e intereses. Si la separación de poderes en principio sirvió para descolocar el poder público de una sola persona, pero fracasa cuando cualquier funcionario, así sea el de menor jerarquía, utiliza lo poco o mucho del poder público que le ha sido otorgado para beneficiarse de él. Esa confianza política puesta en primer momento en la sola legislación y en el hombre mismo resultó excesiva, por lo que nuevas instituciones y herramientas son necesarias para responder a las posteriores necesidades.

Ellas son muestra de una nueva confianza en la institucionalidad que demanda la regulación del poder público en la Constitución. Se confía en unos sujetos imparciales –los jueces– la resolución de los conflictos que surjan en la interpretación y aplicación de las funciones públicas ajenas, para lo cual se instituye un órgano de cierre que funja de guardián de lo querido por el pueblo. Y las acciones constitucionales reafirman ahora, como hace dos siglos, que el ser humano es el fin último del Estado.

Según la Constitución el Juez no se puede contentar ya con ser un cultor de la ley, sino como un medio para la realización de la justicia. Ha sido una labor ardua que hoy no está concluida, pero al contrario de ayer se tienen buenas expectativas. Lo anterior ha sido posible gracias a la recepción de teóricos extranjeros como Alexy, Dworkin, Ferrajoli, Atienza y otros con los cuales se ha entendido que el derecho no está compuesto únicamente por reglas – por lo que el razonamiento jurídico no se agota en ellas–, que el Juez debe tomar una posición política para defender los

derechos fundamentales, y que en la argumentación jurídica se haya la herramienta precisa para controlar el extenso poder que subyace en la judicatura.

Sin embargo, estas actuaciones no han calado de buena forma en aquellos que han querido ver falacias en lugar de derechos, esto es “todos cuantos han deplorado el desmoronamiento del formalismo legalista que campeaba en el sistema jurídico anterior a la Constitución [de 1991], en el que los derechos se protegían únicamente en la medida de la ley y de los actos administrativos”<sup>67</sup>, y a pesar de que las acciones constitucionales hasta hace poco habían permanecido incólumes frente al reformismo. Así, Herreño Hernández precisa los puntos en los que se centraba el anhelo uribista de reforma judicial durante el periodo presidencial de 2002-2006<sup>68</sup>:

- a. Se suprimía la protección por vía de tutela de los derechos económicos y sociales, con lo que la fundamentalidad se reducía a los derechos civiles y políticos.
- b. Se suprimía la tutela contra decisiones judiciales.
- c. Se excluía el control material de la declaratoria de los Estados de excepción, quedando solo el político a cargo del Congreso de la República<sup>69</sup>.
- d. Se prohibían las sentencias de constitucionalidad condicionadas y modulativas, con lo que la Corte Constitucional fungiría como un legislador negativo puro.
- e. Los fallos que implicarán gastos públicos –en especial aquellos referidos a derechos sociales– debían ser reconsiderados a solicitud del Gobierno Nacional. (En buena medida esto se recogió en el Acto Legislativo 03 de 2011.
- f. Se establecía el término de un año, como caducidad para acatar por vía de acción las leyes, y en algunas ocasiones era necesaria una mayoría calificada para declarar su inconstitucionalidad.

Al terminar estas líneas, hace falta un debate para que se apruebe un nuevo acto legislativo reformatorio de la Constitución, específicamente a la administración de justicia, que se ha publicitado como el adalid para “reducir la morosidad y dilación de los procesos judiciales y así contribuir de manera efectiva a la descongestión de los despachos judiciales”, y “para contrarrestar y evitar la politización de la justicia”

67 BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. 8ª Reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 18.

68 HERREÑO, Ángel Libardo. *Las reformas a la justicia constitucional y los derechos sociales*. En: *Estado de Derecho y Sentencias Judiciales*. Instituto Latinoamericano de Servicios Judiciales Legales Alternativos, Bogotá, 2007, pp, 77 a 124.

69 Cuatro días después de asumir la Presidencia de la República, Álvaro Uribe Vélez a través del Decreto 1837 de 2002 declara el Estado de Conmoción Interior, y al ser sometido a control inmediato de constitucionalidad, el entonces Ministro del Interior y de la Justicia Fernando Londoño Hoyos –recientemente calificado como “una voz campeona de la democracia” por su exjefe–, muestra su extrañeza sobre el control material que la Corte Constitucional pretendía hacer, toda vez que se estaba frente a un acto político, y señalaba que tal era “la tesis que mantuvo la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Constitución de 1886, la cual coincide con la doctrina constitucional universal” Ver, Corte Constitucional. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-802 de 02 de octubre de 2002.



–otros prefieren hablar de la judicialización de la política–, y no siendo éste el espacio apropiado para calificar las medidas propuestas para garantizar a los colombianos el acceso a una justicia material, si es necesario recalcar las modificaciones que se plantean a la pérdida de la investidura:

- i) Ahora se plantea la suspensión de la investidura, con lo que la sanción que hoy día implica ya no será de por vida y se señala que para su tasación se debe atender al principio de proporcionalidad;
- ii) Expresamente se prevé que la conducta reprobada por el derecho, debe ser cometida con dolo o culpa:
- iii) Se establece un juzgamiento en dos instancias.

Y aunque la matización de la acción de la pérdida de la investidura propuesta resulta razonable, lo que no la hace admisible es que se incluya en una reforma que no fue planteada para ello, que se haga de espaldas al pueblo y que sea aprobada por 39 congresistas a quienes actualmente se le siguen procesos por esta causa.

Frente a esta reforma y cualquiera que se profiera para limitar las acciones constitucionales, podría afirmarse la tesis de la sustitución de la Constitución y de la consecuente incompetencia del legislador como constituyente derivado para hacerlo; sin embargo, ante tales fraudes constitucionales no solo se deben agotar las instancias judiciales, pues no se puede renunciar a que los sectores políticos sean garantes del poder confiado y sean ellos los primeros en respetar el esquema constitucional primigenio; y la calle y las plazas públicas son los escenarios naturales para esa lucha. De lo contrario, puede ser que la próxima vez que alguien quiera defender sus o nuestros derechos, no encuentre los medios jurídicos para cumplir su propósito.

Se responde pues el llamado hecho por el Dr. Laureano Gómez Serrano a no “dejarse atrapar en las ilusiones de un constitucionalismo ficticio, encubridor del autoritarismo y cómplice de poderes irreductibles que prefieren anegar en sangre a la sociedad, antes que ceder un ápice de sus privilegios”<sup>70</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARDILADUARTE, Benjamín. López Michelsen: Académico y demócrata. En: Temas Socio-Jurídicos, N° 55, 2008.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Marxismo y Filosofía del Derecho, Fontamara, México D.F., 2004.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. El silencio del emperador: Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

70 GÓMEZ SERRANO, Laureano. El control constitucional en Colombia – Evolución Histórica. Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 2001, Op. Cit., p.10

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. 8ª Reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008

CAMARGO, Pedro Pablo. La dictadura constitucional y la suspensión de derechos humanos, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1975.

CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-802 de 02 de octubre de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C-324 de 13 de Mayo de 2009

CONSEJO DE ESTADO. C.P. Andrés Holguín. Sentencia del diecinueve de abril de 1969. Anales del Consejo de Estado, Tomo 76, pp. 195 a 199.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M.P.: Tulio Gómez Estrada. Sentencia del 01 de octubre de 1946. Gaceta Judicial, Tomo LXI, pp. 834 a 838.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales. M.P.: Ramón Miranda. Sentencia del 06 de agosto de 1947, Gaceta Judicial, Tomo LXIII.

DELGADO SCHNEIDER, Verónica. El principio de la protección legal de la vida y la salud del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello. En:, Revista de Derecho Privado, N° 12-13, 2007,

DÍAZ, Pedro Agustín. La Constitución política colombiana (1991). Proceso, estructura y contexto. Temis, Bogotá, 1993.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Legislación y seguridad nacional en América Latina. En: Nuevo Foro Penal, N° 32, 1986.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Los tribunales militares. En: 6 de Noviembre, N° 1, 1986.

GACETA CONSTITUCIONAL N° 3. Bogotá, miércoles 6 de febrero de 1991.

GACETA CONSTITUCIONAL N° 84. Bogotá, martes 28 de mayo de 1991.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. El control constitucional en Colombia – Evolución Histórica. Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 2001.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Temas Socio-jurídicos, N° 55, 2008.

GONZÁLEZ JÁCOME, Juan. Entre la ley y la Constitución: una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

HAMILTON, Alexander, JAY, John y MADISON, James. El Federalista, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1957.

HARKER PUYANA, Edmundo. Génesis y Prognosis del Código Civil. En: Publicación Científica de la Facultad de Derecho, N° 1, 1973.

HERREÑO, Ángel Libardo. Las reformas a la justicia constitucional y los derechos sociales. En: Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Instituto Latinoamericano de Servicios Judiciales Legales Alternativos, Bogotá, 2007

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?, Distribuciones Fontamara, México D.F., 2005.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Declaración de guerra contra el Estado de derecho. En: Nuevo Foro Penal, N° 48, Bogotá, 1990.

LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Legis, Bogotá, 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego. La letra y el Espíritu de la Ley. Universidad de Los Andes y Temis, Bogotá, 2008.

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. El presidencialismo excesivo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Introducción al estudio de la Constitución de Colombia. 3ª Ed., Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1983.

NÚÑEZ, Óscar Alarcón. La cara oculta de la Constitución del 91. Editorial Planeta, Bogotá, 2011.

OLIVAR BONILLA, Leonel. Derecho penal militar: Aspectos de actualidad, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1980.

ORTEGATORRES, Jorge. Código Civil, Temis, Bogotá, 1957.

PABÓN NUÑEZ, Lucio. Centenario de la Constitución de 1886, 1986.

PÉREZ, Francisco de Paula. Derecho constitucional colombiano, Ediciones Lerner, Bogotá, 1962.

PÉREZ, Luis Carlos. La guerrilla ante los jueces militares. Temis, Bogotá, 1987.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. La superstición codificada. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

POVEDA, Abelardo, POVEDA Alberto y POVEDA, Consuelo. El hábeas corpus en el ordenamiento jurídico colombiano. Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

LÓPEZ PUMAREJO, Alfonso. Obras Selectas Tomo I. Cámara de Representantes, Bogotá, 1978.

RESTREPO, Giovanni. El fin de la hegemonía. En: 50 días que cambiaron la historia de Colombia, Planeta y Semana, Bogotá, 2004.

RODRIGUEZ, Jaime Enrique. Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia 1811-1194, 1° Ed., Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, 1994.

SÁCHICA, Luís Carlos. El control de constitucionalidad y sus mecanismos, Tercer mundo, Bogotá, 1978.

SANTOS BALLESTEROS, Iván. Las acciones populares en la constitución nacional y en el derecho privado. En: Temas Socio-Jurídicos, N° 25, 1992.

SARRIA, Eustorgio. Derecho administrativo colombiano: general y especial, Bogotá, 1984.

TRUJILLO ARANGO, Álvaro. Medidas de Aseguramiento y Habeas Corpus, 1ª Ed., Jurídica de Colombia, Medellín, 1990.

CEPEDA ULLOA, Fernando. La pérdida de investidura de los congresistas en Colombia: análisis de la causal relativa al conflicto de intereses como instrumento para luchar contra la corrupción. Organización de los Estados Americanos y Banco Interamericano de Desarrollo, 2003. <<http://www.oecd.org/dataoecd/4/27/31571613.pdf>>, [Citado en 07 de enero de 2012].

Aspectos conceptuales  
y metodológicos del  
nuevo institucionalismo:  
Aproximaciones desde  
la historia política

Adaulfo Enrique Mendoza



**ASPECTOS CONCEPTUALES Y METODOLÓGICOS DEL  
NUEVO INSTITUCIONALISMO: APROXIMACIONES DESDE  
LA HISTORIA POLÍTICA**

**AUTORES:** Adulfo Enrique Mendoza  
**FECHA DE RECEPCIÓN:** enero 27 de 2012  
**DIRECCIÓN:** [emendoza545@gmail.com](mailto:emendoza545@gmail.com)

**RESUMEN:** El texto que se ofrece a continuación se ha estructurado en función del estudio de dos momentos claves en la configuración del institucionalismo. En un primer momento se retoman las iniciales ideas de Veblen, Commons y Mitchell, buscando identificar en ellas el tópico que las conecta con el proceso de construcción de este marco analítico. En un segundo momento, se examina cómo la ideas de los protoinstitucionalistas mencionados, son retomadas por Coase, Williamson y North en tiempos y contextos relativamente lejanos a los que se plantearon los primeros enfoques, dándole forma a un enfoque analítico concebido para afianzar el rol de las organizaciones y promover la eficiencia en las transacciones sobre las que descansan el bienestar social, la transparencia política y el desarrollo económico.

**PALABRAS CLAVES** Institucionalismo, Origen y evolución, Conceptos fundamentales, Aspectos metodológicos.

**ABSTRACT:** The text has been written to identify the most important authors of institutionalism. So are two key moments in its configuration. First takes up the initial ideas of Veblen, Commons and Mitchell, to identify them your thoughts and input. After examining their ideas are taken up by Coase, Williamson and North in relatively distant times and contexts to which the first ideas were raised.

**KEY WORDS:** Institutionalism, History, Basic concepts, Methodological principles

# Aspectos conceptuales y metodológicos del nuevo institucionalismo: Aproximaciones desde la historia política

---

Adaulfo Enrique Mendoza\*

## 1. LA CONFIGURACIÓN DEL MODELO INSTITUCIONAL

*“Dice la Biblia que los pecados de los padres os visitarán durante siete generaciones. El versículo se refiere obviamente no a los individuos sino a los pueblos y reconoce el efecto negativo duradero de los falsos senderos de la acción colectiva. Aunque no hay fatalismo histórico que pese sobre pueblo alguno, no es cierto que pueda hacerse tabla rasa del pasado. La historia no anula nuestra libertad, ni nuestra consiguiente responsabilidad moral; pero sí la condiciona al enmarcar su ejercicio en el sistema de constricciones e incentivos que son las instituciones de cada país. Esta es la idea general que expresa el concepto de "path dependence", formulado por North, y que traduciremos por "pauta de dependencia". En particular, North ha aplicado este concepto a la explicación de las diferencias económico-sociales observables entre Inglaterra-Estados Unidos, de una parte, y España-Portugal-América Latina, por otra. Su tesis, que es ampliamente aceptada, atribuye estas diferencias a la distinta pauta de dependencia institucional históricamente desarrollada en uno y otro caso”*

PNUD - Red para la Gobernabilidad y el Desarrollo en América Latina, 1998.

## 2.1. INTRODUCCIÓN

**T**

al como lo expresa el epígrafe, hoy en día resulta imposible negar el peso de lo que tradicionalmente ha sido llamado como estructura social, en

---

\* Candidato a Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Historia Política de la Universidad Industrial de Santander, Especialista en Educación de la Universidad Autónoma de Bucaramanga en convenio con la FIPCAM. Docente del Dpto. de Estudios Socio humanísticos de la UNAB. Investigador con proyectos activos en los grupos de *Ciencia Política* adscrito al Instituto de Estudios Políticos y *Transdisciplinariedad, cultura y política*, de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.



alusión a la forma la forma en que los grupos humanos manejan sus asuntos. Esas estructuras han tenido a lo largo de la evolución humana un alto impacto en los niveles de desarrollo alcanzado por los países y en la forma en que resuelven sus conflictos.

El presente artículo muestra en una larga perspectiva los ejes conceptuales y metodológicos que han incidido en la configuración del *Institucionalismo*, enfoque que si bien surgió en la economía de los EUA, ha generado nuevos escenarios epistémicos e investigativos en la Sociología, la Historia y la Ciencia Política, que invitan a considerar el peso de las organizaciones formales e informales en la actualización de los pactos políticos, la eficiencia organizacional y las condiciones asumidas para lograr el desarrollo económico. La nueva lectura de la realidad social, derivada del Institucionalismo, tal como lo sugieren Powell y Dimaggio, está centrada en el reconocimiento de que las instituciones estructuran la vida social y dejan una honda huella en la vida de las comunidades, en la medida en que “*no sólo moldean las estrategias sino que definen también los objetivos y encarrilan las situaciones de cooperación y conflicto.*”<sup>1</sup>

El texto que se desarrolla a continuación indaga el contexto y los aportes de una lista de intelectuales, auténticos gestores de este novedoso enfoque, intentando llegar al *quid* de sus reflexiones e identificar de esta manera el génesis de los conceptos y principios de este novedoso marco analítico.

## 2.2. MIRADA A LA PRIMERA GENERACIÓN: VEBLEN, COMMONS Y MITCHELL

Al hablar de los orígenes del Institucionalismo, necesariamente se encuentra en Thorstein Veblen la figura que aparece vinculada con los fundamentos de este novedoso enfoque. Nacido en 1857, en *Manitowoc*, ciudad del condado del mismo nombre, ubicada en el costado oriental de actual Estado de Wisconsin, hijo de inmigrantes noruegos, miembro de un austero hogar y autor en 1899 del libro *Teoría de la clase ociosa*, obra en la que nuestro personaje cuestionaba la ostentación y el exagerado consumo de las sectores más pudientes de los Estados Unidos, siendo ese uno de los aspectos que mejor ha reflejado su espíritu contradictorio, el cual encontró nuevos aspectos en el transcurso de su vida que convirtió en objeto de crítica: Cuestionó la forma en que las grandes corporaciones imponían sus intereses, especialmente en la toma de decisiones de la esfera política. Sostuvo siempre una gran aversión hacia el hedonismo de sus compatriotas en tanto esto era un comportamiento basado en la satisfacción instintiva de las necesidades, sin que ese proceso estuviera mediado por la reflexión. Reaccionó ante la *microeconomía marshalliana*, mostrándose partidario de separar el mundo de los negocios de los abstractos y figurativos postulados económicos de los clásicos liberales.

Su contexto intelectual caracterizado precisamente, por el predominio de las grandes abstracciones no solo en Economía, también en Filosofía, con *Hegel* y *Sociología*, con *Comte*, lo llevaron a encontrar en la intervención del Estado una

<sup>1</sup>POWELL, WALTER y DIMAGGIO, Paul J (Compiladores) El Nuevo Institucionalismo en el Análisis Organizacional. Fondo de Cultura Económica. México, 1999

forma eficiente de neutralizar los desmesurados apetitos corporativos de las grandes empresas y reducir de esa manera el alto poder regulador del mercado. En relación al hedonismo y a la satisfacción instintiva de necesidades consideradas por él, como superfluas, siempre insistió en que esto podía ser minimizado por la promoción de elecciones mediadas por la razón.

Atendiendo el propósito de articular los eventos que hicieron posible la configuración de este marco analítico, juega un papel importante su propuesta de lograr que la economía emulara a la biología evolutiva, al plantear como deseable, que la primera de las disciplinas mencionadas garantizara que los aprendizajes logrados por las personas y eventualmente las organizaciones, superaran su propia existencia a través de las instituciones, las cuales, siguiendo el ejemplo de la biología darwiniana, propiciarán la transmisión de los conocimientos adquiridos, impulsando de esta manera una comprensión histórica de la realidad, caracterizada por la aceptación del cambio y el aprendizaje acumulativo.

El caso de *Jhon Commons*, nacido en 1862 en *Hollansburg (Ohio)* y fallecido en 1945 *Fort Lauderdale (Florida)* tuvo el privilegio de aportar su multidisciplinaria visión de la realidad a través de la gestión de reformas legales para mejorar las condiciones de los trabajadores de los EUA, especialmente a través del fortalecimiento de los sistemas de seguridad social.

Desde la perspectiva de la configuración del institucionalismo, sus aportes han estado relacionados con los derechos de propiedad y el análisis de las organizaciones y su impacto sobre el ámbito legal y económico. Es desde esa perspectiva que surge su original concepción sobre las instituciones, las cuales fueron definidas por él, como el *resultado de procesos formales e informales para la resolución de conflictos*. Tal como lo hiciera *Veblen* cuando cuestionó la adopción ciega de los parámetros abstractos de la economía, *Commons* también vio en esta tendencia un riesgo para la producción, distribución y consumo de bienes y en general para la sociedad en su conjunto, ya que mientras la construcción ideográfica sobre la realidad miraba procesos armónicos, las personas y los agentes económicos veían una gran cantidad de intereses opuestos entre sí, generadores de conflictos, circunstancia que lo llevó a plantear la introducción de acciones colectivas, emprendidas por las empresas, los sindicatos o los gremios; validando de esta manera las reglas institucionalizadas ideadas para regular el comportamiento de los agentes económicos, especialmente en periodos de escasez de recursos.

Según *Malcolm Rutherford*<sup>2</sup>, su clasificación como institucionalista, se debe a las ideas expresadas en su libro *The Legal Foundations of Capitalism*, publicado en 1924, en el que mostró dos aspectos estrechamente vinculados con el valor de las instituciones: El primero de ellos fue su propuesta sobre la capacidad del poder legislativo y los tribunales cada vez que intentan resolver problemas surgidos en la

---

<sup>2</sup> RUTHERFORD, Malcolm. La economía institucional: antes y ahora. En: *Análisis Económico* (Vol. VXIII, # 38. México D.F, 2003. Pág.17

interacción social, en la medida que actúan amparados por la ley como resultado de largos procesos de resolución de conflictos. El segundo aspecto lo mostró asociado al concepto de *transacción*, el cual ya tenía unos referentes importantes en *Veblen* y la *Escuela Histórica Alemana*.

*George Mitchell*, nacido en *Rushville (Illinois)* el 5 de agosto de 1874 y fallecido el 29 de octubre de 1948 en *Nueva York*. Aparece como defensor de la idea de que son las instituciones las que generan las regularidades en el comportamiento de las personas. Su interés con esta afirmación era defender la idea de que el institucionalismo era más riguroso que la ortodoxia económica, en la medida en que sus afirmaciones tenían un sólido respaldo de información estadística, tal como lo mostró con su sistemático estudio sobre los ciclos económicos como eventos estrechamente relacionados con los patrones de comportamiento impulsados por las instituciones de una economía basada en la moneda como patrón de cambio.

Para *Geoffrey M. Hodgson*<sup>3</sup>, las apreciaciones sobre el antiguo institucionalismo como una construcción pobre desde el punto de vista teórico y netamente descriptivo resultan inapropiadas, si se tienen en cuenta cada uno de los pioneros de esta vertiente, aportó elementos lógico - deductivos con un gran valor analítico. En este sentido vale la pena reconocerle a *Veblen* su producción literaria sobre las relaciones entre economía y biología, factor clave para sustentar la necesidad de contar con entes capaces de asimilar y transmitir información de una generación a otra. A *Commons*, si bien tuvo unas relaciones políticas realmente intensas, resulta absurdo negarle la pertinencia de sus reflexiones sobre el valor de las transacciones. Ya veremos cómo *Oliver Williamson* las desarrolla y las incorpora como parte fundante de su esquema analítico, el cual giró también en torno a las transacciones. El estudio de *Mitchell*, sobre los ciclos económicos, si bien aparece como una construcción cuantitativa, no deja de tener un carácter predictivo.

Lo anterior permite insistir en que esta primera generación de institucionalistas no logró consolidar un núcleo temático común, en parte por que cada uno miró aspectos parciales del proceso económico.

Si quisiéramos formular un balance sobre la pertinencia de esta primera fase, de seguro podríamos reconocer como altamente significativo la permeabilidad que *Veblen*, *Commons* y *Mitchell*, sostuvieron en relación con los principios de la escuela histórica, en tanto esta corriente criticó la importancia que *Smith*, *Ricardo* y *Mill*, dieron a las generalizaciones. La actitud reacia del *historicismo* hacia la adopción ciega de postulados basados en abstracciones, omite el hecho de que las personas a través del tiempo transforman y se dejan transformar por las instituciones, imprimiéndole de esta manera un gran dinamismo a la evolución humana, el cual siempre resulta opuesto a los modelos cuando se conciben de manera estática o mecánica<sup>4</sup>

<sup>3</sup> El enfoque de la economía institucional, artículo publicado en la Revista Análisis Económico (Vol. V XI, # 33. publicación de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco. México D.F. 2001

<sup>4</sup> REIS MOURAO, Paulo. El institucionalismo norteamericano: Orígenes y presente. Vol. 9 N° 16. Universidad Externado de

### 2.3. LO NUEVO DEL NUEVO INSTITUCIONALISMO: AVANCES DE COASE, WILLIAMSON Y NORTH

A pesar de la notable figuración que alcanzó la primera generación de institucionalistas, estos fueron desplazados de la agenda económica por los postulados de la escuela *neoclásica*. Fue necesario, como lo plantea *Gonzalo Caballero*<sup>5</sup>, un nuevo contexto caracterizado por el posicionamiento del *individualismo metodológico*, el cual mostró la necesidad de poner nuevamente sobre el tapete la noción de *racionalidad* y la pertinencia de anteponer a las pretensiones universalistas de los postulados fundantes de la economía liberal, la relativización de las propuestas teóricas inspiradas en este paradigma.

Iniciemos esta mirada sobre la segunda generación, reconociendo las reflexiones de *Ronald Coase*, nacido en *Willensden (Reino Unido)* en 1910, premio Nobel de economía en 1991 y gestor durante toda su vida de la idea según la cual "solamente en un mundo hipotético en el cual los intercambios fuesen gratuitos, cabría esperar que se llevaran a cabo todas aquellas transacciones que permitieran mejoras paretianas de eficiencia"<sup>6</sup>, dando a entender con esto la complejidad que se puede presentar entre las partes interesadas en llegar a acuerdos, cada vez que requieran realizar una transacción. Para *Coase*, ese *mundo hipotético* está representado por la economía neoclásica de inspiración keynesiana y su reconocido equilibrio entre el Estado y el mercado como grandes agentes reguladores, lo cual ha sido asociado por interacciones de los agentes económicos alejados del conflicto en tanto el mercado si bien aparece como el gran ente regulador, es remplazado por el Estado en áreas y actividades en las que no se garantizaría el lucro; situación que asumida por el nuevo institucionalismo desde una postura que implica, según *Xosé Carlos Arias* y *Gonzalo Caballero*<sup>7</sup>:

- Reconocer que los mercados económicos se caracterizan por la presencia de costes de transacción positivos y que las instituciones determinan el volumen de esos costes.
- Aceptar que la procedencia de los costes de transacción provienen de múltiples circunstancias que conciernen a la formulación de los contratos, especialmente relacionados con su elaboración, información, medición, negociación y cumplimiento.

Siguiendo a los autores anteriormente mencionados, las dos circunstancias reseñadas traen a colación el hecho de que el nuevo institucionalismo adopta como uno de sus principios fundantes los avances logrados por la *Nueva economía de la información*, concediendo especial importancia a la asimetría que caracteriza a este tipo de procesos y que pueden propiciar que una de la partes intente sacar

---

Colombia. Bogotá, 2007. Págs. 316

5 ARIAS, Xosé Carlos y CABALLERO, Gonzalo. El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica. Artículo ubicado en [http://webs.uvigo.es/xcarrias/docs/research\\_archivos/libroBilbao.doc.pdf](http://webs.uvigo.es/xcarrias/docs/research_archivos/libroBilbao.doc.pdf). Pág. 6

6 Ídem. Pág. 4

7 Ídem. Pág. 5.

provecho aun sabiendo que afectará de manera negativa a la otra. La pertinencia de Coase se puede encontrar en que desnudó las flaquezas de la idea generalmente aceptada de que el precio era el juez natural de la oferta y la demanda, omitiendo los procesos generados en la empresa, ámbito en que "los recursos humanos y materiales se integran mediante el proceso de gestión y no vía precios<sup>8n</sup>", configurando así un escenario caracterizado por la constante interacción entre la empresa y el mercado.

Cuando *North* incorpora los planteamientos de *Coase* sobre los costes de transacción, las asocia con su célebre definición, según la cual: *Las instituciones son las reglas de juego que rigen el comportamiento de los sujetos, a los que proporcionan la estructura de incentivos para incidir sobre el valor de los costes de transacción*. Aplicado a la esfera económica, pero también a la política, esta asociación entre instituciones y bajos costes de transacción, caracterizada por la confianza entre las partes, la reducción de las posibilidades de que alguna de las partes salga negativamente afectada y por estimular la ejecución de contratos a largo plazo, es lo que permitiría hablar de una estructura institucional eficiente<sup>9</sup>.

Dejando atrás a *Coase* e ingresando a las reflexiones de *Williamson*, nacido en *Wisconsin* en 1932, y retomando como punto de referencia la propuesta de *Alejandro García Garnica, Arturo Lara Rivero y Eunice Taboada Ibarra*<sup>10</sup>, su propuesta puede ser entendida desde la perspectiva planteada por *Coase*, según las cuales, *las transacciones son el mecanismo más apropiado para reducir la incertidumbre entre los agentes del mercado*. El paso que *dio Williamson* consistió en multiplicar los tipos de transacciones y proponer en consecuencia que los costos de cada una de ellas, siempre serán inherentes a las formas seleccionadas. Lo cual implica: "tener presente los atributos observables de la transacción, los factores de comportamiento causantes de la aparición de las fricciones transaccionales y de relacionar la incidencia de estas últimas en las estructuras institucionales. Entre éstas últimas, además de considerar la posibilidad de realizar las transacciones interna o externamente, incluyó la posibilidad de hacerlo de manera *híbrida*, esto es, en una gama de formas de organización intermedias entre el mercado y la jerarquía."<sup>11</sup>

La complejidad del asunto tratado por *Williamson*, permite entrever que su intención era cuestionar la idea de que las relaciones contractuales integran algo más que mercados por un lado y organizaciones jerárquicas por otro, mostrando cómo, ante la pluralidad de opciones, la reducción en los costos de transacción es un resultado al que se puede llegar, teniendo en cuenta la elección entre una forma u otra y ese proceso está siempre expuesto a la posibilidad de que una de las partes afecte de manera negativa a la otra. Afirmando de esta forma que la teoría de los costos de transacción explican la forma en que "los agentes económicos, a partir de un conjunto de opciones institucionales factibles, eligen la modalidad que les ofrece

8 GARCÍA GARNICA, Alejandro, Lara Rivero, Arturo y Taboada Ibarra, Eunice. La coordinación "híbrida" desde las perspectivas de *Williamson* y de *Nooteboom*. En: *Análisis Económico*. Núm. 40, vol. XIX, Primer cuatrimestre de 2004, publicación de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco. Pág. 102

9 Ídem, Pág. 5

10 GARCÍA GARNICA, Alejandro, LARA RIVERO, Arturo y TABOADA IBARRA, Eunice. Op cit.

11 Ídem, Pág. 102

protección contra los riesgos asociados con intercambio al menor costo de transacción en relación con las inversiones específicas involucradas en sus operaciones de compra-venta. Para facilitar el intercambio, y de esta manera protegerse de los riesgos que este implica, las partes establecen algún tipo de contrato y consideran salvaguardas contractuales adicionales, a medida que se fortalece la condición de especificidad de los activos."<sup>12</sup>

Finalmente, y reconociendo que este ejercicio de aproximación no se agota en los autores incluidos, la figura de *Douglas North*, nacido en *Cambridge* en 1920 y premio Nobel de economía en 1993, es sin lugar a dudas la que articula los aportes de todos los personajes asociados al institucionalismo. Ello se puede evidenciar a través del reconocimiento de que en el mundo real, es posible encontrar una gran cantidad de factores que condicionan la racionalidad de las personas, haciendo alusión a las limitaciones para que los individuos accedan en condiciones adecuadas a la información requerida para tomar una decisión acertada y puedan procesar dicha información de forma estructurada y además mostrar una gran inclinación para actuar de manera racional. A estos factores que podemos llamar como clásicos en la toma de decisiones, *North* agrega a las instituciones, en tanto "constituyen también uno de los elementos centrales que establecen las condiciones para el grado de racionalidad que predomine en una determinada sociedad"<sup>13</sup>.

Reasumiendo la clásica noción *Vebleniana*, de lograr que la economía se asemejase a la biología evolutiva, *North* sostiene la idea de que las instituciones son los entes encargados de lograr el mencionado objetivo explicando "cómo los procesos acumulativos en el tiempo producen por sí mismos resultados económicos"<sup>14</sup>. Para *North* es clara la idea de que el reconocimiento de la trayectoria, está asociado a lo que podríamos llamar un *entramado institucional eficiente*<sup>15</sup>.

La perspectiva de *North*, caracterizada como *historicista*, amplía los espacios para los análisis comparativos, proceso al que se accede cuando se identifican de manera paralela variables asociadas con el entramado institucional y que de manera efectiva permiten encontrar semejanzas o diferencias, estableciendo de esta manera condiciones efectivas de desarrollo.

Como síntesis parcial de esta sucinta y esquemática mirada a la configuración del Institucionalismo Económico, es posible acogerse al análisis de Geoffrey M. Hodgson<sup>16</sup> para quien el mayor distintivo del proyecto neoinstitucionalista consiste en:

- Explicar el surgimiento de las instituciones en relación con un determinado modelo de comportamiento individual racional, atendiendo siempre de manera

---

12 Ídem, Pág. 106

13 ARIAS, Xosé Carlos y CABALLERO, Gonzalo. Op cit, Pág. 5

14 Ibid., Pág. 6

15 Sin que ello implique per se, que todas las sociedades que reconozcan dicha trayectoria posean entramados institucionales eficientes. De hecho, *North* acepta la idea de que la existencia de un Estado social ineficiente, puede perpetuarse en el tiempo gracias al alto nivel de tolerancia de las personas y a que la gran mayoría de los grupos sociales logran acomodarse a esta situación. Ocurre esto en sociedades en las que la gran mayoría de las personas logra asimétricamente y de manera irregular acceder a los recursos distribuidos.

16 HODGSON, Geoffrey M. El enfoque de la economía institucional, artículo publicado en la Revista *Análisis. Económico* (Vol. XXI, # 33. México D.F, 2001)

preventiva los imprevistos que se puedan presentar en las dinámicas e inciertas interacciones humanas.

- Sostener la idea de que las instituciones son entes efectivos para reforzar una racionalidad basada en la cooperación, la confianza mutua entre los agentes sociales, económica y política, logrando con esto incrementar de manera significativa la eficiencia de las instituciones, factor clave para manejar la incertidumbre, manejar el conflicto y distribuir de manera adecuada los recursos disponibles.
- Fundamentar un análisis político transaccional, entendido como la ampliación al ámbito político de los procesos organizacionales con el fin de lograr superar la incompletud de los derechos.
- Mostrar que las instituciones hacen alusión a las reglas de juego y es en ellas y a través de ellas que se modelan y definen las políticas públicas.

En síntesis, la mirada sobre la configuración del institucionalismo no permite hablar de una tradición epistemológica, pero sí de unos elementos comunes centrados todos ellos en el carácter variable de la conducta humana y en el enorme poder que han mostrado en la adopción o modificación de principios abstractos. La conducta, entendida en este caso como la facultad de elegir entre varias opciones, no es fácilmente predecible. El énfasis en ella, permite centrar el análisis en los elementos comunes en la cotidianidad de los seres humanos y en cómo estos dirimen su interacción, asunto que a partir de todos los autores mencionados permite ampliar la noción de institución en la medida en que supera la visión ortodoxa que la vincula de manera exclusiva con las estructuras formales. El gran aporte de North, desde esta perspectiva, es haber ampliado el espectro del término y haberlo relacionado con las pautas estables a través de las cuales los miembros de una sociedad definen la forma en que manejan sus relaciones sociales.

Superando las primeras nociones que asocian lo institucional con las estructuras formales, la gran evolución en esta corriente, es haber mostrado interés en las reglas de juego que inciden en la toma de decisiones, de tal manera que la cooperación sea un elemento siempre presente en situaciones de conflicto. En la economía, disciplina en la que surge el institucionalismo, este enfoque ha mostrado una gran relevancia en el reconocimiento de que la teoría y la realidad no siempre van por el mismo camino, también ha sido fundamental para establecer las ventajas de un mercado eficiente a la hora de realizar cualquier tipo de transacción y a promover la coordinación entre actores racionales, como fundamento de la cooperación. Haber acudido a la teoría de juegos para mostrar la pertinencia de lograr acuerdos colectivos que aumenten las posibilidades de que todos los actores logren sumar; se constituyen en factores que muestran la pertinencia de este enfoque teórico.

A partir del esquema desarrollado, aparece como algo claro que el institucionalismo se ha configurado por perspectivas diferentes, con un grado irregular de integración entre ellas. A pesar de ello, tal como se muestra a continuación, estas se acercan a su núcleo común, cuando son observadas desde sus implicaciones metodológicas.

### 3. IMPLICACIONES METODOLÓGICAS

Desde el punto de vista metodológico y tomando los planteamientos de Xosé Carlos Arias y Gonzalo Caballero<sup>17</sup>, según los cuales si bien no hay en el institucionalismo un núcleo fáctico o un punto de equilibrio epistémico, si es posible reconocer que cuentan con un núcleo metodológico, a partir de su articulación con el individualismo metodológico. Esta postura ampliamente influenciada por la sociología weberiana, pone el acento de sus indagaciones no en los metarrelatos paradigmáticos, sino en la forma particular en que las personas o procesos considerados como individuos<sup>18</sup>, se manifiestan y construyen la realidad, lo cual implica un alto grado de comunicación y de articulación entre la economía y la totalidad de las ciencias sociales.

El aporte de la sociología al individualismo metodológico radica en que sus técnicas y procedimientos están encaminados a encontrar la lógica del ámbito social, independientemente de lo que aconsejen las construcciones conceptuales de los especialistas. El énfasis, por tanto, estará en privilegiar las motivaciones de las personas, los factores que las llevan a actuar de una u otra manera. Factor que cuando se articula a la perspectiva del institucionalismo ayuda de manera efectiva a entender las diversas maneras en que los seres humanos podemos reaccionar ante las circunstancias.

Desde la perspectiva de Jean-Paul Feldis Bannwart, el individualismo metodológico parte de reconocer que todos los fenómenos sociales son resultado de *acciones, creencias o comportamientos individuales*. A esto hay que agregarle que para exponer con claridad las dinámicas asociadas con los fenómenos sociales es indispensable reconstruir la motivación de los individuos involucrados en él. Por tanto, para aprehenderlo debe ser asumido como el resultado de la agregación de los comportamientos individuales dictados por las motivaciones de los agentes involucrados. Para el autor referenciado: "Esta proposición es válida cualquiera que fuese la forma del fenómeno a explicar: una singularidad, una regularidad estadística, traducida en datos cuantitativos o cualitativos."

Tomado como metodología, el individualismo no tiene implicaciones morales, políticas, sociales, en tanto se funda sobre la idea de que para explicar un fenómeno social, es preciso encontrar sus causas individuales, esto es, comprender las razones por las cuales los actores sociales hacen lo que hacen o creen lo que creen<sup>19</sup>.

Desde el nuevo institucionalismo, Douglas North reconoce precisamente la dicotomía "*entre las teorías que construimos y la evidencia que compilamos sobre la interacción humana en el mundo que nos rodea*"<sup>20</sup>, lo cual de alguna manera valida la aspiración a centrarse en el estudio de cómo proceden las personas en su

---

17 ARIAS, Xosé Carlos y CABALLERO, Gonzalo. Op cit.

18 En el proceso de individuación de fenómenos colectivos, la sociología histórica se constituye en un ejemplo de cómo se puede proceder. Su interés en explicar de manera adecuada el cambio social y la transformación a través del tiempo de las comunidades humanas, llevó a los gestores de este enfoque, a buscar la singularidad a partir de la adopción y comparación de variables, con una gran capacidad para encontrar precisamente elementos comunes en procesos distantes en el tiempo y el espacio.

19 FELDIS BANNWART, Jean-Paul. La sociología y el individualismo metodológico. En: Investigación Jurídica. Universidad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Año 5, n° 5, mayo del 2005. Pág. 3

20 NORTH, Douglas. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. México, 2006. Pág. 23



interacción cotidiana y las circunstancias particulares bajo las cuales toman sus decisiones, generando de esta manera una postura epistemológica, que aplicada al mundo político, niega la existencia de la sociedad en aras de entronizar el amplio espectro de libertad del individuo. En este sentido vale la pena reconocer el riesgo de asumir el individualismo como una herramienta para ahondar los procesos de individuación, sin ningún tipo de retorno o conexión con las categorías de análisis de las disciplinas científicas.

El hecho de que el individualismo metodológico haya surgido en el debate entre comprensión y explicación y que durante gran parte de su proceso de configuración haya sido considerado como una herramienta heurística válida para abordar el plural universo social, no debe propiciar que se use para negar el entramado social y magnificar el papel del individuo, circunstancia que al revisar algunos textos fundamentales del nuevo institucionalismo no hace parte de la aplicación del modelo, construido sobre la idea de que la cooperación basada en la maximización de las oportunidades, el fortalecimiento organizacional y la configuración de reglas de juego, son el motor del bienestar social y el desarrollo económico.

#### 4. EL NUEVO INSTITUCIONALISMO EN BLANCO Y NEGRO

Acudiendo nuevamente a los planteamientos de Geoffrey M. Hodgson<sup>21</sup> es claro que una de las limitaciones del institucionalismo, considerado como marco analítico, es que sus ideas fundamentales “se ocupan de las instituciones, los hábitos, las reglas y su evolución. Sin embargo, los institucionalistas no intentan construir, con base en esas ideas, un modelo único y general”<sup>22</sup>. Algo que si bien importa a la hora de aplicar sus principios fundantes puede ocasionar posturas dogmáticas y limitar la capacidad reflexiva de los investigadores. Metodológicamente, si tenemos en cuenta la opción por el individualismo metodológico y el hecho de que este enfoque se encuentre más interesado en dejar que la realidad se manifieste para captarla desde su propia dinámica; el punto de vista de Hodgson, puede ser tomado con mayor relatividad. Algo que él mismo reconoce cuando expresa las diferencias entre la biología y la física: “El análisis de la evolución de un organismo [...] exige datos específicos sobre el organismo y su medio ambiente, y también explicaciones específicas pertinentes a las especies examinadas. La biología evolucionista exige tanto teorías específicas como generales. En contraste, la física ha intentado formular una teoría general de todos los fenómenos materiales: la llamada teoría de todas las cosas. La economía institucional se parece más a la biología, por su atención relativamente mayor a las especificidades, que a la física”<sup>23</sup> ya que según este autor la propuesta institucionalista transita desde las ideas más generales (...) a ideas y teorías específicas, relativas a instituciones económicas o tipos de economía”<sup>24</sup>.

Otro aspecto que puede ser considerado como una fortaleza del Nuevo Institucionalismo es su gran apertura e interdependencia a los aportes provenientes

21 HODGSON, Geoffrey M. Op cit.

22 Ídem, Pág. 5

23 Ídem, Pág. 6

24 Ídem, Pág. 6

de la ciencia política, la sociología, la psicología, la historia y otras ciencias sociales; asunto que se da de esa manera por el carácter multifacético de la realidad. En este sentido se percibe una apuesta por la superación del clásico e inocuo paradigma epistemológico que divide a la realidad en social y natural. El papel en este caso del Nuevo Institucionalismo, es buscar una lectura amplia de los procesos y ello implica atender todas las dimensiones del proceso estudiado.

El proceso de maduración de este enfoque lo ha llevado a salir de los esquemas cuantitativos que le han infundado la mayoría de sus gestores. El Nuevo Institucionalismo, efectivamente sigue usando técnicas y procedimientos de hondo origen matemático; sin embargo la sistematización numérica de la realidad alimenta "las conjeturas teóricas respecto a mecanismos causales"<sup>25</sup>. Este factor está a su vez ampliamente vinculado con el valor de los datos empíricos, los cuales si retomamos los principios del individualismo metodológico, los podremos asociar al interés del investigador por configurar, tomando prestadas las palabras de Hodgson, un conjunto de conceptos y una teoría implícita o explícita.

Podríamos continuar con otra serie de valoraciones relacionadas con la escasa convergencia de algunos gestores del Nuevo Institucionalismo acerca de algunos conceptos fundamentales o la carencia de procesos en los que este enfoque haya podido mostrar su validez. Ante esos dos aspectos bien vale la pena tener en cuenta que su largo proceso de configuración, el Institucionalismo, ha debido salir de su inicial ámbito económico, para lograr con la obra de North, su mayoría de edad. Entendida en este caso como el nivel que permite apreciar la trascendencia de este enfoque. Es poco probable que alguien pueda objetar como inconveniente aplicar al Estado, nociones del mundo organizacional, en la medida en que el carácter y los instrumentos de este giro, pueden hacer posible que los entramados políticos sean entes funcionales, tal como lo demandan los fundamentos de la democracia liberal, desde sus propios orígenes.

En relación a la segunda crítica, relacionada, con el reducido margen de aplicabilidad, vale la pena tener en cuenta, que si bien no ha sido un propósito explícito de los impulsores de este enfoque, si es fácil percibir que esta recoge asuntos que son una realidad profunda en una gran cantidad de naciones, que hoy podríamos llamar como políticamente maduras. La lectura sobre los gestores de este enfoque basado en la cooperación, la eficiencia y la confianza, nos aleja de esos ambientes en que el oportunismo se ha instaurado, deteriorando con ello las condiciones de vida de las personas y empujando al fracaso el entramado institucional. Aunque pueda ser aventurado, ciertos rasgos del sistema político noruego, tan cercano a la transparencia institucional y tan lejos a los personalismos, se pueden encontrar en el institucionalismo, pero bajo un ropaje argumentativo y literario técnico y altamente especializado. En el caso de América Latina, no podemos negar que si bien el institucionalismo aparece con un alto nivel de interés en México, Brasil, Uruguay y Colombia, no es posible negar el alto nivel de pertinencia que tiene esta teoría para potenciar el entramado institucional, tal falto de

---

25 Ídem, Pág. 13

confianza y tan subyugado por la ineficiencia, circunstancias que maltratan a las personas y al medio ambiente, en esta zona geoestratégica por sus recursos humanos, naturales y culturales.

## 5. CONCLUSIONES

Este escrito se concibió en función del propósito de estudiar la configuración del institucionalismo, a partir de la identificación de las ideas fundamentales aportadas por los principales representantes de sus dos generaciones y las opciones metodológicas que se han tejido en este enfoque.

A partir de las ideas desarrolladas, es posible reconocer que este enfoque a pesar de haberse configurado desde una amplia gama de perspectivas, ofrece a la vez unas altas posibilidades de integración. Más allá de las críticas de Veblen a *la clase ociosa* o que Williamson se hubiese centrado en las *transacciones* como el mecanismo más apropiado para reducir la incertidumbre entre los agentes del mercado; lo que le da coherencia a este enfoque es que gravita sobre las variables reales que definen la interacción de los seres humanos y los factores que la potencian o limitan. Desde esta perspectiva no es la teoría o el cálculo previamente elaborado lo que puede anticiparse a la toma de decisiones, es el individuo en un contexto determinado el factor clave. De ahí la importancia dada a los patrones sociales adoptados para que una persona pueda acceder a los recursos y las oportunidades.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS, Xosé Carlos y CABALLERO, Gonzalo. El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica.

Artículo ubicado en [http://webs.uvigo.es/xcarias/docs/research\\_archivos/libroBilbao.doc.pdf](http://webs.uvigo.es/xcarias/docs/research_archivos/libroBilbao.doc.pdf).

Arthur F. Burns. Wesley Mitchell And The National Bureau. <http://www.nber.org/books/burn49-1> (1949)

BURNS, Arthur F. Ed. WESLEY Clair Mitchell: The Economic Scientist. <http://www.nber.org/chapters/c3102> (1952)

COASE, R.H. The Problem of Social Coast. Journal of Law and Economics. Vol 3. Oct., 1960

COASE, Ronald H. Accounting and the theory of the firm. University of Chicago. Law School, Chicago (USA), 1990

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (Compilador) Norberto Bobbio: El filósofo y la política (Antología) - México FCE – 1.996

FERRERO, Guglielmo. Poder: Los genios invisibles de la ciudad, 1998.

GARCÍA GARNICA, Alejandro, Lara Rivero, Arturo y Taboada Ibarra, Eunice. La coordinación "híbrida" desde las perspectivas de Williamson y de Nootboom. En: *Análisis Económico*. Núm. 40, vol. XIX, Primer cuatrimestre de 2004, publicación de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana–Azcapotzalco

GONZÁLEZ, Luis Armando. El individualismo metodológico y las modernas teorías de la elección racional. En: *Revista Realidad*. N° 34, Julio – Agosto de 1993. Publicado por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. San Salvador (Salvador)

GORDON, R.A. Wesley Mitchell and the Study of Business Cycles. *Journal of Business of the University of Chicago*. Volume 25, Issue 2. Apr., 1952

GUY, Peters. El nuevo institucionalismo: Teoría institucional en Ciencia Política. Editorial Gedisa. Barcelona, 2003

HART, Oliver. Economica Coase Lecture Reference Points and the Theory of the Firm. Paper based on the inaugural Coase Lecture, presented at the London School of Economics. Harvard University. February 2007.

HODGSON, Geoffrey M. El enfoque de la economía institucional. *Revista Análisis Económico* (Vol. VXI, # 33. publicación de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana – Azcapotzalco. México D.F, 2001

LEFTWICH, Adrián. ¿Qué es la Política? Breviarios del FCE. México, 1987.

MARSH, D. y STOKER, G. Teoría y Métodos en Ciencia Política, Madrid, Alianza Universidad Textos. 1995

NORTH, Douglass. Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 2006

PÉREZ PÉREZ, Gabriel y VALENCIA E. Laura. El Neo institucionalismo como Unidad de Análisis Multidisciplinario. *Actualidad Contable FACES* Año 7 N° 8. Mérida. Venezuela Enero-Junio 2004

POWELL, Walter y DIMAGGIO, Paul J (Compiladores) El Nuevo Institucionalismo en el Análisis Organizacional. Fondo de Cultura Económica. México, 1999

REIS MOURAO, Paulo. El institucionalismo norteamericano: Orígenes y presente. Vol. 9 N° 16. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007

RUTHERFORD, Malcolm. La economía institucional: antes y ahora. En: *Análisis Económico* (Vol. VXIII, # 38. México D.F, 2003

SHILL, David. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, 1979.

THERIAULT, Veronique and STERNS, James A. John R. Commons and the Evolution of Institutions: The Case of the Malian Cotton Sector. Paper prepared for presentation at the Agricultural & Applied Economics Association's 2012 AAEA Annual Meeting, Seattle, Washington, August 2012.

VEBLEN, Thorstein. The Theory of Business Enterprise. Blackmask Online, 1999

WILLIAMSON, Oliver E. The Economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. Collier Macmillan Publishers. London

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Governance. University of California, Berkeley, January 2005

El arbitraje de la Revista Temas Socio-jurídicos fue realizado por

**RTSJ002, RTSJ006, RTSJ007, RTSJ009, RTSJ0018**

El listado de personas que colaboran como árbitros se encuentra en el Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Nivel Académico de los Autores:

Nombre	Título
Adaúlfo Enrique Mendoza M.	Historiador. Candidato a Doctor en Estudios Políticos Universidad Externado de Colombia. Magíster en Historia Política Universidad Industrial de Santander, UIS. Especialista en Educación y Desarrollo Intelectual UNAB-FAMDI.
Julián Eduardo Prada Uribe	Abogado. Candidato a Doctor en Derecho Universidad de Buenos Aires, UBA; Especialista en Derecho Comercial UNAB.
Carlos Cortés Caballero	Médico patólogo.