

**El gusano en la manzana
un caso de filiación visto a la
luz de los critical legal studies**

Jefferson Contreras Serrano

**EL GUSANO EN LA MANZANA
UN CASO DE FILIACIÓN VISTO A LA LUZ DE LOS *CRITICAL LEGAL
STUDIES***

AUTORES: Jefferson Contreras Serrano
Carlos Arturo Duarte Martínez
FECHA DE RECEPCIÓN: Febrero 7 de 2011
DIRECCIÓN: Hermes@unab.edu.co.

RESUMEN: Este ensayo es producto del proyecto “*Análisis normativo y jurisprudencial del derecho de familia en Colombia de 1886 a 1991*” adelantado por el Semillero de investigación en hermenéutica jurídica, Hermes, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, y pretende develar la ideología oculta tras el debate jurisprudencial de la década de los 40 sobre la procedencia de la declaración judicial de la paternidad natural, muerto el presunto padre.

PALABRAS CLAVES: Derecho de Familia, Filiación, Estudios Críticos del Derecho, Hermenéutica, Derecho y Religión.

ABSTRACT: This essay is product of the research called “*Statutory and case law analysis of Family Law in Colombia from 1886 to 1991*”, developed by *Hermes*, which tries to reveal the hidden ideology behind the legal debate of the 40's regarding to the possibility of judicial declaration of non-marital paternity, when the presumed father is already dead.

KEY WORDS: Family Law, Paternity, Critical Legal Studies, Hermeneutics, Law and Religion.

El gusano en la manzana un caso de filiación visto a la luz de los critical legal studies*

Jefferson Contreras Serrano
Carlos Arturo Duarte Martínez**

Introducción

Una de las ventajas de haber tenido un profesor de Introducción al Derecho de corte positivista-kelseniano es la facilidad con que, de comienzo, uno tiende a enamorarse de la carrera. Y cómo no habría de suceder esto cuando el Derecho, así visto, es tan hermoso, tan elevado, tan lejano de la mano humana que todo lo corrompe¹, libre de prejuicios morales, de mañas políticas, de *impurezas*. Ciertamente ello obedece a una estrategia, por un lado, metodológica, por cuanto quienes no hemos sido bendecidos con el don de la genialidad podemos de esta manera iniciarnos fácilmente en la comprensión de lo que algunos consideran una ciencia –entre los que se encuentra, por supuesto, nuestro profesor de Introducción al Derecho-, y por otro lado a una estrategia comercial, en la medida en que, producto de lo anterior, se logra disminuir la deserción en la facultad.

Sin embargo, pensar, por ejemplo, que la teoría del derecho es o debe ser algo “libre enteramente de toda política”², o que la decisión judicial tomada en un *caso difícil* es una *elección*³, un acto de discrecionalidad, revestido de virtudes como la

* MENCIÓN ESPECIAL en el Concurso de Investigación Formativa “OCTAVIO ARIZMENDI POSADA” (Ensayo Jurídico) 9a Versión 2010-2011, organizado por la Universidad de La Sabana.

** Estudiantes de noveno 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 de la UNAB.

1 Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio o De la Educación*, trad. de L. Aguirre, 22ª ed., Madrid: EDAF, 2008, Libro Primero, p. 35: “*Todo es perfecto al salir de las manos del Hacedor de todas las cosas; todo degenera entre las manos del hombre*”.

2 Prólogo a la 1ª edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1934), en: KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, 13ª ed., México: Porrúa, 2003, p. 9.

3 Cfr. HART, H. L. A. *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 159.

*imparcialidad y la neutralidad*⁴, a pesar de corresponder a un noble ideal –si no a un acto de pretenciosa ingenuidad–, es, ciertamente, una postura insensata e incoherente con la realidad. Desde un punto de vista filosóficamente hermenéutico –y he ahí nuestro primer presupuesto teórico– no es posible, por ejemplo, escindir completamente la obra de arte del artista⁵, puesto que éste se encuentra en estrecha relación con aquélla, al punto que, como en el cuadro de Velázquez, el pintor está inmerso dentro del cuadro, representando parte de la escena que él mismo ha representado⁶; la comprensión de la obra de arte implica, pues, la del artista creador, y ello involucra a su vez la del contexto en el cual está inserto.

En efecto, una pregunta que surge es: ¿por qué Velázquez ha querido incluirse en el cuadro? A ello se ha sugerido que su propósito era reivindicar el papel del artista, el cual para el siglo VII era considerado en España como un artesano más, cuya subestimada labor se encontraba sujeta a impuestos⁷. Tampoco es una casualidad que el tema central de la obra sea, al menos en un primer momento, la infanta Margarita de Austria, quien de inmediato conquista la mirada del espectador, en la medida en que ella representaba la sucesión del trono español, puesto que su hermana mayor María Teresa estaba comprometida con el rey de Francia, y quien fuera su hermano y posteriormente verdadero heredero de la corona, Carlos II, aún no había nacido para la fecha en que fue pintado.

La referencia alegórica de *Las Meninas* no es caprichosa, sino que obedece al punto de partida del presente ensayo: la comprensión del derecho entraña igualmente la comprensión del artista encargado de darle vida –en este caso el juez, quien es el principal encargado de dinamizarlo– y del conjunto de circunstancias que lo determinan. Siendo la decisión judicial la obra de arte y el funcionario judicial el artista, hemos de examinar un caso concreto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, para lo cual nos basaremos en los *Estudios de Crítica Jurídica* o *Critical Legal Studies* –en adelante CLS por sus siglas en inglés–, con miras a determinar la influencia de la ideología en la decisión judicial.

Nuestro objetivo es analizar a la luz de los CLS, particularmente del trabajo de Duncan Kennedy, las decisiones de la mayoría de los magistrados de la Corte⁸

4 Cfr., *ibid.*, p. 253.

5 Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1975), I, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 11ª ed., Salamanca: Sígueme, 2005. Precisamente Schleiermacher (1768-1834), precursor de la hermenéutica moderna, propone la comprensión de la individualidad del hablante-autor como uno de los objetivos de la interpretación; la dimensión psicológica del arte interpretativo se manifiesta en la recreación misma del acto creador, lo cual implica ponerse en el lugar del autor desde un punto de vista tanto individual –sus intenciones, miedos, ideología, religión– como social –contexto histórico–. Al respecto: cfr., *ibid.*, pp. 238 y ss.

6 Nos referimos a “*Las Meninas*”, *magnum opus* del maestro del barroco español Diego Velázquez (1599-1660). La alusión al cuadro de Velázquez está en: FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas* (1966), trad. E. Frost, 2ª ed., Buenos Aires: Siglo XXI, 2003, cap. 1.

7 El arte español se encontraba demeritado principalmente por su falta de independencia, a causa de la disciplina férrea de la Contrarreforma. “En un país en que la Inquisición era omnipotente, la pintura tenía que ser forzosamente una especie de monopolio de la Iglesia” (BAZIN, Germain. *Historia del arte, De la prehistoria a nuestros días*, 6ª ed., Barcelona: Omega, 1981, p. 304).

8 En este punto cabe hacer una precisión: una cosa es hablar de las “decisiones de la Corte”, y otra muy

respecto al tema de la procedencia de la declaración judicial de la paternidad muerto el presunto padre, en el periodo comprendido entre 1940 y 1955, cuando se presentó un debate interesante al interior de la corporación a raíz de los vacíos existentes en la legislación de la época, principalmente la Ley 45 de 1936, que trajo consigo un importante auge en la creatividad judicial, que desembocó en una verdadera empresa de *legislación judicial*.⁹

La tesis que pretendemos demostrar es que tras esas decisiones aparentemente jurídicas se ocultó realmente un discurso de tipo ideológico, en el que la religión católica y la teoría jurídica jugaron un papel determinante en el resultado final de la decisión. Así, veremos cómo el argumento religioso, unas veces de corte tradicional y otras veces de tipo progresista, sirvió de fundamento para decisiones jurídicas opuestas, y del mismo modo demostraremos cómo el debate teórico-jurídico que dividió la Corte Suprema de Justicia a finales de la década de 1930 e inicios de los 40 fue decisivo en la discusión sobre la procedencia de la declaratoria de filiación natural muerto el presunto padre.

El presente trabajo de investigación no tiene una conveniencia práctica, en la medida en que no va a tener un impacto social o va a resolver un problema jurídico actual –máxime cuando la discusión que nos ocupa ya está resuelta-, sino que su utilidad estriba en su valor teórico y en la suministración de un modelo metodológico para el estudio de otros casos de filiación, así como de los demás institutos jurídicos del derecho de familia¹⁰, desde una óptica quizá inexplorada y poco conocida en nuestro medio como son los CLS.

Para su desarrollo, hemos dividido el trabajo en dos partes: una primera, en que se describe a grandes rasgos el movimiento/escuela de los CLS, cómo surge y cuáles son sus postulados principales, concentrándonos en los trabajos de Duncan Kennedy, quien es uno de sus principales exponentes, y en la incidencia de la ideología en la teoría de la adjudicación, para pasar a una segunda parte donde se realiza un estudio crítico del debate ya referido, ilustrado a través de la respectiva línea jurisprudencial.

distinta es hablar de las “decisiones de la mayoría de los magistrados de la Corte”; entender que las sentencias tienen un ponente y que en ocasiones se presentan disidencias frente al resultado final es entender que aquellas no siempre son decisiones de la totalidad de la corporación sino tan sólo de su mayoría. Esta distinción es fundamental para comprender que la toma de una decisión en una corporación judicial no siempre es pacífica, sino que a veces se convierte en una batalla de argumentos que, ineludiblemente, tienen un contenido ideológico.

⁹ El término *legislación judicial* (*judicial law making*) deviene del *common law* y se refiere al proceso de creación de derecho por los jueces, el cual no necesariamente tiene lugar en los llamados *casos difíciles* (*hard cases*).

¹⁰ Ello por cuanto este trabajo es producto del proyecto “*Análisis normativo y jurisprudencial del derecho de familia en Colombia de 1886 a 1991*” adelantado por el semillero de investigación en hermenéutica jurídica, *Hermes*, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

I. DUNCAN KENNEDY Y LOS *CRITICAL LEGAL STUDIES*

Los *Estudios de Crítica Jurídica*, o *Critical Legal Studies* por sus siglas en inglés –en adelante CLS–, es un movimiento que empieza a desarrollarse en los EU en las facultades de derecho de Yale y Harvard a mediados de la década de los setenta, el cual se extingue a principios de los noventa, sobreviviendo actualmente únicamente como escuela. Se presenta como una crítica de izquierda contra la postura tradicional del derecho –identificada a grandes rasgos con el positivismo jurídico– y el análisis económico del derecho (*Law and Economics*)¹¹, cuya aspiración es “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo”¹².

Desde una perspectiva de teoría del derecho, el movimiento de los CLS puede clasificarse como un desarrollo del realismo jurídico norteamericano, el cual se adscribe a lo que se ha llamado “positivismo con apertura a los hechos”¹³. Entre sus integrantes se cuentan: Duncan Kennedy (1942), Morton Horowitz (1938), Mark Tunshnet (1945), Catharine MacKinnon (1946), Peter Gabel (1947), Roberto Unger (1947), Gary Peller (1955), entre otros.

1. El movimiento y la escuela

Influenciados por los movimientos radicales de los 60 y 70 tales como el movimiento de los derechos civiles, el movimiento de los derechos de las mujeres y el movimiento anti-guerra, promovidos por las minorías afroamericanas, el movimiento feminista, el movimiento hippie, y posteriormente apoyados en parte por los grupos de los homosexuales y las lesbianas, el movimiento de los CLS surge a finales de la década de 1970 como un ataque combinado en dos frentes íntimamente relacionados; en primer lugar, un ataque contra el ala tradicional del análisis económico del derecho¹⁴, y por el otro frente, contra la postura jurídica dominante en Estados Unidos, particularmente lo relativo a la interpretación y adjudicación del derecho. Aquí es pertinente hacer una breve mención de las obras de Hart y Dworkin, dada la influencia que han tenido en los países de tradición anglosajona (o, mejor, anglonorteamericana) o del *Common Law*.

11 Cfr. ROEMER, Andrés. *La perspectiva de los estudios de la crítica jurídica*, en: *Introducción al análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 74.

12 KENNEDY, Duncan. *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 11, Alicante, 1992, p. 284. En: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.

13 Esta denominación se encuentra en: FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea*, trad. de Santiago Perea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, cap. 2.

14 La crítica de los CLS contra el análisis económico del derecho (*Law and Economics*) tiene muchos matices, pero quizá esto se ilustre mejor con los lemas de cada uno de los movimientos: mientras para el primero “el derecho es política”, para el segundo “el derecho es eficiencia” (Cfr. ROEMER, Andrés, op. Cit., p. 78).

El Concepto de Derecho (The Concept of Law) de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-2002), iusfilósofo inglés, catedrático de la Universidad de Oxford, perteneciente a la corriente de *analytical jurisprudence*, publicado en 1961, es un punto de referencia obligado en la tradición jurídica del siglo , no sólo en los países del *Common law*, sino también en los de derecho continental o del *Civil Law*. En él, Hart expone su teoría del derecho según la cual el sistema jurídico es básicamente “una unión compleja de reglas primarias y secundarias”¹⁵, las cuales tienden a tener un carácter general dada la naturaleza misma del lenguaje, cuya *textura abierta*¹⁶ deja ciertos espacios vacíos o *zonas de penumbra* que las reglas no alcanzan a irradiar con su luz. La vaguedad del lenguaje jurídico imposibilita la aplicación de las reglas a los *casos difíciles*¹⁷, en los cuales el lenguaje deja un ámbito discrecional al intérprete, quien, al resolver el caso, debe realizar una elección. Dicha elección no es más que un acto de creación; así, cuando el caso es *fácil*¹⁸, el juez no hace más que aplicar el derecho y, cuando es *difícil*, el juez inventa derecho¹⁹. Sin embargo, la actividad creadora del juez, según Hart, no es –o al menos no debe ser- arbitraria ni mecánica, sino que en ella:

*Se suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares en la decisión jurídica (...). Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión.*²⁰

Por su parte, Ronald Dworkin (1931), estadounidense, sucesor de Hart en la cátedra de Filosofía del Derecho en Oxford y uno de sus mayores contradictores, se opone a la idea hartiana del derecho como sistema compuesto únicamente por reglas, las cuales, según su “pedigree”, pueden ser identificadas y distinguidas de otras normas como las morales²¹; para ello fundamenta su crítica en que el derecho no está compuesto solamente por reglas sino también por principios, los cuales tienen necesariamente un contenido moral; la existencia de elementos de naturaleza moral en el derecho implica, por un lado *i)* la imposibilidad de establecer una línea divisoria definida entre el

15 HART, H. L. *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p.142. No interesa acá ahondar en la subclasificación de las reglas secundarias –en reglas de adjudicación, cambio y reconocimiento- ni en la definición de cada una.

16 Cfr., *ibid.*, p. 159.

17 Un caso es *difícil* o *complicado* cuando: *i)* no existe una norma aplicable al caso, o, por el contrario, *ii)* hay conflicto entre diversas normas que lo regulan; también se da en los casos en que existe una norma con, *iii)* diversas interpretaciones, o con, *iv)* supuestos de hecho, o *v)* consecuencias de derecho múltiples. Al respecto véase: Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), 2ª ed., trad. M. Atienza e I. Espejo, CEPC, Madrid, 2007, pp. 23 y 216.

18 Un caso es *fácil* cuando hay una “situación de isonomía” entre la norma y el hecho, lo que permite subsumirlo perfectamente en la hipótesis fáctica prevista en la proposición normativa (Cfr. LÓPEZ MEDINA, D. *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2007, p. 22).

18 Cfr. HART, H. L., op. cit., p. 252.

Ibid., p. 253, subrayas fuera del original.

21 Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 65 y s.

derecho y la moral, y por otro, *ii*) la necesidad de desechar la regla de reconocimiento hartiana como criterio para determinar qué es derecho y qué no lo es²².

Los principios juegan un papel fundamental en la adjudicación en la medida en que sirven de fundamento para la decisión judicial, especialmente en los casos difíciles; al respecto, Dworkin se opone a la actividad creadora del juez, por considerar que fallar discrecionalmente un caso significa crear derechos retroactivos, lo cual es inadmisibles en un Estado de Derecho en la medida en que atenta directamente contra el principio democrático²³. Frente a la facultad discrecional del intérprete, Dworkin propone la figura del juez *Hércules*, el cual es una especie de super-héroe, que debe tomar la decisión correcta a cada caso concreto, para lo cual debe hacer una “reconstrucción” del caso a partir nada más y nada menos que de una teoría constitucional y de una teoría política que él mismo debe elaborar²⁴, que justifique, mejor que cualquiera otra teoría, la ley aplicable al caso. Y, no siendo esto suficiente, en relación con la fuerza gravitacional del precedente, “*Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario*”²⁵. Así, frente a la existencia de múltiples respuestas posibles a causa de la textura abierta de las normas, Dworkin defiende la tesis de la única respuesta correcta²⁵.

Vistas algunas ideas de los autores referidos, debemos regresar nuevamente a los CLS para afirmar que éste se opone tanto a la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta, como a la creencia hartiana de que la decisión judicial es un acto revestido de neutralidad e imparcialidad y, por ende, libre de ideología. Dichas concepciones, según Duncan Kennedy, son incorrectas por cuanto niegan o desconocen el grado de elección existente en la decisión judicial (en el caso de Dworkin), así como la carga política implícita en la elección (respecto a Hart)²⁷. Más adelante profundizaremos sobre algunas de las ideas de los CLS.

Históricamente, pese a no existir un “manifiesto” de los CLS, un acta de fundación del movimiento como tal, algunos autores²⁸ señalan que su nacimiento coincide con la publicación de *Knowledge and Politics* de Roberto Unger, en 1975. Según Kennedy, se pueden distinguir 3 etapas o fases de intervención del movimiento²⁹: una primera

22 Cfr., *ibid.*, cap. 3. El que el derecho no esté compuesto únicamente por reglas sino, además, por principios, no significa, en el sentir de Dworkin, que el derecho deba reducirse, pues, solamente a estos dos elementos. En efecto: “Al rechazar la idea de que el derecho es un sistema de normas, no era mi intención reemplazar esa idea por la teoría de que el derecho es un sistema de normas y principios. No hay nada a lo que se pueda llamar <<el derecho>> en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica” (*ibid.*, p. 470).

23 Cfr., *ibid.*, p. 150.

24 Cfr., *ibid.*, pp. 175-180.

25 *Ibid.*, p. 190.

26 Cfr., *ibid.*, p. 397.

27 Cfr. KENNEDY, Duncan. *Entrevista, La controversia política es parte del razonamiento jurídico*, en: THEMIS-Revista de Derecho 50, 2004, p. 324.

28 FARALLI, Carla, op. Cit., p. 53.

29 Cfr., KENNEDY, Duncan. *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, op. Cit., pp. 285-287.

fase de nacimiento y auge entre 1977 y 1983, en la que el movimiento tiene un periodo de rápido crecimiento gracias a la adhesión de un número significativo de profesores, sumado al reclutamiento de varios estudiantes, principalmente de la facultad de derecho de Harvard. En esta primera etapa ya se distinguen dos facciones en el movimiento: “racionalistas” e “irracionalistas”, los primeros, influidos por el marxismo, la sociología de Weber y Durkheim y la historiografía pragmatista americana, y los segundos, por los movimientos de vanguardia cultural, tales como los bohemios, beatniks, hippies, y también por el marxismo de oposición, el anarcosindicalismo, el existencialismo y el feminismo radical.

La segunda fase inicia hacia 1983 con el debate sobre los derechos de la persona, el cual se desarrolla desde tres grupos del movimiento: los activistas teóricos de izquierda, las profesoras feministas y los miembros de minorías raciales; y, por último, se aprecia una tercera etapa del movimiento caracterizada por la introducción de nuevos integrantes, que a su vez traen los debates europeos sobre el post-modernismo y el post-estructuralismo.

Esta tercera fase culmina en los inicios de la década de 1990, cuando finalmente el movimiento se desmorona por diversas causas: por un lado, el rechazo de algunos de los antiguos miembros respecto de las nuevas ideas introducidas en la última etapa, lo cual genera división y dispersión del movimiento; por otro lado, el reparto del poder en el movimiento hizo que se desviara de sus objetivos primigenios para centrar su atención en asuntos específicos como la cuestión de las lesbianas y homosexuales, y el racismo. En palabras del mismo Kennedy, el movimiento “*fue bueno mientras duró, pero fue imposible que durara para siempre dadas sus divisiones políticas internas y los maltratos de la corriente política dominante*”³⁰. En la actualidad, los CLS permanecen únicamente como escuela.

2. Metodología e ideas principales

Metodológicamente, aunque comparten ciertos rasgos, no puede hablarse de univocidad de criterios en los CLS, en la medida en que en él convergen las teorías marxistas, neomarxistas, modernistas, post-modernistas, estructuralistas, post-estructuralistas y deconstructivistas; lo que sí es cierto es que todos los exponentes de CLS comparten una postura crítica –de ahí su nombre- frente a diversos temas como la redistribución del ingreso, su preocupación por el cambio social y el tinte esencialmente político del derecho. La institución de la crítica como estandarte de los CLS deriva de la influencia que sobre sus exponentes tuvo lo que se ha denominado “Escuela de Frankfurt”.

Fieles depositarios de la tradición jurídica norteamericana, los CLS comprenden el derecho no como algo aislado, sino como algo que está íntimamente relacionado con el proceso histórico. Aquí entra también su influencia marxista, al entender que “*El derecho es un instrumento de dominio social, económico y político, tanto en el*

30 KENNEDY, Duncan. *Entrevista*, op. Cit., p. 326.

*sentido de apoyar los intereses concretos de los dominadores, así como en el de legitimar el orden social existente*³¹. El derecho, entendido como una superestructura del orden económico imperante, viene a ser un reflejo de dicha infraestructura, lo cual inevitablemente hace que esté impregnado de ideología, es decir, del “conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.”³², instituyéndose así como un agente al servicio del mantenimiento del *statu quo*, fuente legitimadora del orden social existente, por ende, estructuralmente hostil a la transformación social.

Sin embargo, en palabras de Kennedy, los CLS no deben reducirse sólo como marxismo o realismo; el movimiento “*En realidad, ha sido producto de un intento por lograr una nueva síntesis entre ideas pos-marxistas y pos-realistas con ideas estructuralistas y pos-estructuralistas*”³³. El estructuralismo se desarrolla a partir de los estudios de lingüística de Ferdinand de Saussure (1857-1913), para quien el lenguaje es condición de existencia de las ideas, lo que significa que sin aquél éstas no son posibles. “*Antes del lenguaje no hay nada excepto el caos de lo indistinto*”³⁴, de manera que el lenguaje y la realidad están en una relación de dependencia: “*el mundo deviene sólo a través del lenguaje y éste no existe fuera del lenguaje*”³⁵. Esto es lo que se ha llamado el enfoque constitutivo del lenguaje: “*Una vez creada la palabra tampoco puede hablarse de ella como representativa de objetos, sino como constitutiva de ellos*”³⁶. De lo anterior se sigue que el derecho, concebido como parte integrante de la realidad, está “*constituido en el lenguaje y por el lenguaje*”³⁷, y por tanto, toda actividad interpretativa, en la medida en que sea una actividad lingüística, es a su vez una actividad creadora o constitutiva de la realidad. Asumir una postura estructuralista implica necesariamente aceptar, por un lado, que el juez crea derecho, y por otro, que no es posible encontrar una respuesta única para cada caso concreto³⁸.

Con fundamento en lo anterior se deduce una de las ideas centrales de los CLS: el derecho está lleno de brechas, conflictos, ambigüedades, contradicciones,

31 ROEMER, Andrés, op. Cit., p. 75.

32 DRAE, 22ª ed.

33 KENNEDY, Duncan. *Entrevista*, op. Cit., p. 324.

34 TRÍAS MONGE, José. *Duncan Kennedy y los estudios jurídicos críticos*, en: *Teoría de la Adjudicación*, San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2000, p. 331.

35 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 224, citado por: AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando, SILVA ROJAS, Alonso y PÉREZ ROSALES, Vanessa. *Lenguaje y Derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, Bucaramanga (Colombia): Publicaciones UIS, 2007, p. 24.

36 TRÍAS MONGE, José, op. Cit., ídem.

37 AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando..., op. Cit., ídem (cursivas del original).

38 Esta postura influiría también en la obra del segundo Wittgenstein, para quien “*el hablar y el actuar están estrechamente unidos*” (ALEXY, Robert, op. Cit., p. 66), la cual a su vez repercutió en la corriente analítica, cuyo mayor exponente en el campo jurídico es Hart. La indeterminación del lenguaje jurídico provocada por la concepción del derecho como lenguaje generó una actitud de pesimismo hermenéutico en los juristas influenciados por la corriente analítica (Cfr. LÓPEZ MEDINA, op. Cit., p. 8).

indeterminaciones, de áreas donde las normas jurídicas no tienen ningún significado hasta que los actores jurídicos las interpretan y trabajan en ellas³⁹. En materia de adjudicación, los CLS se oponen al determinismo judicial, partiendo de la base de que las respuestas correctas en el derecho no existen por dos razones: primero, porque la restricción judicial, es decir, la sumisión del juez al sentido objetivo del derecho, es una ilusión ya que la objetividad inicial de las normas es apenas una apariencia⁴⁰; y segundo, porque el funcionario judicial no es realmente el ícono de constreñimiento que se cree que debe ser⁴¹; el juez no está determinado sino que goza de una amplia libertad, lo cual hace imposible la predictibilidad de la actividad judicial; esta indeterminación genera lo que se conoce como *decisionismo judicial*⁴², en el que la adjudicación siempre va a tener un mayor o menor grado de arbitrariedad, principalmente en los casos difíciles.

Arbitrariedad que está dada por la ideología. Según Kennedy, a pesar de que existe una necesidad legal de que la decisión judicial tomada sea ajena a la ideología del juez, lo cierto es que muchas veces ésta subyace oculta o escondida tras aquélla. Según el positivismo jurídico el juez debe ser reflejo de neutralidad, de ahí a que sea un anatema encontrar a un juez hablando abiertamente de su ideología y de cómo ésta determina la solución del caso. Ello se debe a que el juez debe ser un *ícono del constreñimiento*: en principio, se supone que el juez es una figura caracterizada por su fidelidad en la interpretación del derecho y en el sometimiento al mismo, razón por la cual debe ponerse él mismo a un lado aparte, para que sus intereses propios, su inclinación política, su afinidad de género, entre otros factores, no inclinen la balanza para ningún lado de la decisión. De modo que el juez debe erigirse como una especie de combatiente, librando una lucha interna consigo mismo, resistiéndose a permitir que la decisión se vea corrompida sustancialmente por lo que personalmente él cree que debe ser⁴³.

Esta es, por ejemplo, una de las razones por las cuales podemos creer en los jueces, una de las fuentes de legitimación de la actividad judicial, creencia que deviene de la Revolución Francesa, uno de cuyos pilares fue la división férrea de poderes. Frente a esta postura, la tesis de Kennedy viene a ser como un *gusano en la manzana*, en la medida en que: “[S]ome part of judicial law making in adjudication is best described as *ideological choice* carried on in a discourse with a strong *convención denying choice*, and carried on by actors many of whom are in *bad faith*”⁴⁴. La ideología ejerce una gran influencia en la interpretación y en la adjudicación, y no existe razón para negar u ocultar dicha realidad, sino, por el contrario, ello es contraproducente:

39 KENNEDY, Duncan. *Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de la Facultad de Derecho*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2010., en: <http://www.youtube.com/watch?v=rx3lvTqeYGQ&feature=related>, 7:45".

40 Cfr. KENNEDY, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, El Debate con la Teoría Crítica del Derecho (CLS)*, trad. por Diego López Medina, Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 102.

41 Cfr. KENNEDY, Duncan, *A critique of adjudication: [fin de siècle]*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 3 (en adelante solo “*A Critique*”).

42 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Madrid: CEPC, 2008, p. 15.

43 KENNEDY, Duncan. *A Critique*, op. cit., ídem.

44 *Ibid.*, p. 4, subrayas fuera del original.

*I argue that ideology influences adjudication, by structuring legal discourse and through strategic choice in interpretation. I argue that the denial of the presence of ideology in adjudication leads to political results different from those that would occur in a situation of transparency*⁴⁵.

Kennedy aboga por la transparencia en la adjudicación: jugar con las cartas sobre la mesa, ser claros respecto a las reglas de juego. Al mismo tiempo, defiende, por un lado la eliminación de la distinción férrea entre los casos que tienen respuestas determinadas en la ley y los casos que no la tienen y que son resueltos “discrecionalmente”, o mejor, ideológicamente; por otro lado, propone la superación de la ilusión o la falsa conciencia del positivismo jurídico de la neutralidad de los jueces en la resolución de los casos y, por el contrario, el establecimiento del principio de la mala fe respecto a la actividad judicial (debemos presumir la mala fe de los jueces toda vez que mienten respecto a la influencia de su ideología en las decisiones)⁴⁶.

II. ESCILA Ó CARIBDIS

En esta segunda parte del trabajo demostraremos que el debate respecto a un problema jurídico encubrió realmente un discurso de tipo religioso en el que la religión católica, unas veces tomada en su visión ortodoxa, sirvió para justificar la negativa a la declaratoria de filiación natural muerto el presunto padre, y otras veces, a partir de una visión progresista de la misma, justificó la tesis contraria. Al mismo tiempo, demostraremos cómo paralelamente al discurso religioso oculto en el discurso jurídico, se desarrolló una batalla de tipo ideológico-teórico respecto a la concepción misma del derecho entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la que se vieron dos bandos claramente diferenciados: los partidarios de la Exégesis y los de la Escuela Científica del derecho.

Para entender el desarrollo del debate primero haremos una breve reseña de la evolución histórica y legislativa sobre filiación natural desde la instauración de la República hasta la expedición de la Ley 45 de 1936. Posteriormente describiremos el debate a partir de los argumentos esgrimidos en cada uno de los dos extremos, para finalmente revelar la ideología oculta en las decisiones de los magistrados.

1. De la Regeneración a la Revolución en marcha

Luego de la derrota de los radicales y la consolidación del ala independiente del Partido Liberal en el poder con la reelección de Rafael Núñez en 1884, gracias al apoyo de los conservadores, y el aplacamiento definitivo de la guerra civil del 85 en la Humareda, emprende Núñez el propósito constituyente, anunciado ya desde los balcones del Palacio de San Carlos cuando en un acto de “magnanimidad” pronunciara tan célebres palabras: “¡La Constitución de 1863 no existe!”⁴⁷. Dicho

⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁶ Cfr., *ibid.*, p. 20.

⁴⁷ Cfr. Enciclopedia de Colombia a su alcance, t. I, 2ª ed., Madrid: Espasa, 2003, p. 217.

propósito se materializa en la Constitución de 1886 que aniquiló los Estados Unidos de Colombia y fundó la República de Colombia, vigente hasta nuestros días.

La Regeneración⁴⁸ trajo consigo una profunda transformación estructural e institucional del Estado colombiano, lo cual hizo necesaria la reestructuración del ordenamiento jurídico infraconstitucional para adaptarlo al nuevo Estado unitario y confesional. Para tan encomiable empresa se conformó el Consejo Nacional Legislativo entre 1886 y 1888, encargado de fabricar un paquete de leyes que desarrollaran la nueva Constitución y reorganizaran la estructura y las instituciones nacionales, entre las que se encuentran las Leyes 57 y 153 de 1887.

La Ley 57 de 1887, “*Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*”, adoptó el Código Civil de la Unión de 1873, aún vigente, y clasificó a los hijos en legítimos (entre los que se incluyen los legitimados), naturales (que gozaban de reconocimiento formal de sus padres) y los ilegítimos (que eran los no-reconocidos, bien porque no podían –hijos de dañado y punible ayuntamiento, sacrílegos, adulterinos, incestuosos, espurios- o simplemente porque no lo habían sido). En materia la filiación natural, el C.C. original previó la posibilidad de investigar la paternidad natural de los hijos ilegítimos, con el objetivo de proveer al hijo para su crianza y educación hasta la obtención de una profesión y oficio.

Sin embargo, la Ley 153 de 1887, “*Que adiciona y reforma, los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*”, abolió la investigación de la paternidad de los hijos nacidos de uniones ilegales y “*plagó de hostilidad el acto de reconocimiento voluntario de la paternidad natural*”⁴⁹, estableciendo una serie de políticas restrictivas tendentes a desincentivarlo, como la necesidad de notificación, aceptación, posibilidad de impugnación y limitación de las obligaciones del padre que reconoce únicamente a brindar alimentos.

Estas leyes de corte abiertamente conservador, imbuidas de un férreo catolicismo abrazado por la Constitución y reafirmado en la Ley 35 de 1888, mediante la cual se aprobó el Concordato con la Santa Sede, consolidándose el contubernio entre el Estado colombiano y el clero, regularon el tema de la filiación natural hasta la expedición de la Ley 45 de 1936.

48 “*La Regeneración fue un movimiento político que unió a los liberales independientes que respaldaron al doctor Rafael Núñez con los conservadores, para buscar la centralización política y la descentralización administrativa. Lucharon por una nueva Constitución, que fue la de 1886, que creó la República de Colombia. Se consolidó la república unitaria, el poder ejecutivo fuerte y el Congreso bicameral. Surgieron los departamentos, que reemplazaron a los Estados soberanos; se oficializó la religión católica como propia de la nación colombiana; asimismo la educación pública, en común acuerdo con la Iglesia. Su filosofía principal: “centralización política y descentralización administrativa”, plasmándose en los planteamientos políticos del presidente Rafael Núñez, positivista spenceriano, con el tradicionalista conservador Miguel Antonio Caro*” (ibid., pp. 211-212).

49 GÓMEZ SERRANO, Laureano y CORTÉS FALLA, Mónica. “*La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia*”, en: Revista Temas Socio-Jurídicos, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Vol. 28, N° 59, 2010, p. 26.

Hacia 1930, el Partido Conservador había adquirido una tranquilidad pasmosa a la hora de enfrentar las elecciones presidenciales, que les daba los 44 años que llevaban en el ejercicio del poder; sin embargo, también sufría un letargo que le impedía advertir y afrontar los problemas que a final de la segunda década del siglo vivía el país: una corrupción asfixiante, el escándalo de la masacre de las bananeras -que fue altamente avivado desde el Senado por Jorge Eliécer Gaitán-, la crisis económica generalizada representada en el plano internacional por el “Crack del 29”, y en lo nacional por la resaca tras la “Danza de los millones” y –llamada por López Pumarejo- la “prosperidad al debe” que caracterizó a la economía por aquella época.

El Partido Liberal, que desde las elecciones de 1922 con Benjamín Herrera no presentaba candidato presidencial propio, veía la oportunidad perfecta para llegar a la Presidencia de la República, y para tal fin escogió a Enrique Olaya Herrera, quien en una campaña que no duró más de 15 días, bajo la consigna de la “*Concentración Nacional*”, no promovió una candidatura partidista sino otra abierta a diversos sectores políticos, por lo que logró agrupar a lo que quedaba del republicanismo representado en el ex-presidente Carlos E. Restrepo.

Pese a la crisis generalizada, los conservadores, como siempre, fueron más que los liberales en las urnas, pero la profunda división que los aquejaba⁵⁰ y que los llevó a que presentaran dos candidatos presidenciales, permitió que el Presidente de la República fuera liberal⁵¹. Bien advirtió el ex presidente Restrepo “...*si el partido conservador se cae, no se diga que alguien lo ha derrumbado, sino que ha caído al peso de su propia podredumbre.*”⁵²

Sería sólo hasta la elección de Alfonso López Pumarejo como Presidente de la República⁵³, que todo el ideario liberal que permaneció en silencio por casi medio siglo empezó a materializarse bajo la consigna de la Revolución en Marcha. En efecto el gobierno de López Pumarejo, al contrario del de su antecesor, se entendió a sí mismo como liberal y lo decía fuerte y claro⁵⁴.

50 Giovanni Restrepo señala como causas de esta división la muerte de monseñor Bernardo Herrera (enero, 1928), quien, como arzobispo de Bogotá, desde 1914 establecía los turnos de los candidatos presidenciales del Partido Conservador, pero su reemplazo, monseñor Ismael Perdomo fue incapaz de definir el apoyo de la Iglesia a un solo candidato, dejando a cada cura la decisión de orientar a los feligreses por cuál de los candidatos conservadores. Al respecto véase: RESTREPO, Giovanni. *El fin de la hegemonía*. En: *50 días que cambiaron la historia de Colombia*, Bogotá: Planeta y Semana, 2004, p. 191.

51 Los resultados de la elección llevada a cabo el 7 de febrero de 1930 fueron: E. Olaya: 369.934 votos, G. Valencia: 240.360, y el Gr. Vásquez Cobo, 213.583.

52 RODRIGUEZ, Gustavo. Olaya Herrera, Político, Estadista y Caudillo, 2ª Ed., Bogotá: Banco de la República, 1981.

53 López obtuvo más de 900 mil votos en unas elecciones en donde no participó el Partido Conservador.

54 En discurso pronunciado en el marco de la Semana Liberal, a finales de noviembre de 1930, López señaló que “*El Gobierno liberal no es apolítico... Está constituido como consecuencia de una tenaz campaña política; su formación obedece a un proceso político; representa la voluntad de un partido político, y ejerce sus funciones a nombre de ese partido político. Es más: es un partido político en el poder*” (López Pumarejo, *Obras Selectas*, t. I, Bogotá: Cámara de Representantes, 1979, p.368).

Desde el principio López replanteó la relación del Gobierno Nacional con los demás poderes públicos y con la iglesia, debido a que sentía gran reticencia con el modo de ejercer el poder público de los conservadores, el cual había petrificado la poca institucionalidad del Estado colombiano ya que no daba espacio para nada que no fuese dictado por la maquinaria de la hegemonía conservadora y que fuera acorde con la doctrina católica.

En relación con el Congreso de la República, se planteó no una relación de respeto como lo hizo Olaya Herrera sino de franca colegislación⁵⁵. Lo anterior era posible porque los conservadores tampoco participaron en las elecciones legislativas de 1935, por lo que el Congreso de la República era completamente liberal. De esta forma el liberalismo pudo hacer importantes reformas constitucionales, como la constitucionalización de la función social de la propiedad privada, y legales, como la expedición de la Ley 45 de 1936, la cual estableció la investigación de la paternidad natural en cinco causales.⁵⁶

Frente al poder judicial se propuso y exigió una relación de independencia; en su discurso del 17 de agosto de 1934 ante la Corte Suprema de Justicia, López Pumarejo señaló la existencia de una:

[I]naplazable necesidad de hacer justicia en los actos de gobierno, en las leyes y en la manera como los Magistrados las aplican e interpretan. El pueblo colombiano la espera ahora (...) una interpretación más equitativa de las que se vienen aplicando con arbitrariedad, y una actividad constante para mejorar las condiciones en que se mueve la administración de justicia, a fin de que pueda gozar de su principal elemento de desarrollo normal: la independencia del poder judicial, a que pesar de haber sido canon fundamental y clásico de nuestra Constitución, por el modo como aquél se forma y por el abandono en que se mantiene a los Jueces, dejó de existir permitiendo que ellos se convirtieran en épocas anteriores (...) en un instrumento de predominio político, en órganos activos de dominación de un grupo sobre los demás⁵⁷.

Más adelante López señala el derrotero político por el que trascurrió la interpretación de la Corte Suprema durante la hegemonía, sobre los textos jurídicos y que la llevó al más puro legocentrismo:

55 “Yo recibí la Presidencia de la República con el compromiso de renovar las instituciones que fueron moldes insuficientes para una nación más desarrollada y compleja, (...) de examinar sin prevención alguna todos los problemas nacionales que hubieran sido motivo de diferencias entre las corrientes antagónicas (...) El Gobierno quiere ser; más que nunca, colegislador”. Mensaje al congreso en la instalación de sus sesiones ordinarias de 1935. López Pumarejo *Obras Selectas T.II*, Bogotá, Cámara de Representantes, 1980, p.12.

56 Inspirada en la Ley francesa de 1912, las cinco causales de investigación de la paternidad natural de la Ley 45 de 1936 son prácticamente una transcripción de aquélla. Para el presente trabajo no nos interesa enunciarlas, salvo mencionar que, a pesar de las semejanzas entre una y otra ley, existieron algunas diferencias, las cuales darían origen al problema jurisprudencial que analizaremos más adelante.

57 CÁMARA DE REPRESENTANTES. López Pumarejo, *Obras Selectas*, t. I, Bogotá, 1979, p.121. Aquí López, en relación con las ideas mencionadas de los CLS influidos por el marxismo, pone en evidencia el papel político de los jueces en el mantenimiento del orden social preestablecido, al servicio anteriormente del régimen opresivo de los conservadores.

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 nosotros⁵⁸.

Este propósito de independencia y de una administración de justicia capaz de seguir los cambios sociales, se vería potencializado, cuando López tuvo la oportunidad de reemplazar a los magistrados⁵⁹, nombrando desde el dos de abril de 1935⁶⁰ a Antonio Rocha⁶¹, Eduardo Zuleta Ángel⁶², Ricardo Hinestrosa Daza⁶³, Miguel Moreno Jaramillo⁶⁴, Liborio Escallón, Arturo Tapias Pilonieta⁶⁵, Juan Francisco Mujica. Algunos de estos magistrados estarían implicados en el problema jurídico que compete a nuestra investigación.

2. El problema y la ideología

La procedencia de la declaratoria de paternidad natural muerto el presunto padre es el título de la línea jurisprudencial tras la cual se esconde un fuerte debate ideológico de tipo religioso y teórico-jurídico. La pregunta central que se hace la Corte en estos

58 *Ibid.* p. 124. La invitación de López a los nuevos magistrados que conformarán la llamada “Corte de Oro” a revitalizar el Código Civil, el cual se encuentra en un anquilosamiento amañado, se asemeja mucho a la crítica desarrollada a finales del siglo XIX e inicios del XX por la Escuela Científica del Derecho, encabezada por Francois Géný, contra la Exégesis francesa. La crítica de Géný se centra en la denuncia de la “fossilización” del derecho, de la incapacidad del *Code*, tal y como se encuentra desarrollado e interpretado por la Exégesis, para responder a las necesidades de una realidad social de finales de siglo XIX e inicios del XX sustancialmente distinta a la de 1804. (Al respecto véase: Cfr. BERNUZ BENEITEZ, María José. *François Géný y el derecho, La lucha contra el método exegetico*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 99 y s.).

59 Según el artículo 119 de la Constitución de 1886 el Presidente de la República nombraba a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y en virtud del artículo 147 del Acto Legislativo 03 de 1910, el periodo de los magistrados era de cinco años.

60 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá: Legis, 2004, p. 311, nota 150; DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Hermenéutica jurídica de segundo nivel en Colombia*, en: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, pp. 582.

61 Fue el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, durante cuatro años. Fue Ministro en las dos administraciones de López Pumarejo

62 Hizo parte de la denominada “Escuela del Tolima” que hace referencia a un grupo de políticos liberales tolimenses, cuyos máximos dirigentes fueron López Pumarejo y Darío Echandía, que a partir de la Convención Liberal de Ibagué de 1922, dieron el relevo generacional dentro del Partido Liberal y que modernizarían su pensamiento y programa político. Su secretario en la Corte fue el por entonces *Delfín* López Michelsen.

63 De raigambre liberal. Combatió en la guerra civil de 1895 como Coronel del Ejército Revolucionario Liberal. Fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en diversos momentos comprendidos hasta 1950.

64 Antes de ser Magistrado había sido Representante a la Cámara.

65 Santandereano, abogado del Rosario

casos es: ¿Es posible iniciar la investigación de la paternidad natural cuando el presunto padre ya ha fallecido? Alrededor de esta pregunta se organizaron dos bandos al interior de la Corte, a los que llamaremos la “tesis del No” y la “tesis del Sí”. El bando del “No” impuso su ideología desde el 26 de abril de 1940 hasta 1° de octubre de 1945, cuando la tesis del “Sí” logró sobreponérsele⁶⁶.

El problema es tratado por primera vez en la Corte, desde la expedición de la Ley 45 de 1936, en la célebre sentencia del 26 de abril de 1940, con ponencia de Fulgencio Lequerica Vélez, en la que la mayoría de la corporación resuelve no acceder al estudio de la paternidad natural muerto el presunto padre por cuanto considera extinta la acción⁶⁷. El debate surge a partir de la interpretación del artículo 7° de la Ley 45, en relación con los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil⁶⁸; se trata ciertamente de un caso difícil⁶⁹ en la medida en que las normas que regulaban el caso admiten diversas interpretaciones, con resultados distintos.

En este punto lo común sería entrar a estudiar los argumentos *jurídicos* esgrimidos por una y otra parte, cuyos resultados se ubican en extremos opuestos, como *Escila* y *Caribdis* en el estrecho de Mesina. Sin embargo, nuestro objetivo, como ya lo

66 Para la ilustración del debate véase la Figura 1°, donde se grafica la respectiva línea jurisprudencial, tomando como referencia en términos generales la metodología planteada en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2006, pp. 167-184.

67 La forma como fue tomada la decisión es narrada detalladamente por Ricardo Hinestrosa en la sentencia del 28 de junio de 1946: “A esta conclusión [se refiere a la tesis del “No”] llegó la Sala no por unanimidad, sino siempre con votos disidentes. En el primero de esos fallos [es decir, el del 26 de abril de 1940] los dos Magistrados que la sostenían se vieron acompañados por el Conjuez que reemplazó a un Magistrado impedido [que era el mismo Hinestrosa], por la cual, sosteniendo la tesis contraria los tres restantes, ocurrió un empate para dirimir el cual intervino otro Conjuez que, adhiriendo a aquella opinión, creó una mayoría de dos Magistrados y dos Conjueces. Los otros tres Magistrados aludidos salvaron su voto” (Gaceta Judicial, t. 60, p. 716). Los magistrados que salvaron el voto fueron Arturo Tapias Pilonieta, Francisco Mujica y Hernán Salamanca. El primero desaparece de la Corte para reaparecer en la sentencia que inaugura la tesis del “Sí”, de la cual sería ponente; el segundo al parecer termina ese año su periodo, y el tercero seguiría en la corporación, salvando siempre su voto en las decisiones sobre este tema.

68 Ley 45 de 1936, “Sobre reformas civiles (filiación natural)”, marzo 5 de 1936, D. O. Año LXXII, N° 23147, art. 7°: “Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de filiación natural”.

Artículo 401: “El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna”.

Artículo 403: “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

Artículo 404: “Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.

69 Al respecto véase *supra*, la nota 17.

dijimos, es develar tras el disfraz del discurso jurídico los argumentos *teórico-jurídicos* y *religiosos* subyacentes en la decisión.

FIGURA 1°

¿Puede intentarse la declaración judicial de la paternidad natural muerto el presunto padre?			
NO	• 26 Abr. 1940, F. Lequerica	• Salvamentos de voto (3) A. Tapias, F. Mujica y H. Salamanca – 26 Abr. 1940	SI
		• Salvamento de voto H. Salamanca – 30 Jun. 1941	
	• 30 Jun. 1941, F. Lequerica	• Salvamentos (2) de voto H. Salamanca y R. Hinestroza – 22 Sep. 1942	
	• 22 Sep. 1942, I. Cepeda	• Salvamento de voto de H. Salamanca y R. Hinestroza – 30 Sep. 1942	
		• Salvamento de voto de H. Salamanca y R. Hinestroza – 20 Feb. 1943	
	• 30 Sep. 1942, F. Lequerica	• 1 Oct. 1945, A. Tapias	
		• 28 Jun. 1946, R. Hinestroza	
	• 20 Feb. 1943, L. Escallón	• 29 Jul. 1946, J. Montalvo	
		• 23 Sep. 1946, A. Tapias	
	• 14 Jul. 1943, L. Escallón	• 7 Abr. 1953, A. Bonilla	
	• 9 Nov. 1943, J. Arango	• 23 Oct. 1953, P. Castillo	
	• 30 Nov. 1943, J. Arango	• 15 Jul. 1954, A. Zuleta	
	• Salvamento de voto E. Rodríguez – 15 Jul. 1954	• 23 Sep. 1954, L. Latorre	
		• 25 Nov. 1955, A. Zuleta	

a) **El argumento teórico-jurídico**

La generación de magistrados que integraron la Corte Suprema de Justicia en el periodo 1936-1940 y algunos años posteriores se conoce como la “Corte de Oro”⁷⁰. Su pensamiento estuvo influido por la corriente antiformalista francesa, protagonizada por la Escuela Científica de Francois Génay y sus colegas, organizada en abierto ataque contra la Exégesis del siglo I, y la jurisprudencia de conceptos de Puchta. “*Eran jurisconsultos que conocían bien los escritos de Josserand, los hermanos Mazeaud, Planiol y Ripert, Claro Solar, Fernando Vélez, León Duguít, entre otros. En su mayoría, juristas jóvenes, que expresaban una ideología progresista burguesa*”⁷¹.

Sin embargo, la recepción del antiformalismo francés no fue un proceso sencillo, ni tampoco pacífico⁷², y, como generalmente sucede, terminó por ser una mixtura entre

70 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, op. Cit., pp. 296-308.

71 DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Hermenéutica jurídica de segundo nivel en Colombia*, op. Cit., p. 582.

72 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, op. Cit., pp. 290 y ss.

las teorías entrantes y las ideas jurídicas locales previamente arraigadas. Del mismo modo sucedió en el debate sobre la *procedencia de la declaratoria de filiación natural muerto el presunto padre*, en donde, tras la tesis del “No”, se encuentran las ideas de la Exégesis⁷³, y ocultas en la tesis del “Sí” están las de la Escuela Científica⁷⁴.

En efecto, la tesis del “No” llegó a su conclusión utilizando tres argumentos propios –aunque no exclusivos- de la Exégesis, a saber: el argumento semántico, el comparativo y el genético⁷⁵. Mediante el argumento semántico la tesis del “No”, aludiendo a la claridad del texto, realiza una interpretación literal y aislada del inciso segundo del artículo 403 del Código Civil, aplicable a los casos de filiación natural por remisión del artículo 7° de la Ley 45 de 1936, y concluye que no es posible adelantar un juicio de investigación de la paternidad natural muerto el presunto padre pues estaría viciado de nulidad.

En refuerzo de lo anterior, sostiene que en el artículo 401 del Código se establece la teoría de la cosa juzgada absoluta (efectos *erga omnes*) de los fallos de filiación como una excepción a la regla general de los efectos relativos de las sentencias⁷⁶; según esta teoría, las sentencias de filiación natural no tienen efectos relativos, pues, de lo contrario se llegaría al absurdo de afirmar que, respecto a unas personas, x es hijo de y, pero respecto de otras, x no es hijo de y, atentando contra uno de los principios fundamentales de la lógica formal: el principio de no contradicción. Y, para que los fallos de filiación natural tengan efectos absolutos se requiere que intervenga el legítimo contradictor, es decir, el padre; pero si éste ya ha muerto, sería absurdo adelantar un juicio de filiación que va a producir efectos relativos.

73 Cuando hablamos de la Exégesis, nos referimos a la escuela jurídica francesa fundada, entre otros, por Claude-Étienne Delvincourt (1762-1831), Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1758-1838), Charles Toullier (1752-1835), Jacques de Maleville (1741-1824), Georges-Antoine Chabot de l'Allier (1758-1819), y posteriormente desarrollada en su periodo de apogeo, a mediados del XIX, por los grandes comentaristas del *Code*: Alexandre Duranton (1783-1866), Charles Aubry (1803-1883), Charles Rau (1803-1877), Charles Demolombe (1804-1887), Raymond Troplong (1795-1869), Frédéric Taulier (1806-1861) y Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854).

74 Por Escuela Científica del Derecho entendemos el movimiento gestado por Francois Géný (1861-1969) y Raymond Saleilles (1855-1912), a cuyas filas se unieron Marcel Planiol (1853-1931), Henri Capitant (1865-1937), Louis Josserand (1868-1941), René Demogue (1872-1938), Julien Bonnet (1878-1950) y Georges Ripert (1880-1958).

75 Estos tres argumentos pueden también llamarse, tal como son conocidos en nuestra cultura jurídica tradicional, técnicas semántica, histórica y gramatical del método exegético; sin embargo, teniendo en cuenta que para la Exégesis no había algo que se llamara “método exegético”, pues el sólo hecho de admitir la existencia de métodos de interpretación es contrario a la naturaleza del derecho mismo, el cual se presume una obra perfecta del legislador infalible, y por ende no requiere interpretación. Por ello hemos preferido utilizar la terminología de Alexy, para quien los diversos cánones de interpretación son formas de argumentos (Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. Cit., pp. 225-240).

76 “*Res judicata inter alios aliis neque nocere neque prodesse potest*”. En principio las sentencias solamente producen efectos inter partes; dicha regla general está prevista en el artículo 17 del Código Civil.

En segundo lugar, realizando un análisis comparativo de las legislaciones francesa de 1912 y colombiana de 1936, de la cual aquélla es fuente directa de ésta, concluye que si bien existen más semejanzas que diferencias, lo cierto es que dichas diferencias son esenciales en la resolución del caso estudiado.

La Ley francesa de 1912 había establecido un término de prescripción de 2 años para intentar la acción de filiación natural por la madre o por el tutor, contados a partir de la fecha del parto (si no ha habido “concubinato notorio”), o el mismo término contado a partir de la cesación de las relaciones (cuando sí ha habido concubinato notorio); y si la acción no se había intentado en la menor edad, el hijo tenía 1 año contado a partir del cumplimiento de la mayoría de edad. De la misma manera, comparando con otros países, en Suiza e Inglaterra había un término de 1 año, y en Bélgica, Holanda y Alemania, era de 3 años. De modo que, a pesar de corto el término, sí era posible, en dichas legislaciones, impetrar la acción una vez muerto el padre.

Por el contrario, la Ley 45 de 1936 no había señalado ningún término para intentar la acción, por tanto, y aquí entra el argumento genético, interpretando la supuesta voluntad del legislador, se concluye que implícitamente el legislador quiso que la acción se extinguiera muerto el padre. Tan es así que en los mismos antecedentes histórico-legislativos se aprecia cómo en el proyecto original de la Ley 45 establecía la presunción de la paternidad natural⁷⁷.

Frente a los argumentos del “No”, la tesis del “Sí” basa su ataque también en un argumento histórico, sumado a argumentos de tipo sistemático y teleológico, en donde se apoya incluso en la libre investigación científica, elementos característicos de la Escuela Científica del derecho. Realizando un análisis sistemático de los artículos en mención (401, 403 y 404 del CC y 7° de la Ley 45) junto con el artículo 402 y 216 y siguientes del Código Civil, la tesis del “Sí” llega a la conclusión de que no es cierto, tal como lo afirma la tesis del “No”, que el artículo 401 consagre el principio de efectos absolutos de las sentencias sobre filiación. Para llegar a dicha conclusión se ayuda a su vez en doctrina⁷⁸ francesa, chilena y colombiana.

Para la tesis del “Sí”, así como es posible adelantar un juicio de impugnación de la paternidad o maternidad por parte terceros interesados, también es posible

⁷⁷ “Fue tan manifiesto el propósito del legislador colombiano de no expedir un estatuto tan amplio y generoso como lo anhelan algunos intérpretes que al presentarse el proyecto su artículo 4° estaba redactado así: “la paternidad natural **se presupone**” (...), el legislador consideró, con razón, de suma gravedad la consagración de semejante presunción...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del 30 de junio de 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, Gaceta Judicial, t. 50, p. 630, negrillas son del original). Dicha presunción, a pesar de no establecerse en el texto de la Ley 45 de 1936, sí fue establecida en la Ley 75 de 1968.

⁷⁸ Recurrir a la doctrina como fuente formal es también una característica de la Escuela Científica. En efecto, el sistema de fuentes formales propuesto por Gény se estructura de la siguiente manera: *i*) ley; *ii*) costumbre y *iii*) libre investigación científica. La costumbre a su vez se divide en dos: *a*) la perfecta, que es la costumbre propiamente dicha, y *b*) la imperfecta, cual es aquélla que aún no ha pasado por la práctica, y que viene a ser la **doctrina** y la jurisprudencia. Al respecto véase: BERNUZ BENEITEZ, María José, op. Cit., pp. 116-117.

investigar la paternidad natural contra los herederos del presunto padre. Ello se debe a que los fallos de filiación pueden producir efectos absolutos o relativos, dependiendo si se dirigen o no contra legítimo contradictor⁷⁹. Sin embargo, esto no significa que se caiga en el absurdo señalado por la tesis del “No”; al contrario, se debe distinguir entre los efectos del fallo relacionados con el estado civil y las consecuencias patrimoniales del mismo, de modo que no se viola el principio de indivisibilidad del estado civil. Así, es posible que el fallo sea oponible patrimonialmente sólo respecto de quienes fueron vencidos en juicio, pero ello no significa que el hijo declarado tal lo sea sólo respecto de esas personas.

En segundo lugar, acudiendo también a la voluntad del legislador, la tesis del “Sí” utiliza el argumento histórico con el que llega a la conclusión contraria: el hecho de que la Ley 45 no hubiere establecido un término de prescripción de la acción significa que ésta no prescribe; el silencio del legislador, que en la tesis del “No” era una causal tácita o implícita de extinción de la acción, es en la tesis del “Sí” una omisión simple del legislador.

Por último, partiendo de una perspectiva teleológica, se tiene que la finalidad de la Ley 45 fue proteger a la prole ilegítima dejada al desamparo al negarle la posibilidad de investigar la paternidad natural. Aquí la tesis del “Sí” introduce elementos sociológicos y finalísticos en la interpretación respecto a una hipótesis concreta, la del *nasciturus*:

“Con la tesis de que muerto el padre muere la acción del hijo natural para reclamar su estado, piénsese en la categoría de hijos que radicalmente estarían desposeídos de la acción al nacer: los póstumos. Se hace imposible concebir que estén excluidos. No pueden estarlo, si el principio en que se inspiran los artículos 91 y 93 del Código Civil, de que la ley protege la vida y el patrimonio del que está por nacer, traduce imperativos de justicia que impiden quebrantar sin motivos legítimos la igualdad de posibilidades de los hombres ante la ley”⁸⁰

b) El argumento religioso

Como ya mencionamos en el aparte anterior, la recepción del antiformalismo francés fue un proceso complejo en el cual incidieron factores ideológicos de tipo teórico, sino también religioso. El argumento religioso adquirió diversas texturas, desde la postura tradicional-ortodoxa hasta un catolicismo de tipo progresista, que sirvió para legitimar las tesis del “No” y del “Sí” respectivamente.

79 Esta postura había sido sostenida por el mismo Eduardo Rodríguez Piñeres en su obra *Curso elemental de derecho civil colombiano*, t. II, número 420, quien fuera conjuer en la decisión del 30 de junio de 1941 y que defendió la tesis del “No” (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 1° de octubre de 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, Gaceta Judicial, t. 59, p. 689). Aquí se ve claramente la mala fe del magistrado Rodríguez, según lo habíamos visto ya en Duncan Kennedy (véase *supra*, la nota 46).

80 . Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 1° de octubre de 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, Gaceta Judicial, t. 59, pp. 695-696. Si bien aquí también se esboza un argumento de tipo moral, lo que queremos poner de relieve es la alusión al fin previsto en la norma.

Partiendo de una postura tradicional del catolicismo, la tesis del “No” rechaza la posibilidad de investigar la paternidad natural muerto el presunto padre pues considera que ello atenta contra la tranquilidad y la seguridad familiar. Sin embargo, cuando la tesis del “No” se refiere a “la familia” en realidad se está refiriendo es a la familia legítima o a la familia inserta en el matrimonio; el matrimonio es pues el único territorio posible de la familia, pues solamente ésta puede prosperar al amparo del sacramento. El argumento religioso-tradicional, expuesto bajo la cubierta de un argumento jurídico-teleológico, reza más o menos de la siguiente manera:

*“El alto fin social de la Ley 45 es proteger a la progenie extramatrimonial y desamparada, tutelándola contra el abandono paterno o el olvido de elementales deberes impuestos por la naturaleza; pero tal protección no debe extravasar los límites de la necesidad, ni convertirse en constante amenaza de la familia, otorgándole a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad”.*⁸¹

Por “*motivos de seguridad*” no es posible, por tanto, “*mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido*” y “*sería muy grave y funesto para las relaciones de familia sostener lo contrario*”.⁸²

Curiosamente el mismo argumento religioso, pero utilizado de un modo distinto, sirve para llegar a la conclusión contraria, tal como lo expone la tesis del “Sí”, según la cual la investigación de la paternidad natural muerto el presunto padre funciona como mecanismo para desincentivar la procreación extramatrimonial en la medida en que se evita la irresponsabilidad del padre al establecer frenos económicos a la infidelidad—lo cual ciertamente es una ingenuidad—, al tiempo que está acorde con la moral cristiana puesto que, aun cuando sea fruto del pecado, el hijo natural es también un hijo de Dios que debe gozar por tanto del mismo amor y trato legal.

Este argumento que llamaremos religioso-progresista⁸³ expresa además una necesidad legal de regular la materia, y se esboza al siguiente tenor:

“La solución jurisprudencial en este fallo adoptada lejos de desarmonizar encuadra perfectamente dentro de las normas de la moral cristiana. La unidad y estabilidad de la familia legítima cimentada por esta moral es base de austeridad en las costumbres, espíritu de orden, benevolencia y generosidad entre los hombres, virtudes que generalizadas en la sociedad hacen germinar espontáneamente el sentimiento colectivo de la justicia tan

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del 30 de junio de 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, Gaceta Judicial, t. 50, p. 624, subrayas fuera del original.

82 *Ibid.*, pp. 626-627, subrayas fuera del original.

83 Aquí entra nuevamente la figura de Francois Géný, exponente de la Escuela Científica que sirve de fundamento para la tesis del “Sí” como ya lo vimos. De hecho, la obra de Géný se adscribe al movimiento del “modernismo” religioso, rechazado y combatido firmemente por Pío X, quien fuera papa entre 1903 y 1914. Al respecto véase: Cfr. BERNUZ BENEITEZ, María José, op. Cit., p. 28.

necesario y esencial en la convivencia de las naciones, de los individuos y grupos sociales de cada pueblo. Y no hay mayor disolvente de la familia legítima⁸⁴ que la tendencia a la procreación extramatrimonial. De ahí que si los diques de la moral religiosa con sus llamamientos a las conciencias individuales son insuficientes a contenerla, está bien que la ley positiva intervenga, permitiendo y reglamentando la investigación de la paternidad ilegítima, aun cuando no sea sino con el objeto de abrir el camino de las reparaciones patrimoniales, a modo de freno económico, mediante las cargas que se establezcan a favor de la prole extramatrimonial, con fines de protección, pues el que ella sea fruto del pecado no autoriza la plena irresponsabilidad del padre, en el sentido de dejarla abandonada al desamparo. (...) El temor a que se perturbe el ritmo de la tranquilidad de los hogares es preocupación infundada [puesto que] (...) viviendo el padre es cuando la acción de declaración de filiación natural puede traer realmente motivos de intranquilidad y disgusto en el hogar entre el padre y la esposa o entre el padre y los hijos legítimos. Pero muerto el padre tales peligros son imaginarios, y sólo habrá de defender a los herederos contra el intento de acciones sorpresivas prevalidas en su desconocimiento de las actividades de aquél..."⁸⁵

La Corte finaliza haciendo una recomendación al legislador con el fin de aclarar el asunto de una vez por todas, y sugiriendo a la vez el establecimiento de un término de prescripción para el ejercicio de la acción, sugeriendo que no sería tomada sino hasta la expedición de la Ley 75 de 1968, que en el inciso segundo de su artículo 10° señala: "Muerto el padre la acción de investigación de la paternidad podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge", y limita la oponibilidad de los efectos patrimoniales del fallo que declara la filiación natural a quienes fueron parte en el juicio, siempre que hayan sido notificados dentro de los dos años siguientes a la defunción. El artículo décimo de la Ley 75 de 1968 representa pues el telón de fondo del presente trabajo, con el que concluye finalmente la función.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL TORRADO, Helí. *Código de Familia, Legislación, jurisprudencia, doctrina y normas complementarias*, Bogotá: Librería del profesional, 2000.

ALEY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación 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.

84 Nótese que aquí ya se distingue entre la familia legítima (entendida por la tesis del "No" como la única forma de familia posible) y, aunque propiamente no se refiera a ella, por lo menos deja el espacio abierto para la familia extramatrimonial.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 1° de octubre de 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, Gaceta Judicial, t. 59, p. 696, subrayas fuera del original.

DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Hermenéutica jurídica de segundo nivel en Colombia*, en: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, pp. 582-597.

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

Enciclopedia de Colombia a su alcance, t. I, Madrid: Espasa, 2003.

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

GADAMER, H. G. *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 y CORTÉS FALLA, Mónica. "La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia", en: Revista Temas Socio-Jurídicos, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Vol. 28, N° 59, 2010

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

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (1960), trad. R. Vernengo, 13ª ed., Porrúa, México, 2003.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: [fin de siècle]*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

_____, Entrevista, *La controversia política es parte del razonamiento jurídico*, en: THEMIS-Revista de Derecho 50, 2004, p. 323. En la web: http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf.

_____, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, El Debate con la Teoría Crítica del Derecho (CLS)*, trad. por Diego López Medina, Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

_____, *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 11, Alicante, 1992, pp. 283-293. En la web: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.

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

_____, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2007.

_____, *Teoría impura del derecho*, Bogotá: Legis, 2004.

López Pumarejo, *Obras Selectas t. I*, Bogotá: Cámara de Representantes, 1979.

López Pumarejo, *Obras Selectas t. II*, Bogotá: Cámara de Representantes, 1980.

RODRÍGUEZ, Gustavo. *Olaya Herrera, Político, Estadista y Caudillo*, Bogotá: Banco de la República, 1981.

ROEMER, Andrés. *La perspectiva de los estudios de la crítica jurídica*, en: *Introducción al análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 73-83.

TRÍAS MONGE, José. *Duncan Kennedy y los estudios jurídicos críticos*, en: *Teoría de la Adjudicación*, San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2000, pp. 317-337.

Sentencias⁸⁶

CSJ Civil, 26 Abr. 1940, F. Lequerica Vélez. GJ: LI, pp. 249-286.

CSJ Civil, 30 Jun. 1941, F. Lequerica Vélez. GJ: LI, pp. 616-640.

CSJ Civil, 22 Sep. 1942, I. Cepeda. GJ: LIV, pp. 88-101.

CSJ Civil, 20 Feb. 1943, L. Escallón. GJ: LV, pp. 32-36.

CSJ Civil, 30 Sep. 1942, F. Lequerica Vélez. GJ: LIV bis., pp. 126-133.

CSJ Civil, 14 Jul. 1943, L. Escallón. GJ: LV, pp. 587-588.

CSJ Civil, 9 Nov. 1943, J. M. Arango. GJ: LVI, pp. 268-274.

CSJ Civil, 30 Nov. 1943, J. M. Arango. GJ: LVI, p. 313.

CSJ Civil, 1 Oct. 1945, A. Tapias. GJ: LI, pp. 682-703.

CSJ Civil, 28 Jun. 1946, R. Hinestrosa. GJ: L, pp. 714-720.

CSJ Civil, 29 Jul. 1946, J. Montalvo. GJ: L, pp. 775-784.

CSJ Civil, 23 Sep. 1946, A. Tapias. GJ: LI, pp. 67-77.

86 En Colombia no existe un criterio único para la citación de sentencias; por ello se ha tomado como referencia aproximada la propuesta de Diego López Medina en: *Las fuentes del argumento*, Bogotá: Legis, 2009.

CSJ Civil, 7 Abr. 1953, A. Bonilla Gutiérrez. GJ: LIV , pp. 578-618.

CSJ Civil, 23 Oct. 1953, P. Castillo Pineda, GJ: LVI, p. 637-642.

CSJ Civil, 15 Jul. 1954, A. Zuleta Ángel, GJ: LVIII, p. 81-83.

CSJ Civil, 23 Sep. 1954, L. Latorre, GJ: LVIII, p. 645-655.

CSJ Civil, 25 Nov. 1955, A. Zuleta Ángel, GJ: LI, p. 638-648.