

Metodología y técnica de la Investigación Jurídica

Jaime
GIRALDO ÁNGEL

340.075

G516m Giraldo Ángel, Jaime

Metodología y técnica de la Investigación jurídica: Investigación/Jaime Giraldo Ángel.

Ibagué:

Universidad de Ibagué, Programa de Derecho, 2012. (Obras Completas; Vol. 1)

291 p.

ISBN 978-958-754-064-2 Impreso

ISBN 978-958-754-069-7 Digital

Descriptores: Investigación socio-jurídica; Sociología del Derecho.

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Ibagué, Colombia
Noviembre de 2012

© Universidad de Ibagué, 2012

© Jaime Giraldo Ángel, 2012

Dirección editorial
Oficina de Publicaciones
publicaciones@unibague.edu.co
Universidad de Ibagué
Calle 67, Carrera 22. A.A. 487
Teléfono: +57 8 2709400
Ibagué-Tolima, Colombia
www.unibague.edu.co

Diseño, diagramación e impresión
León Gráficas Ltda. PBX 2630088. Ibagué



Metodología y técnica de la Investigación Jurídica by Jaime Giraldo Ángel is licensed under a Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License.

Creado a partir de la obra en <http://ediciones.unibague.edu.co/index.php/programa-de-derecho-ciencia-politica>.

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://ediciones.unibague.edu.co/index.php/programa-de-derecho-ciencia-politica>

Contenido

Prólogo a la Colección Jaime Giraldo Ángel	7
Prefacio	15
0. Introducción	19
0.1. El Derecho como ciencia básica y como ciencia aplicada	19
0.2. La investigación jurídica	22
0.3. La monografía jurídica	25
CAPÍTULO PRIMERO	
1. Las fuentes formales principales del Derecho	27
1.1. La ley como fuente formal de Derecho	27
1.2. La equidad como fuente formal de Derecho	67
1.3. El negocio jurídico como fuente formal de Derecho	69
1.4. Determinación y crítica de la fuente	74
1.5. Ejercicios prácticos	82
CAPÍTULO SEGUNDO	
2. Fuentes jurídicas formales subsidiarias	97
2.1. La analogía	97
2.2. Los principios generales del Derecho	101
2.3. La costumbre	112
2.4. La Doctrina constitucional	121
2.5. Ejercicios prácticos	125
CAPÍTULO TERCERO	
3. Los métodos de interpretación	143
3.1. El método en la investigación jurídica	143
3.2. El método exegético	146
3.3. Método sistemático	157

3.4. Método sociológico	167
3.5. Crítica jurídica	186
3.6. Ejercicios prácticos	194

CAPÍTULO CUARTO

4. La formulación del problema jurídico	219
4.1. La formulación de los problemas jurídicos en la praxis profesional	219
4.2. Determinación de los hechos relevantes	222
4.3. Prueba de los hechos	226
4.4. Connotación jurídica de los hechos	233
4.5. La naturaleza integral del raciocinio jurídico	237
4.6. Crítica jurídica	238
4.7. Ejercicios prácticos sobre hechos	242

CAPÍTULO QUINTO

5. La monografía jurídica	253
5.1. Características de la investigación jurídica	253
5.2. Escogencia del tema y elaboración del plan	255
5.3. Recopilación de la información	266
5.4. Contenido material del trabajo	279
5.5. La estructura formal del trabajo	282

Prólogo

Su obra es un gran legado para las generaciones venideras

Debo confesar que no soy el mejor lector de la obra de mi padre porque, parte de ella, la que tiene que ver con la dogmática jurídica, me parece realmente insulsa. Pero, a pesar de ello, creo que soy quien más conoce de la filosofía de su obra porque estudié Ciencia Política y de él aprendí que el Derecho que no hunde sus raíces en la realidad social de los pueblos, como lo predicaban el Jusnaturalismo y el Positivismo Jurídico, se limita a simples invenciones de quienes se arrojan el poder. Yo me he dedicado a escucharlo y a colaborar con él en sus intentos de modernizar la Justicia con proyectos de Justicia Comunitaria que, según él, le permitieron integrar el Derecho con la Psicología.

Es un privilegio. Los libros hablan pero no escuchan. Jaime Giraldo habla muy bien y escribe magnífico, pero escucha mejor. Por eso, siempre está dispuesto a entablar largas conversaciones sobre las cuales ya está planeando la siguiente edición de sus textos, porque él reflexiona, corrige y perfecciona constantemente su pensamiento, consciente de que la suya será una obra inconclusa, ya que siempre está deliberando sobre los temas que lo apasionan. Y, yo me he dedicado a escucharlo, a replicarle, a controvertirlo, con o sin razón, con el único objetivo de que me hable más, para aprender más, sin tener que leerlo. Quizás este sea el prólogo menos comercial de la historia. Definitivamente, no sé vender. Eso lo heredé de Jaime Giraldo Ángel.

Sin embargo, teniendo en cuenta que no muchos tenemos este privilegio de dialogar con el autor, es menester conversar con su obra en ese diálogo mudo entre la mente crítica y las posiciones revolucionarias. Porque Giraldo Ángel es un revolucionario que no cree en verdades absolutas. El único dogma que le acompaña es el de no creer en dogmas.

Con base en la apertura mental, ha formulado todo su corpus ideoló-

gico. Él parte de la base de que la realidad hay que comprenderla y que esta comprensión está mediada por múltiples variables que deben considerarse. Sabe que las ciencias humanas o culturales, como las define, no presentan resultados predecibles y que, por eso, es tarea del investigador social desarrollar la capacidad para descifrar los diferentes aspectos que componen esta realidad. Habla con fascinación de John Dewey y admira su pragmatismo.

Por ejemplo, para él, la norma debe ser una construcción cultural derivada de la relación medio-fin entendiendo por los fines, los objetivos sociales que los pueblos han determinado para ellos mismos. La norma debe ir más allá de ser un postulado positivista de la clase dominante para hacer del Derecho algo instrumental para la dominación. En este orden de ideas, la norma debe encauzar la conducta de los pueblos dentro de una concepción aristotélica de la política, y apuntar siempre hacia un bien común que haya definido dicho pueblo.

Estas son apreciaciones dispersas del pensamiento que ha compartido mi padre conmigo en extensas charlas y que, ahora que lo pienso bien, me invitan a leer su obra para comprenderlo mejor. Será mi próximo reto intelectual para contribuir con más y mejores argumentos de discusión, para cargar más el café de la charla y para comprender mejor por qué, para él, es tan importante comprender.

Escribir parte de este prólogo es un gesto de irresponsabilidad al no ser garante del contenido de lo que lleva la obra. Pero quería, de alguna forma, hacer parte de este homenaje de la Universidad de Ibagué hacia mi padre al compilar y publicar su obra, sin duda, un gran legado para las generaciones venideras no sólo de abogados; también, de psicólogos y, en general, de aquellos investigadores sociales inquietos que quieren entender, de alguna manera, el por qué y el para qué de las normas desde la perspectiva de “un contemporáneo en todos los tiempos” como definiera a Giraldo Ángel un estudiante suyo de antaño en la Universidad Externado de Colombia.

Para compensar este vacío en la exposición de los textos, cedo la batuta en la carrera de relevos de este prólogo a mi hermano Oswaldo, quien sí ha sido un asiduo estudioso de la obra de mi padre y ha compartido la coautoría de uno de sus libros, el de *Metodología de Investigación Jurídica*.

Andrés Felipe Giraldo López.

La enseñanza de la investigación social como punto de partida del Derecho

A diferencia de Andrés Felipe, desde mis años de universitario tuve el privilegio de incorporarme al mundo intelectual de mi padre, pues fue mi profesor en la *Metodología de la investigación bibliográfica* y en la *Metodología de la investigación jurídica*, y luego su monitor, y he compartido con él la cátedra en estas materias y en la *Metodología de la investigación sociojurídica*, en varias universidades e instituciones públicas del país. Conozco bien su obra, en especial la que ha sido el resultado de su afición por la enseñanza, que está integrada en las tres metodologías que ahora nos presenta la Universidad de Ibagué; igualmente, y aunque no con tanta profundidad, me he familiarizado con su obra en cuanto a la investigación sobre los problemas de la justicia. Esta se inició en el seno del Instituto SER de Investigaciones y la aplicó durante los años en que se desempeñó como Ministro de Justicia y Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, con el propósito de contribuir en la solución de los grandes problemas que aquejan la justicia en nuestro país.

La academia

Sus textos académicos, en particular las tres metodologías, comienzan con una profunda reflexión sobre las características de la argumentación que se expresa en la *Metodología de la investigación bibliográfica*, y concluyen con un no menos profundo análisis del papel que el Derecho debe jugar en las sociedades actuales, recogido en su *Metodología de la investigación sociojurídica*. En el intermedio se encuentra la *Metodología de la investigación jurídica*, que constituye un texto excepcional para entender el Derecho como ciencia aplicada.

En su *Metodología de la investigación bibliográfica*, Jaime Giraldo Ángel nos presenta de una manera sencilla y práctica los elementos que debe contener una adecuada exposición del pensamiento, en especial cuando pretendemos escribir nuestras ideas y adelantar investigaciones en cualquier campo del saber. Bajo esta perspectiva, en su primera parte nos trae su libro *La lógica de la disertación escrita*, para enseñarnos la estructura y desarrollo secuencial del párrafo, así como las disertaciones expositiva y argumentativa. En la segunda parte, la obra nos ilustra sobre el procedimiento que debe seguirse para la *elaboración del trabajo*; en ella, nos explica con paciencia el arte

de escoger y delimitar un tema, elaborar un plan, recopilar la información y estructurar las ideas para plasmarlas por escrito.

Aún cuando el autor confiesa a sus colaboradores más cercanos que la *Metodología de la investigación bibliográfica* es un libro para *aprender a leer y a escribir*, creo sinceramente que esta es una apreciación que se queda corta, pues es un texto que enseña a pensar en la argumentación. Dentro de la lógica de la disertación escrita siempre me llamaron la atención sus estructuras en la disertación argumentativa, pues constituye una herramienta invaluable para comprender la validez y la certeza de las argumentaciones que se exponen día a día para sostener distintas tesis.

En su *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, por su parte, Jaime Giraldo Ángel aborda el estudio del Derecho como *ciencia aplicada*, y deja plasmado en su texto lo aprendido durante toda una vida dedicada a la investigación. Desde sus primeros años de docente en la Universidad Externado de Colombia, dedicó su vida académica a entender la estructura de la argumentación jurídica, con un excelente grupo de estudiantes y de profesores que le colaboraron en esa tarea y que ahora son profesionales exitosos en sus respectivas áreas.

La *Metodología de la investigación jurídica* constituye un texto excepcional para el ejercicio profesional del Derecho, pues enseña a ubicar correctamente el problema que se debate, a entender en qué consiste el conflicto entre las partes y a resolver con acierto las pretensiones y las excepciones. Dentro de una estructura científica, y teniendo la fuente formal como el objeto de conocimiento, el autor desarrolla posteriormente los métodos de aproximación a ese mismo objeto de conocimiento, introduciéndonos en el campo de la interpretación de la ley, bajo la óptica de las escuelas Ius Naturalista, Positivista y Sociológica del Derecho. El texto, adicionalmente, no olvida que los problemas jurídicos surgen de la realidad social que regula y que, por lo tanto, en los hechos se presentan conflictos jurídicos, que emergen ya de la relevancia, de la prueba o de la connotación jurídica.

Como conclusión que se deduce después de muchos años de revisar el texto de la *Metodología de la investigación jurídica*, el abogado puede comprender que, en el ejercicio de la profesión, los problemas jurídicos derivan por discrepancias sobre los hechos o sobre el Derecho. En el primer evento, el conflicto puede estar en la relevancia, la prueba o la connotación jurídica del hecho;

en el segundo, por su parte, puede estar en la fuente aplicable o en el método o la técnica de interpretación. Ubicar de esta manera el conflicto se constituye en una herramienta muy valiosa, pues le permite al abogado y a los jueces detectar el origen del problema para resolverlo de manera satisfactoria.

La *Metodología de la investigación sociojurídica*, por su parte, constituye la obra cumbre y tal vez la más querida por Jaime Giraldo Ángel, pues sintetiza su pensamiento sobre la función que debe cumplir el Derecho en una sociedad. A diferencia de la Metodología de la investigación jurídica, la investigación sociojurídica encaja dentro de lo que el mismo autor denomina *ciencia pura*, que es aquella que permite la construcción del Derecho para su posterior aplicación. La lectura de cada uno de los capítulos que integra el libro nos introduce en un mundo fascinante, pues parte de la noción de la *ciencia* en el mundo de lo físico, lo animal, lo social y lo cultural, y destaca sus semejanzas y diferencias para demostrarnos que el Derecho no constituye más que un instrumento que las sociedades utilizan para alcanzar fines políticos, inscritos en lo que el mismo autor denomina la escuela del *Derecho de Estado*, que parte de una concepción sociológica distante de las concepciones ius naturalistas y positivistas que han invadido la enseñanza de nuestro Derecho.

Aún cuando la estructura del texto de la *Metodología de la investigación sociojurídica* se inscribe en el saber científico, no dudo de calificarlo como *post modernista* pues, para el autor, la construcción del Derecho surge de las metas políticas que una sociedad en su conjunto y por consenso adoptan, ya sea que se reflejen en un texto constitucional o de otra manera reconocida. El libro se inscribe así en las teorías que van a la vanguardia en estos campos, y recoge los últimos conceptos de connotados pensadores como Renato Treves, María de Lourdes Souza, Julio César Cueto Rúa, John Rawls o Jürgen Habermas o, en nuestro medio, Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez. Con un enorme despliegue de erudición y conocimiento, el libro finalmente condensa el pensamiento del autor sobre la función instrumental del Derecho, para afirmar que se trata de un producto cultural, que hunde sus raíces en las sociedades que regula y que solo puede ser entendido y aplicado en este contexto. Protesta y reacciona así el autor contra la actual escuela clásica de nuestras universidades, que enseñan en Derecho Positivo de Kelsen, basado en una teoría pura que lo aleja de la realidad social que pretende regular.

La obra académica del autor concluye con un apasionante texto sobre la Ética y el Derecho que condensa su pensamiento sobre el papel que debe cumplir el jurista en los países civilizados y el arraigo que debe tener el Derecho en las realidades sociales que regula.

Toda su labor académica se enfoca entonces a criticar la enseñanza del Derecho en las universidades del país, atadas por muchos años a la corriente positivista, que se limita a transmitir el conocimiento de la norma sin arraigo en la realidad social, que es precisamente lo que el autor rescata para orientar la discusión del tema en la cátedra activa.

Los problemas de la justicia

La obra que publica la Universidad de Ibagué sobre los problemas de la justicia compila tres textos que contienen las contribuciones de Jaime Giraldo Ángel a la solución de los problemas que aquejan la justicia en nuestro país. Estas nacieron en el seno del Instituto SER de Investigaciones, y el autor las puso en práctica cuando ejerció los cargos de Ministro de Justicia y Presidente del Consejo Superior de la Administración de Justicia, en su carácter de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Especial preocupación muestra el autor por la solución de los conflictos jurídicos en nuestro país, en particular porque reconoce en la justicia formal una dificultad inmensa para atender los casos que se le presentan día a día. Precisamente, para abordar esa problemática y ante la coyuntura de la adopción de una nueva Constitución Política, en el ejercicio del cargo de Ministro de Justicia, Jaime Giraldo Ángel propone una ambiciosa reforma para descongestionar los despachos judiciales, mediante los mecanismos de la creación de los jueces de Paz y la justicia comunitaria; el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a través de la creación de la conciliación y la adopción de nuevos procedimientos arbitrales y de amigable composición; la asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, y la adopción de medidas para descongestionar la justicia formal, que condensa con el trámite para la expedición por el Congreso de la República de la Ley 23 de 1991, cuyos principios son luego recogidos en la Carta Política.

Así mismo, en una época bien difícil para el país, el autor aborda los problemas que ocasiona la delincuencia organizada y propone introducirle a

la Constitución Política en elaboración, una herramienta fundamental para combatirla, como lo es la Fiscalía General de la Nación, en reemplazo de los jueces de Instrucción que, en la soledad de sus cargos, debían enfrentar esa estructura delincencial capaz de atemorizar a todo un país. Si bien la Constituyente finalmente hizo extensiva la labor de la Fiscalía a toda clase de delitos, dificultando en mucho la concentración de la función en la delincuencia organizada, resultan indudables los beneficios de la nueva entidad, pues su estructura ha permitido combatir a los delincuentes organizados de una manera más efectiva. A la creación de la Fiscalía General de la Nación se suma también su política de sometimiento a la justicia, montada primordialmente en la defensa de nuestros funcionarios judiciales, para darles las herramientas necesarias que les permitiera juzgar con tranquilidad, delitos que hoy califican de lesa humanidad.

La obra de Jaime Giraldo Ángel que hoy publica la Universidad de Ibagué constituye, sin duda, un aporte fundamental para el enfoque de la cátedra del Derecho y la enseñanza de los problemas que han aquejado la justicia en nuestro país. Como hijo suyo, me siento orgulloso de haberla conocido a profundidad, pues es enriquecedora en la enseñanza de la investigación de la realidad social, como punto de partida del Derecho.

Oswaldo Giraldo López

Prefacio

Este libro ha tenido un proceso de gestación de veinte años. Comenzó a elaborarse como un esfuerzo de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia para modificar sustancialmente la enseñanza del Derecho, poniendo más énfasis en la formación del criterio jurídico que en la transmisión de conocimientos.

El esquema metodológico diseñado entonces fue el de combinar la cátedra magistral con la metodología activa: en cada curso quedaba la responsabilidad de la información teórica a la enseñanza tradicional, en la que un profesor cubría la totalidad de la materia en conferencias magistrales; pero al lado de ella se organizaron las “comunidades de trabajo”, grupos pequeños en los que el aprendizaje se desarrollaba mediante la práctica de ejercicios escritos realizados por los alumnos bajo la dirección de un profesor auxiliar, quien a su vez trabajaba bajo la dirección académica del profesor de la materia, y bajo la coordinación administrativa del Departamento de Preseminarios, Seminarios y Prácticas de la Facultad.

Para racionalizar el trabajo de las comunidades, el Departamento emprendió la labor de diseñar las pautas metodológicas a que se debían sujetar los alumnos en la realización de sus trabajos. De ahí nacieron dos folletos, el de Metodología y técnica de la investigación bibliográfica, y el de Metodología y técnica de la investigación jurídica, que fueron publicados por el Externado en 1968, y fueron reimpresos por varios años.

En ese año el Externado suprimió el Departamento de Preseminarios, Seminarios y Prácticas, quedando en funcionamiento este esquema metodológico únicamente para el área del Derecho Penal, con óptimos resultados, gracias a la consagración y entusiasmo del doctor Alfonso Reyes Echandía, a quien le tocó participar en todo el proceso de reestructuración metodológica.

Desaparecido el Departamento continué trabajando en la metodología de la investigación jurídica en los cursos de postgrado de la Universidad Nacional, en donde comencé a buscar la aplicación del esquema teórico que habíamos diseñado en el Externado al análisis de la estructura lógica de las providencias judiciales. En el año de 1976, me vinculé como profesor de Metodología en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en donde pude terminar mi obra, por lo menos en lo que a la investigación jurídica se refiere, pues la metodología de la investigación bibliográfica está en proceso de conversión en instrumento para la investigación sociojurídica*,¹ en cuyo diseño estamos trabajando en este momento.

Si el libro gastó veinte años en su gestación, es posible que para su adecuada utilización se gasten otros veinte años más, pues a pesar de que todos los responsables de la enseñanza del Derecho en nuestro país están conscientes de la necesidad de cambiar el proceso de transmisión de conocimientos por el de formación de una actitud crítica y racional frente al derecho, el cambio no se produce porque éste implica un proceso de formación del personal docente dentro de una nueva perspectiva metodológica, y de reducción del número de alumnos por cada curso, o al menos el fraccionamiento de ellos en grupos pequeños de trabajo, lo que implica erogaciones económicas que las universidades consideran injustificables cuando de la enseñanza del Derecho se trata, pues es ésta la que suele dar pingües utilidades para absorber el déficit que suelen producir otras carreras. Por eso la metodología se ha reducido a ser un curso más, cuyo contenido varía de facultad a facultad, y que padecen los alumnos con la sola aspiración de obtener una nota aprobatoria. No se le da el carácter de materia instrumental como corresponde a su naturaleza, ni en los demás cursos se utiliza lo que en éste se aprende. Sabemos que es mucho lo que queda por hacer en el proceso de transformación de la enseñanza del Derecho, pero si en algo podemos contribuir a su realización con esta obra, nos sentimos justificados.

Para finalizar, queremos incluir la lista de personas que han tomado parte en la realización de esta obra, a quienes queremos hacer nuestro público reconocimiento: Luis Enrique Aldana, Oswaldo Beltrán, Jaime Bernal,

* En el año de 1999 publicamos el libro Metodología y Técnica de la Investigación Socio-jurídica. Bogotá: Legis, 1999. En la actualidad está en circulación la 3ª edición publicada por la Librería del Profesional, en el año 2005.

Fabio Calderón, Antonio Cancino, Emilse de Cancino, Mario Fernández, Luis Fernando Gómez, Benjamín López, Hernán Fabio López, Augusto Lozano, Daniel Manrique, Jorge Restrepo, Alfonso Reyes, Hugo Riveros, Daniel Suárez, José Torres, Manuel Urueta, Hernán Vélez, Carlos Valencia, y Diego Younes.

El autor
Bogotá, noviembre de 1979

Introducción

0.1. El Derecho como ciencia básica y como ciencia aplicada

Toda ciencia se desarrolla en dos niveles: como ciencia básica y como ciencia aplicada. En el proceso de desarrollo como ciencia básica, el investigador se aproxima al objeto que corresponde a la ciencia respectiva, con un método construido de acuerdo a la naturaleza ontológica de aquél, y formula una serie de principios de carácter general, que constituyen el contenido material de dicha ciencia. En el proceso de desarrollo como ciencia aplicada, el científico toma como objeto de conocimiento estos principios, para aplicarlos a la solución de problemas concretos. Por ejemplo, un físico estudia los fenómenos naturales, y a partir de ellos induce los principios que constituyen la física como ciencia, los que el ingeniero aplica a la construcción de puentes y edificios; un biólogo estudia los fenómenos vitales, y construye la biología como ciencia, la que el médico aplica a la cura de las enfermedades.

Este mismo proceso se da al interior del Derecho: Un jurista se aproxima al objeto de conocimiento, y formula un conjunto de postulados normativos que constituyen el Derecho como ciencia, el cual aplica el Abogado a la solución de los litigios que se dan al interior de la vida en comunidad.

En esta obra nos ocupamos solamente del estudio del Derecho como ciencia aplicada, es decir, de la Investigación Jurídica; el estudio del Derecho como ciencia básica lo desarrollamos en nuestra obra *Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica*².

La Investigación Jurídica constituye la herramienta de trabajo del Abogado en su vida profesional. No es nada distinto de esto. Lo que la metodología le da es una organización lógica que le permite formular los proble-

² GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros. *Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica*. Bogotá, Librería del Profesional, 3 ed., 2005.

mas jurídicos en términos abstractos, a partir de los hechos concretos que le ofrece la praxis profesional, para poderlos resolver al interior del Derecho. Ya dentro de éste le enseña a escoger razonadamente la fuente formal en que debe fundar la solución del problema planteado, que debe interpretar a partir de una determinada concepción teórica sobre la naturaleza ontológica del Derecho, a la cual se debe adscribir también racionalmente. En estricto sentido, es hacer consciente y razonadamente lo que hace intuitivamente en su práctica profesional.

En la práctica profesional suelen ser los resultados los que determinan la escogencia de la fuente y del método en que se funda la solución de un problema jurídico. Es una investigación prejuiciosa; lo que se pretende es ganar el pleito. Y aún el funcionario judicial, quien se supone debe actuar objetivamente en la solución del conflicto, se suele guiar por una primera impresión intuitiva de cuál es la solución más justa del mismo, y es dicha intuición la que lo orienta en la búsqueda de la fuente y del método que debe tener en cuenta para resolver el conflicto. Esto es exactamente lo contrario de lo que se debe hacer en la investigación científica: En ella el objeto de estudio, que aquí corresponde a las fuentes formales del Derecho, y los métodos de interpretación de las mismas, deben ser definidos a priori; el resultado viene como consecuencia lógica de aplicar un método a un objeto de conocimiento. Con ello se logra cambiar la praxis utilitaria que ahora constituye el ejercicio de profesional del Abogado, por un manejo del Derecho como ciencia aplicada.

Este es el único camino para garantizar la seguridad jurídica. Ella no depende tanto de la inestabilidad de la legislación, como de la inestabilidad de los juicios jurídicos en el momento de aplicarla. En las Corporaciones judiciales suelen dictarse continuamente sentencias contradictorias sobre problemas que son en esencia iguales, según el criterio del ponente correspondiente. Aún un mismo juez falla de manera diferente, en casos en que se esperaría una decisión igual. Y la razón es que a pesar de que el Derecho es una ciencia criteriológica, no se tiene conciencia de las razones sobre las cuales se fundan las decisiones: Saber cuál es la fuente formal de Derecho aplicable a la solución de un problema jurídico no es un simple juicio de constatación fáctica, ni la aplicación de una regla de la lógica formal. La escogencia de dicha fuente se funda en juicios racionales de pertinencia con relación al contenido material del asunto que se busca resolver; de vigencia

con relación a normas que podrían aparecer para unos como contradictorias y para otros como complementarias, o de normas que se juzgan como ultractivas, retroactivas o retrospectivas; de prelación, con relación al contenido de normas de mayor jerarquía; de competencia territorial, cuando se deben aplicar normas fuera del ámbito geográfico en donde pueden operar; y de declaratoria de exequibilidad condicionada, en la que la fuente se integra con la norma y la parte resolutive de la sentencia correspondiente. Igualmente la interpretación de las normas les da a éstas un alcance muy distinto si ella se hace con base en el método exegético, en el sistemático, o en el sociológico, los cuales se escogen según la postura filosófica que se profese con relación al Derecho. El discurso jurídico se desenvuelve precisamente alrededor de estos puntos de derecho.

La Metodología de la Investigación Jurídica no elimina la posibilidad de llegar a decisiones diferentes con relación a un mismo problema; esa no es su función. Lo que hace es poner de presente las reglas del juicio jurídico para que el jurista las maneje conscientemente, y pueda entender racionalmente la razón de su discrepancia con la contraparte, o la postura divergente de dos partes en un proceso. Se trata de un diálogo racional en el que se busca resolver los problemas jurídicos por consenso, entre dos partes que aceptan una determinada fuente y un determinado método de interpretación de la misma. Esta es la filosofía que informa la solución conciliada de los conflictos en Derecho.

Pero en nuestra práctica litigiosa, la solución racional de una controversia jurídica se refiere generalmente a una autoridad judicial, y con relación a esta decisión se establecen instancias jerárquicas que permiten revisar las decisiones de las inferiores, hasta llegar a las Cortes superiores, en donde se define la controversia en forma definitiva. Habrá siempre discrepancias, pero si ellas se resuelven con base en las reglas de la Investigación Jurídica, se sabrá a qué obedecen. Y poco a poco comenzarán a definirse patrones racionales de decisión, cuando las discusiones se centren en donde deben estar, es decir, en la definición de las fuentes formales del Derecho y de los métodos de interpretación. Este es el camino para encontrar la seguridad jurídica, que es absolutamente necesaria para el desarrollo de la vida institucional del país.

Para desarrollar la obra, la hemos dividido en dos grandes temas: Uno referido a la problemática de la Investigación Jurídica, y otro a la elaboración

de la Monografía Jurídica, mediante la aplicación de los postulados de dicha investigación a la elaboración de una Tesis de Grado. Al interior de cada tema, desarrollamos varios subtemas, tal como los presentamos sucintamente a continuación.

0.2. La investigación jurídica

0.2.1. La formulación de los problemas en la Investigación Jurídica, y su solución al interior del Derecho

Un problema es jurídico en la medida en que su solución debe encontrarse al interior de las fuentes formales del Derecho. Saber, por ejemplo, si es válida la venta de bienes muebles entre cónyuges no divorciados, es un problema jurídico, porque su solución hay que buscarla al interior del derecho. Al contrario, no es problema jurídico indagar, por ejemplo, si se debe implantar la pena de muerte para combatir el terrorismo, porque la solución de él no se puede encontrar al interior del ordenamiento jurídico, sino por fuera de él, en los juicios políticos elaborados dentro del contexto de una realidad socio-cultural, o de una específica concepción filosófica, que son los que constituyen el contenido de la Investigación sociojurídica.

0.2.2. Las fuentes formales del Derecho

Cada ordenamiento jurídico señala las fuentes formales que deben utilizar los juristas para la solución de los problemas que se plantean. En nuestro país éstas son la ley, la equidad y el negocio jurídico como fuentes principales; y la analogía, los principios generales del derecho, la doctrina constitucional y la costumbre, como fuentes subsidiarias.

El manejo de las fuentes ofrece una gama variada de problemas, como son, por ejemplo, la jerarquía de las fuentes formales, la vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio, el orden de prelación de las fuentes subsidiarias, etc. Del estudio de estos problemas nos ocuparemos en los Capítulos I y II de esta obra.

0.2.3. El método en la investigación jurídica

Todo método científico se determina en función del objeto al cual se aplica: la observación y la experimentación se pueden, por ejemplo, aplicar en las ciencias naturales como medios de aproximación al estudio de los fenóme-

nos de esta índole, pero no son utilizables en el análisis de fenómenos producidos por la acción del hombre (monumentos, obras artísticas, instituciones, etc.), pues con respecto a ellos no importa verificar su existencia y definir sus características, sino comprenderlos en función del fin para el cual fueron creados.

El objeto del derecho en la investigación jurídica está constituido, como antes lo anotamos, por las fuentes formales, las que por una parte se explicitan a través del lenguaje, elemento de naturaleza simbólica, y por otra, constituyen postulados de deber ser. La aproximación al derecho como objeto de conocimiento debe orientarse, por consiguiente, a la aprehensión del contenido significativo de los términos que integran cada una de las fuentes, y a la determinación del alcance de éstas de acuerdo con el fin para el que fueron expedidas. El método de las ciencias jurídicas es, por tanto, la interpretación (método hermenéutico), tomada en estas dos acepciones.

En el Derecho hay dos Escuelas filosóficas, la idealista y la sociológica. En la primera el Derecho está constituido por una serie de principios de carácter universal y abstracto, de los cuales se derivan las normas que constituyen el Derecho positivo. En esta corriente el Derecho es la aprehensión por la razón de la ley divina (Jusnaturalismo Teológico), o la aprehensión racional de la esencia del ser a cuya realización se orienta el orden jurídico (Jusnaturalismo Racionalista), o la expresión de la voluntad racional de quien detenta el poder (Positivismo Jurídico). Como producto racional, nace desligado de la realidad empírica, y sólo se comunica con ella cuando algún fenómeno social coincide con los supuestos abstractos de la norma, caso en el cual se le aplicarán a éste las consecuencias previstas en ella para el fenómeno jurídico correspondiente. Por eso en esta Escuela el proceso hermenéutico se desarrolla al interior del Derecho mismo, ya sea con base en el análisis de los términos en que fueron formuladas las normas (método exegético), o relacionando éstas con las instituciones jurídicas de la cual hacen parte (método sistemático).

En la concepción sociológica del Derecho, por el contrario, la norma no es más que una hipótesis inducida de la realidad social por los juristas, la cual se formula como el instrumento adecuado para alcanzar los fines políticos que persigue un Estado en un momento histórico determinado, dadas unas específicas condiciones de tiempo, modo y lugar. El proceso hermenéutico

se orienta, por tanto, a determinar el significado y alcance de la norma en función del fin político perseguido por el ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta las condiciones situacionales en que dicho fin debe ser alcanzado. La norma debe interpretarse, por tanto, al interior de la realidad social. La problemática que se genera por esta distinta concepción del Derecho, y su incidencia en el proceso hermenéutico, constituye el contenido del Capítulo III de esta obra.

0.2.4. La inducción del problema jurídico a partir de los hechos

El doctrinante formula los problemas en abstracto. Por ejemplo, se pregunta por el concepto de homicidio, de compraventa o de cláusula de caducidad, según la legislación colombiana vigente. Su problema se circunscribe a buscar las fuentes formales en donde tales fenómenos están contemplados, y a interpretarlas. Pero el abogado litigante y el juez tienen que inducir los problemas jurídicos a partir de la realidad cotidiana. Esto le agrega a la investigación jurídica tres nuevos problemas, así:

1. En primer lugar, se tiene que determinar cuáles son los hechos de la realidad empírica que son relevantes para formular los problemas jurídicos. Si se está planteando, por ejemplo, un problema de responsabilidad civil extracontractual, se tendrá que establecer si el comportamiento del autor fue o no culposo, si hubo daño, si entre el comportamiento y el daño hubo relación de causalidad, si hubo culpa por parte de la víctima, etc. Cada hecho relevante que se establezca hará variar la formulación del problema jurídico y, por ende, la solución del mismo.
2. En segundo lugar se tiene que establecer la prueba de los hechos empíricos a partir de los cuales se infieren los hechos jurídicos relevantes. Siguiendo con el ejemplo anterior, se debe definir si hubo por parte del autor de los hechos imprudencia o impericia que permitan establecer la culpa; la naturaleza concreta de los daños causados; etc., determinando en cada caso los medios que servirán para probarlos dentro del proceso, pues desde los romanos se dice que “tanto da no probar, como no tener el derecho”.
3. En tercer lugar es necesario determinar la relación lógica que existe

entre los hechos empíricos probados y los hechos jurídicos relevantes, en todos los casos en que éstos se refieran a fenómenos subjetivos o a juicios de valor. Por ejemplo, si se trata de la muerte producida por una persona a otra mediante el disparo de un arma, si de ese hecho se infiere la existencia en el victimario de intención de herir o de intención de matar.

Como se puede observar, la formulación del problema a partir de los hechos crea tres problemas adicionales en el proceso de investigación jurídica, que son: Determinación de los hechos que son relevantes para formular los problemas, establecimiento de la prueba de los hechos empíricos de donde se infieren los hechos jurídicos relevantes, y determinación de la connotación jurídica de los hechos empíricos.

A partir de la formulación del problema jurídico la investigación se sigue desarrollando en términos de búsqueda de la fuente aplicable para su solución, y desarrollo del método y de la técnica para su interpretación. De los problemas que ofrece la formulación del problema jurídico nos ocuparemos en el Capítulo IV de esta obra.

0.3. La monografía jurídica

En el Capítulo final se dan pautas para la elaboración de la Tesis de grado, para lo cual se divide éste en dos acápites, así: El primero referido a la escogencia del tema, a la elaboración del plan de la Monografía y al contenido material de la misma. En el segundo se hablará de las pautas formales que deben orientar la redacción de la Monografía, siguiendo para el efecto los requisitos establecidos para este propósito por el Instituto de Normas Técnicas, icontec, para la elaboración de las tesis de grado.

Nota importante

Esta obra es un texto de metodología y no de Derecho sustantivo o procesal. Por esa razón los ejemplos que se utilizan para ilustrar los distintos elementos de la lógica jurídica pueden corresponder a una legislación que ya no está vigente, lo que no afecta para nada el propósito de la obra, pues ello puede incidir en la solución real del problema planteado, pero no en la estructura lógica de la argumentación.

Al final de cada Capítulo se agregan una serie de ejercicios prácticos que sirven para que el lector verifique la comprensión de los conceptos teóricos desarrollados en ellos. La reelaboración del Manual a partir de la octava edición la hemos hecho conjuntamente con el doctor Oswaldo Giraldo López.

CAPÍTULO PRIMERO

Las fuentes formales principales del Derecho

Las fuentes formales del derecho en donde se deben resolver los problemas son establecidas por el mismo ordenamiento jurídico. En nuestro caso la ley prevé dos tipos de fuentes: Las principales, que son la legislación, la equidad y el negocio jurídico; y las subsidiarias, que son la analogía, la costumbre, la doctrina constitucional y los principios generales del Derecho. En este Capítulo desarrollaremos las fuentes principales, y en el siguiente las subsidiarias.

1.1. La ley como fuente formal de Derecho

El juez o el abogado que enfrentan un problema jurídico deben buscar la fuente formal de Derecho en que puedan resolverlo, recurriendo en primer lugar a la ley, excepto en los asuntos que sólo interesen a los particulares, caso en el cual deberán recurrir primero al negocio jurídico, y aquéllos cuya solución haya sido encomendada a los conciliadores o árbitros en equidad, o a los jueces de paz, pues en estos últimos eventos la fuente prioritaria será la equidad.

La consagración de la legislación como fuente principal del ordenamiento jurídico colombiano deriva directamente de nuestra Constitución Política, cuando en el inciso segundo de su artículo 4° dispone que “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, premisa que reitera el artículo 95 de la Carta cuando expresa que “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”, y el artículo 230, al manifestar que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”. Tal principio es reiterado por el Código Civil, al expresar en su artículo 18 que “la ley es obli-

gatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”, y por el artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal, al decir que “no podrá alegarse ignorancia de la ley para exonerarse de cumplirla, después de que esté en observancia, según los artículos anteriores.”

Una vez ubicados en la legislación como fuente formal, el juez y el abogado deben observar ciertas reglas para definir cuál de las distintas normas es la aplicable al caso en estudio, teniendo en cuenta su prelación con relación a otras normas, su pertinencia, su vigencia, su ámbito de aplicación, y su integración con las sentencias de la Corte Constitucional cuando se haya dictado con relación a ellas sentencia de exequibilidad condicionada. Vamos a analizar estos criterios en este mismo orden:

1.1.1. *Pertinencia de las normas de la misma naturaleza*

El primer criterio que se debe tener en cuenta para determinar cuál de las distintas normas que pueden servir para resolver un problema jurídico es la aplicable, es el análisis de la naturaleza del problema mismo. Si alguien nos pregunta, por ejemplo, qué derechos puede reclamar una persona que ha sido arbitrariamente retirada del servicio del Estado, para responderle es necesario saber qué tipo de vínculo jurídico tenía con él, pues si era empleado público, o trabajador oficial, o contratista, el régimen jurídico en cada uno de estos casos es muy distinto, por lo que los derechos que puede reclamar son muy diferentes en cada caso. Hay que hacer, por tanto, un juicio de pertinencia material para poder contestar.

En otros casos un problema es regulado por distintas normas de igual jerarquía, de manera contradictoria. En ese caso es la misma ley la que da algunas reglas para resolver el conflicto de fuentes que se presenta. Estos son los juicios de pertinencia formal. Vamos a analizar brevemente estos dos fenómenos:

1.1.1.1. *Pertinencia material.* En ocasiones parece que el mismo fenómeno jurídico estuviera resuelto de manera diferente en distintas normas, pero analizando más detenidamente el contenido material del mismo, es fácil establecer que ellas se refieren a problemas diferentes, por lo que para resolver el que se ha planteado, se debe escoger sólo una de ellas. Ejemplo de pertinencia material de fuentes:

El Tribunal Contencioso-Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de junio 20 de 1972, Magistrada ponente Dra. Clara Forero de Castro, dijo:

En relación con el problema de la validez de la cesión de las prestaciones sociales por parte de los empleados, considera el actor que la Caja de Previsión Distrital, al no aceptarla, interpretó erradamente las normas mediante las cuales el Código Civil regula la cesión de derechos, y más exactamente, la cesión de créditos personales, desde el artículo 1959 subrogado por el 33 de la ley 57 de 1887, hasta el 1966.

En opinión del actor, las normas aplicables en este caso son las del Código Civil por mandato expreso del artículo 4° del C. S. del T., que excluye de este régimen laboral a los empleados públicos, y los remite a normas especiales.

Por otra parte, considera que de acuerdo con un principio general del derecho, lo que no está prohibido está permitido, siendo por tanto válida la cesión de prestaciones sociales, pues no hay ninguna norma que lo prohíba. El artículo 343 del C. S. del T., que prohíbe a los empleados particulares la cesión de sus prestaciones, no es aplicable a los empleados públicos, agrega el actor, no solo por mandato de la norma atrás mencionada, sino porque no se puede dar aplicación analógica a normas de carácter restrictivo.

Es cierto que de acuerdo a las prescripciones del artículo 4° del C.S. del T. las relaciones de derecho individual de trabajo entre la administración pública y sus trabajadores se rigen por estatutos especiales. Pero también lo es que dentro del C.S. del T. se encuentran contenidas una serie de disposiciones cuya finalidad no consiste en regular relaciones individuales de trabajo entre patrones y trabajadores, sino en proteger las prestaciones del trabajador; tales son las que se refieren a la irrenunciabilidad e incesibilidad de los derechos; las que señalan que a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder igual salario; o las que consagran el principio de la favorabilidad en cuanto a la aplicación de las normas vigentes, y muchas otras que podrían citarse.

Todas estas disposiciones son un desarrollo del artículo 17 de la Constitución Nacional, y deben aplicarse tanto a los servidores particulares como a los servidores del Estado, cuando para estos últimos no existan regulaciones especiales. (...)

Es de anotar, que aunque expresamente no se ha consagrado tampoco la norma referente a la irrenunciabilidad de salarios y prestaciones para el sector público, se ha entendido siempre que ello es así, y fue necesario decir expresamente que algunos trabajadores podían renunciar por ejemplo al seguro de vida y a

las indemnizaciones por invalidez para que esta renuncia fuera válida. Como fue necesario también autorizar expresamente el pago de cesantías parciales para consecución de vivienda, etc., siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley, para que este pago de cesantía tenga validez.

Ello nos muestra que un trabajador particular o público no puede, porque así lo ha querido la ley, disponer con entera libertad de sus prestaciones; y si no puede hacerlo, no es válida la cesión que hagan de ellas ya que solamente se pueden ceder los derechos sobre los cuales exista libre disposición. Así como fue necesario una norma permisiva para poder renunciar a ciertas prestaciones, sería igualmente necesaria otra que permitiera la cesión.

No puede argumentarse por tanto en el sentido de que como para el sector público no existe ordenamiento prohibitivo expreso, se está dando aplicación analógica a una norma de carácter restrictivo. Que de acuerdo con los principios generales, todo lo que no esté prohibido por la ley está permitido y, en consecuencia, como no se ha prohibido expresamente la cesión de prestaciones para los trabajadores del Estado, está permitida y se rige por el Código Civil.

En primer término, y como se ha dejado expuesto anteriormente, no se trata de aplicación analógica de una norma; por el contrario, el Tribunal considera que es y debe ser la norma aplicable en todos los casos, si se tiene en cuenta su finalidad protectora de las prestaciones sociales, sin distinciones de ninguna naturaleza, ya se trate de trabajadores particulares o de servidores del Estado, dándose así cumplimiento al mandato del artículo 17 de la Constitución Nacional.

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Problema jurídico: ¿Es válida la cesión de prestaciones sociales de empleados públicos?

Primera tesis: Sí es válida.

Fuente: Artículos 1959 a 1966 del Código Civil, y un principio general de Derecho: Lo que no está prohibido está permitido.

Juicio: Pertinencia material. Se trata de un derecho personal, y por tanto las normas aplicables son las del C. Civil. Además, el artículo 4° del C.S. del T. dice que sus normas no son aplicables a los empleados públicos.

Segunda tesis: No es válida.

Fuente: Artículo 343 del C.S. del Código del Trabajo.

Juicio: El Tribunal considera que la fuente aplicable al caso, es el artículo

343 del Código Sustantivo del Trabajo, haciendo un juicio de pertinencia material fundado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, norma que al obligar al Estado a darle una especial protección al trabajo, hace que todas las disposiciones que tiendan a garantizar los derechos inherentes de éste, se deban aplicar a todos los trabajadores, sin importar el estatuto en donde se encuentren consagradas. El art. 4° del C.S. del T. se refiere únicamente a las relaciones individuales de trabajo, y no a las prestaciones sociales.

1.1.1.2. Pertinencia formal. Pero puede ocurrir que aún tratándose del mismo fenómeno, existan varias normas que lo regulen de manera diferente, estando todas vigentes. En este caso las Leyes 57 y 153 de 1887, dan algunas reglas formales que ayudan a escoger la fuente formal aplicable al caso en estudio. Dicen así:

- La ley posterior prevalece sobre la anterior (artículo 2° de la ley 153 de 1887). Se exceptúan de esta regla las leyes en materia penal y laboral, en donde es de aplicación forzosa la más favorable, de conformidad con lo establecido en los artículos 29 y 53 de la Constitución Política, respectivamente.
- Las disposiciones relativas a un asunto especial prefieren a las de carácter general (artículo 5o. de la ley 57 de 1887.).
- Si las disposiciones incompatibles se hallaren en un mismo código, se aplicará la consignada en el artículo posterior (artículo 5o. de la ley 57 de 1887).
- Si las disposiciones incompatibles se encuentran en distintos códigos pero son de la misma especialidad, se preferirá la consignada en alguno de ellos, de acuerdo con el siguiente orden de prelación: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública (artículo 5o. de la ley 57 de 1887). No obstante, se observa al respecto que la legislación se ha ido especializando en sus códigos, y por consiguiente no es común encontrar estas incompatibilidades. Así mismo, el orden se encuentra alterado en materia comercial y en asuntos laborales, por cuanto sus respectivos códigos disponen la aplicación preferente de sus propias normas (artículo 1. ° del C. de Co. y artículo 20 del C.S del T.).

Igualmente dicho conflicto de fuentes se puede resolver con base en razonamientos puramente lógicos, que permiten definir la inaplicabilidad de una determinada fuente, porque con ello se contraría los principios básicos del discurso jurídico. Veamos el siguiente ejemplo:

El Consejo de Estado, en sentencia de julio 30 de 1970, con ponencia del Magistrado doctor Juan Hernández Sáenz, dijo:

El 7 de junio de 1969 la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta le liquidó el impuesto sobre la renta y complementarios correspondientes a 1967 al doctor..., quien reclamó el 27 del mismo mes. Y como el 27 de agosto siguiente la Administración le certificó que su reclamo no había sido resuelto, el doctor..., luego de pagar el impuesto discutido, acudió ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en demanda de revisión de impuestos, con la creencia de que estaba agotada la vía gubernativa por el silencio de la Administración durante más de un mes, según lo prevé el Decreto Ley 2733 de 1959 en el párrafo de su artículo 18.

(...)

(Pero) en el caso concreto del impuesto sobre la renta, (...) el artículo 53 del Decreto Ley 1651 de 1961, regulador de la materia, dice textualmente:

Artículo 53. Queda agotada la vía gubernativa cuando se cumple la ejecutoria de las providencias dictadas por la División de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de reclamación, reposición y apelación, o por las secciones de recursos tributarios al fallar el recurso de reposición.

Esta disposición, especial y posterior al Decreto Ley 2733 de 1959 y de su misma jerarquía, muestra de bulto la inoperancia del silencio como forma de agotar el trámite gubernativo para efecto de ejercer ulteriormente la acción contencioso administrativa de revisión de impuestos.

Más aún, en tratándose del dicho impuesto, lo estatuido por el artículo 48 del Decreto Ley 1651 de 1961 hace evidente que para su caso no puede regir lo preceptuado por el párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 2733 de 1959. En efecto, mientras este último entiende agotada la vía gubernativa por la demora de un mes en decidir un recurso, contando el plazo desde el día que se interponga, el artículo 48 permite sustentar los recursos tributarios dentro de los dos meses siguientes a su interposición y concede término hasta de cuatro meses para practicar las pruebas que solicite el recurrente. Como es claro, cualquiera de estos términos que fija el artículo 48, para el mero trámite de los recursos, es muy superior al que señala el párrafo aludido para que opere el silencio como forma tácita del agotamiento de la vía gubernativa y, por lo mismo, el contenido de esta norma hace incontestable que aquel silencio no puede habilitar en ningún caso al contribuyente para promover juicio de revisión de impuestos, ni tampoco al contencioso para entrar a dirimirlo.

De otra suerte, se infringirían (...) sencillos preceptos de la lógica, al suponer que el plazo para decidir un recursos puede ser inferior en algún caso al que

exista para tramitarlo nada más y que, de consiguiente, ha de tenerse como expirado el primero antes de haberse vencido el segundo de estos términos, conclusión cuyo absurdo es manifiesto.

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Problema: ¿Cuándo se entiende agotada la vía gubernativa en materias de impuestos sobre la renta?

Primera tesis: Transcurridos 30 días de haberse interpuesto los recursos.

Fuente: Parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959.

Juicio: Pertinencia material. La norma habla expresamente del agotamiento de la vía gubernativa.

Segunda tesis: Cuando se hayan resuelto los recursos interpuestos de manera definitiva.

Fuente: Artículo 53 del Decreto ley 1651 de 1961

Juicio: Pertinencia formal. En la providencia el Consejo de Estado desecha la aplicación del parágrafo del artículo 18 del decreto 2733 de 1959 con base en un juicio de pertinencia formal, consistente en que el artículo 53 del decreto 1651 de 1961 es una norma especial y posterior; utiliza además un razonamiento puramente lógico, según el cual no puede agotarse la vía gubernativa en treinta días, cuando la ley da dos meses para sustentar el recurso.

1.1.2. Prelación de normas de distinta naturaleza

1.1.2.1. La jerarquía de las normas. En ocasiones las partes que participan en un litigio están de acuerdo en que hay en nuestro ordenamiento jurídico norma legal que regula el caso en controversia, pero pueden discrepar en que son varias las que lo contemplan, y que lo hacen de manera diferente, siendo ellas de distinta jerarquía, por lo que es necesario dar aplicación sólo a la que tenga un mayor rango.

La legislación está integrada por la Constitución, la ley en sentido material (leyes expedidas por el Congreso, tratados internacionales y decretos con fuerza de ley), y los actos administrativos en el orden nacional; por las ordenanzas de las Asambleas, los Acuerdos de los Concejos y los actos administrativos de las gobernaciones y de las alcaldías, en el orden regional; y

los actos administrativos de las distintas instituciones autónomas del Estado. Adicionalmente, dentro de los procesos de integración económica de los cuales hace parte Colombia, se agregan a esta normatividad las Decisiones que expide la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que constituyen normas de carácter supranacional.

Sobre el orden de prelación de las normas dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa:

(...)

4. Existencia de una jerarquía normativa que emana de la Constitución.

5. El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4 de la Carta a la letra expresa: 'La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.' Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3 del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.

6. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Por ejemplo, el artículo 5 superior dispone la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad, y el 44 indica que 'los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás', expresiones que no pueden ser entendidas sino como una orden de aplicar preferentemente las disposiciones que garantizan y protegen esta categoría de derechos.

7. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de

competencia que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Esta conclusión se extrae de diversas disposiciones, entre otras aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, corresponden al presidente frente a la ley. En efecto, esta disposición le impone ‘promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento’ (numeral 10), y ‘ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes’ (numeral 11). Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento cumplido de la ley de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (art. 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley.

8. Inclusive, las disposiciones que en el ejercicio de funciones adopten los órganos autónomos e independientes previstos en la Carta, deben adoptarse conforme a los dictados legales. En ese sentido, el artículo 372 de la Carta indica que el Congreso ‘dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones’, de donde se infiere que las disposiciones de este último organismo no pueden adoptarse por fuera de los parámetros fijados por el legislador. Así mismo, en relación con la Comisión Nacional de Televisión, el artículo 77 superior expresa que la política que este organismo dirigirá, será fijada por el legislador, con lo cual resulta claro que las disposiciones que adopte no pueden ser contrarias a la correspondiente ley.

Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal. Existen, sin embargo, dentro del marco de la Constitución, otras disposiciones no emanadas del Congreso a las cuales se les da un rango especial. Tal sería el caso de los reglamentos autónomos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 superior, el de aquellas facultades del contralor general de la República otorgadas por el artículo 268 inciso 1 ibídem, aquellas otras de las autoridades de los pueblos indígenas contempladas en el artículo 246, las de las altas corporaciones judiciales consignadas en los artículos 235 numeral 6, 237 numeral 6 y 241 numeral 11, o en general, la fuerza vinculante que se reconoce a la doctrina constitucional integradora, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación. Así, en casos como los anteriores, el legislador tiene que respetar la autonomía de estas entidades en sus respectivas competencias.

9. La Constitución Política consagra, además, una jerarquía entre distintas clases de leyes. En efecto, de su texto se desprende entre otras, la existencia de leyes estatutarias, orgánicas, marco y ordinarias, dándose entre estas categorías, cierta relación de subordinación. Así, las leyes estatutarias a las que se refiere el artículo 152 superior, requieren para su expedición un trámite más exigente que el de las leyes ordinarias, por razón de su contenido material, y aparte de ser objeto de un control previo de constitucionalidad, sólo pueden ser modificadas, reformadas o derogadas por otras del mismo rango, tal como lo establece el artículo 153 de la Constitución, lo que revela su supremacía frente a las leyes ordinarias.

En cuanto a la subordinación de las leyes ordinarias respecto de las orgánicas, la misma ha sido expresamente (sic) por esta Corporación, que al respecto dijo: “Una ley ordinaria tienen entonces que respetar los mandatos de la legislación orgánica; no puede entonces una ley ordinaria derogar una ley orgánica, ni tampoco invadir su órbita de competencia.”

Es manifiesta entonces la existencia de una jerarquización de normas que emana de la propia Constitución.

10. En lo que concierne a la competencia de las autoridades territoriales, dentro del marco de la autonomía de las entidades de esta naturaleza que consagra el preámbulo de la Constitución, las atribuciones que corresponden a los departamentos y municipios deben ejercerse de conformidad, no solo con las disposiciones de la Carta, sino también con las de la ley. A este respecto el artículo 298 superior literalmente indica, en relación con las funciones administrativas de los departamentos, que ‘la ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga’. Adicionalmente, las disposiciones constitucionales relativas a las facultades de los gobernadores y de los alcaldes, indican que a ellos corresponde cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno, las ordenanzas de las asambleas departamentales y los acuerdos municipales (en el caso de los alcaldes), de donde se deduce que sus disposiciones y órdenes no pueden desconocer o incumplir tales normas, que por lo mismo resultan ser de superior rango jerárquico que las que ellos profieren. Todo ello, dentro del marco de la autonomía que les corresponde, es decir dejando a salvo la exclusiva competencia normativa que las autoridades territoriales tienen en los asuntos que la Constitución señala como atribuciones propias suyas.

11. Dentro de la amplia gama de actos administrativos de contenido normativo, que incluyen las varias categorías de decretos, resoluciones, reglamen-

tos, órdenes, etc., la Constitución no prevé explícitamente una relación de supremacía, aunque ella podría deducirse, de conformidad con un criterio orgánico, por la jerarquía de la autoridad que las profieren, ésta sí señalada por la Constitución; o de conformidad con un criterio material, atendiendo a su contenido, para indicar que aquellas normas que desarrollan o implementan otras, o las refieren a situaciones particulares, se someten a las que pretenden desarrollar.

(...)

A esta apretada síntesis que hace la H. Corte sobre la problemática de la prelación de las normas de distinta jerarquía, sólo falta agregarle un corto comentario sobre las normas de carácter supranacional. Dichas normas son las que se expiden para el desarrollo del proceso de integración del cual hacen parte Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

En líneas generales, dicha normatividad está conformada por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado que crea su Tribunal de Justicia, las Decisiones de la Comisión, y las Resoluciones de la Junta. Tiene la característica particular de regular no solo las relaciones entre los Estados que hacen parte del Acuerdo, sino también entre los ciudadanos que habitan sus territorios.

La eficacia de las normas supranacionales deriva en última instancia del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, suscrito el 28 de mayo de 1979, y aprobado por el Congreso de la República mediante la ley 17 del 13 de febrero de 1980. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de dicho Tratado, “los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena”, y “se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

Sobre la base de la disposición transcrita, se concluye que la normatividad del Acuerdo de Cartagena prevalece sobre la normatividad interna, en la medida en que ésta tiene que respetar aquélla. En caso de contravención a esa disposición, el Tribunal Andino puede decretar el correspondiente incumplimiento, y emplear las medidas previstas en el propio Tratado para lograr que el respectivo país ajuste su comportamiento a lo establecido en las normas del Acuerdo de Cartagena.

1.1.2.2. *El control jurídico de la prelación de las normas constitucionales .La acción de inconstitucionalidad.* La Constitución se define como el estatuto político de un país, que contiene los derechos individuales, sociales y colectivos de los gobernados, a la vez que establece la organización del Estado y la forma e integración del gobierno. Constituye la fuente suprema, a la cual deben sujetarse las demás fuentes normativas. En el artículo 4° de la Carta se dice:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

El artículo 241 de la Carta Política confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, a través del mecanismo de la acción de inconstitucionalidad, que le permite decidir sobre la constitucionalidad de los siguientes actos:

- Reformatorios de la Constitución, por vicios de procedimiento en su formación;
- De la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar el texto constitucional, por vicios de procedimiento en su formación;
- De los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, estos últimos por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización;
- De las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;
- De los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación;
- De los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución;
- De los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, y
- De los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

• *La excepción de inconstitucionalidad.* Pero nuestra Carta consagró además un control difuso sobre la constitucionalidad de todas las normas, cuya apli-

cación está a cargo de todos los funcionarios judiciales y administrativos del Estado, que puede ser aplicado oficiosamente o por petición de ciudadanos interesados en ello, en el momento de tomar cualquiera decisión de su competencia.

De acuerdo con este principio, tanto las autoridades judiciales como las administrativas se deben abstener de aplicar cualquiera norma (ley o acto administrativo) que sea contrario a la Carta, aplicando para ello la excepción de inconstitucionalidad.

- *La acción de tutela.* Cuando se trata de normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, cualquier ciudadano puede pedir al funcionario judicial competente, que un acto administrativo que viole cualquiera de estos derechos, o los amenace, sea suspendido de inmediato mediante un procedimiento que no podrá exceder de diez días.

- *La acción de nulidad.* De la misma manera que Corresponde a la Corte Constitucional conocer de la exequibilidad de las normas legales, a la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (Inciso 2, art. 237 C.N.).

1.1.2.3. *El control jurídico de la prelación de las normas legales.* El concepto de normas legales incluye las disposiciones que expiden el Congreso de la República, y las del Gobierno Nacional que tengan fuerza de ley. Su propósito es “mandar, permitir, prohibir o castigar”, en los términos del artículo 4. del Código Civil. Dentro de este grupo de fuentes formales se incluyen entonces:

- La ley en sentido formal, que es la expedida por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones que le asigna el artículo 150 de la Constitución. Tales leyes pueden ser ordinarias, orgánicas, estatutarias y leyes marco.
- Los tratados internacionales, aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Presidente, con el visto bueno de la Corte Constitucional. Tales tratados solo pueden ser modificados unilateralmente

por el Estado colombiano siguiendo el procedimiento fijado por el derecho internacional.

- Los decretos leyes que expide el Presidente de la República en uso de precisas facultades que le confiere el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 ordinal 10 de la Constitución Política. Estas facultades no pueden conferirse para expedir códigos, leyes estatutarias u orgánicas, o para crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras, o para decretar impuestos.
- Decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, en Estado de Guerra Exterior, de conformidad con el artículo 212 de la Constitución. Tales decretos suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejan de tener vigencia tan pronto se declara la normalidad.
- Decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, en Estado de Conmoción Interior, de conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución Política. Estos decretos suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción Interior y dejan de regir tan pronto se declare restablecido el orden público, pero el gobierno puede prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. El Estado de Conmoción Interior debe declararse por un término que no exceda de noventa días, y puede ser prorrogado por dos veces y por términos similares a los señalados.
- Decretos legislativos de Emergencia que puede ser económica, social o ecológica, expedidos por el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros, cuando sobrevienen hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución que perturban o amenazan perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública. La Emergencia puede ser decretada por periodos hasta de 30 días, pero su total en el año calendario no puede exceder de noventa días. En estos casos, los Decretos que expide el Presidente tienen fuerza de ley y carácter permanente, y derogan la legislación preexistente, salvo que establezcan nuevos tributos o modifiquen los existentes, evento en el cual dejarán de regir al término de la vigencia fiscal.

- Decretos que expide el gobierno para poner en vigencia el Plan Nacional de Inversiones Públicas, cuando el Congreso, en los términos del artículo 341 de la Constitución Política, no lo aprueba en un término de tres meses después de presentado.

• *La nulidad de las normas reglamentarias contrarias a la ley.* A la vez que las normas legales señaladas deben sujetarse a la Constitución Política, todas las demás disposiciones del orden nacional, y aquéllas del orden territorial que prevé la Carta Fundamental, deben sujetarse a las leyes. Por eso, en caso de contradicción entre una norma legal y una disposición de carácter administrativo, puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo suspender provisionalmente los efectos de ésta última, en los términos del artículo 238 de la Constitución, y debe declarar su nulidad, previo el procedimiento previsto en el Código que regula la materia.

• *La excepción de ilegalidad.* De igual manera, para estos efectos de la aplicación de actos administrativos contrarios a las leyes, el Consejo de Estado ha creado jurisprudencialmente la excepción de ilegalidad, con fundamento en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que establece que los actos administrativos deben cumplirse mientras no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Por consiguiente, los jueces pueden abstenerse de aplicarlos cuando sean contrarios a la ley.

La Corte Constitucional, en la sentencia citada anteriormente³, ha delimitado con precisión el alcance de la excepción de ilegalidad, en los siguientes términos:

De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la ley 153 de 1887, debe ser interpretado

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000.

de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

(...)

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio.

Con base en tales razonamientos, la Corte declaró constitucional el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable.

Sin embargo, precisando el alcance de esta norma, en la parte resolutive del fallo correspondiente dijo:

(...)

Segundo: Declarar inexecutable las expresiones “expedidas en ejercicio de la potestad reglamentaria” y “ni a la doctrina legal más probable”, contenidas en el artículo 12 de la ley 153 de 1887.

Tercero: Salvo las expresiones anteriores, declarar executable el artículo 12 de la ley 153 de 1887, bajo el entendido de no vincular al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, en los términos de esta sentencia.

1.1.2.4. *Ejemplo de un conflicto jurídico decidido con base en el juicio de “Pre-lación de Normas”.* El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 4 de abril de 1990, con ponencia de la doctora Clara Forero de Castro, dice:

CONSIDERACIONES

Se trata en el caso presente de dilucidar la legalidad de la Resolución No. 4277 del 6 de Octubre de 1983, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Odontólogo Especialista, Clase III, Grado 38 de la División de Servicios de Salud de la Seccional del Tolima.

Uno de los motivos de impugnación de esa Resolución, es la supuesta incompetencia del Director General de la entidad demandada para expedirla.

La Sala hace por tanto un análisis de las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal del Instituto de Seguros Sociales, con miras a definir si tal funcionario podía válidamente separar del servicio al actor.

Así tenemos que mediante el Decreto Ley 1650 de 1977, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por medio de la ley 12 de 1977, se reorganizó el Instituto como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo, cuya dirección está a cargo de una Junta Administradora y del Director General, quien, conforme reza el artículo 57 del citado decreto, tiene entre otras funciones la de “K) Nombrar el personal del Instituto y efectuar los traslados y remociones, con arreglo al régimen de administración de personal”; atribución que, al igual que las demás que se le asigna, puede delegar en el Secretario General, Gerentes Seccionales y en los Jefes de otras unidades o dependencias del Instituto, siempre que tenga autorización previa de la Junta Administradora (literal q) artículo 57 del decreto 1650 de 1977.

En consonancia con lo anterior, el mismo decreto en el artículo 65 atribuye a los Gerentes Seccionales la función de “I) Nombrar por delegación del Director General los funcionarios de la respectiva seccional, con estricta sujeción a la planta de personal y a las normas legales sobre administración de personal del Instituto.”

La distribución de funciones que hace el decreto citado, consulta lo dispuesto por el legislador extraordinario en los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 sobre organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional, como lo es el Instituto de Seguros Sociales.

De manera que, por voluntad legislativa, la facultad de nombrar los empleados de los establecimientos públicos (entre ellos el I.S.S.), radica en los gerentes, presidentes o directores, esto es, en sus representantes legales. De ahí que no es dable admitir que por medio de un decreto reglamentario, como lo es el No. 413 de 1980, se despoje al Director General del Instituto de Seguros Sociales de aquella atribución, para asignarla, en forma incorrecta, a los gerentes seccio-

nales del mismo, quienes de acuerdo con los estatutos legales que regulan su organización y administración (decreto 1650 de 1977), sólo pueden ejercerla válidamente en virtud de delegación que a su favor haga el Director General de ese organismo.

Por tal razón, es decir, por fundamentarse en un decreto reglamentario que desborda los preceptos legales que desarrolla, la Sala rechaza los planteamientos del demandante, acogidos *por el a quo*, pues su aceptación equivaldría a prohijar la tesis equivocada de que el estatuto reglamentario tiene la virtualidad de modificar lo dispuesto en las normas legales.

(...)

Por consiguiente, la Administración no quebrantó las normas señaladas en la demanda como transgredidas en razón de una supuesta ausencia de competencia del Director General del ISS para proferir el mencionado acto.

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Problema Jurídico: ¿Es válida la resolución del Director del Seguro Social que declara la insubsistencia de un funcionario de una dependencia seccional del Instituto?

Primera tesis: No

Fuente: Decreto reglamentario 413 de 1980.

Juicio: Pertinencia de la fuente.

Segunda tesis: Sí

Fuente: Artículo 57 del Decreto ley 2650 de 1977

Juicio: Prelación del Decreto ley sobre el reglamentario.

1.1.3. Vigencia de la ley

Estando las partes de acuerdo en que existen normas legales pertinentes para resolver el conflicto, y de igual jerarquía, puede sin embargo subsistir la discrepancia sobre la fuente de solución, por considerar una de ellas que alguna de dichas normas no está vigente.

La vigencia de la ley hace referencia a su existencia, entendida como el período en el cual tiene la virtualidad de cumplir su función de mandar, permitir, prohibir o castigar. Bajo esta perspectiva, al analizar la vigencia de la ley debe tratarse de su nacimiento, su derogatoria o fin, y de los fenómenos

de la retroactividad, la ultractividad, y la retrospección. Así mismo, bajo el título indicado debe estudiarse la suspensión temporal de las normas.

1.1.3.1. El nacimiento de la Ley. De acuerdo con la ley 57 de 1885, una norma rige a partir de la fecha de su publicación. Este principio, que constituye la regla general, admite sin embargo excepciones, como cuando la misma ley fija la fecha en que comienza a regir (mecanismo que se ha convertido en el más común en nuestra legislación), o cuando faculta al gobierno para que fije la fecha del nacimiento de la norma. Así mismo, se exceptúan del principio señalado los eventos en que, por causa de guerra u otra circunstancia inevitable, se encuentran suspendidas las comunicaciones con la capital o suspendido el curso ordinario de los correos; en estos eventos, y en atención a que el Código de Régimen Político y Municipal disponía la vigencia de la ley dos meses después de su promulgación, establece el artículo 53 del mismo estatuto que los dos meses comenzarían a contarse desde que cesare la inco-municación y se restablecieren los correos. En todos los casos mencionados, la fecha de iniciación de la vigencia de la ley tiene que ser posterior a la de su publicación.

1.1.3.2. La derogatoria y fin de la Ley. Al analizar la derogatoria y fin de la ley debe observarse primero si la misma tiene carácter transitorio o permanente, por cuanto ello es constitutivo de los diversos modos en que la ley deja de existir.

Si las normas tienen carácter transitorio, precluyen cuando se cumple el término para el cual fueron expedidas, o cuando se ejecutan cabalmente, salvo que sean derogadas antes de que ocurra uno de estos sucesos. Tal es el caso, por ejemplo, de los decretos expedidos en Estado de Comoción Interior, que dejan de regir una vez sea restablecido el orden público, o una vez se cumplan los términos previstos en el artículo 213 de la Constitución Política.

Si, por el contrario, tienen las normas carácter permanente, es el fenómeno específico de la derogación el que señala el fin de su existencia, entendiéndose por ésta la manifestación de la voluntad del legislador de dejar sin vigencia la norma.

Dicha manifestación, en los términos de los artículos 71 y 72 del Código Civil, puede ser expresa, cuando una nueva ley así lo dispone, o tácita,

cuando la nueva ley contiene disposiciones que son contrarias e inconcilia-bles con las anteriores, en cuyo caso quedan derogadas las que cumplen esta característica, permaneciendo las demás vigentes. La derogación también puede ser total o parcial, según que haga referencia a la totalidad de la ley anterior, o solamente a uno o varios de sus artículos.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 153 de 1887, hay derogación cuando una nueva ley regula íntegramente una materia específica. En este evento, las normas anteriores a la ley que tra-tan sobre la materia regulada también dejan de regir y pierden su vigencia. De igual manera, dispone el artículo 9 de la misma ley que la Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente, y que toda disposición legal anterior a ella que sea contraria a su letra o a su espíritu se tendrá como insubsistente.

Las leyes que son derogadas no reviven porque otras disposiciones se refieran a ellas, o porque sean a su vez abolidas las normas que las derogaron. En los términos del artículo 14 de la ley 153 de 1887, para que la ley derogada vuelva a recobrar su fuerza es necesario que una nueva ley la reproduzca, y solo valdrá en los términos en que apareciere reproducida.

La Corte Constitucional en la sentencia C-443-97, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, precisa el momento en que se produce el fenómeno derogatorio en los siguientes términos:

(...)

13. Los anteriores conceptos permiten precisar en qué momento se produce el fenómeno derogatorio, para lo cual es necesario diferenciar entre el acto jurídico derogatorio –que es la norma posterior- con el efecto jurídico derogatorio –que es la cesación de vigencia de la norma precedente-. Esta distinción es importante con el fin de poder precisar cuando existe una ley, para saber si una ley es posterior a otra, y cuando se produce efectivamente derogación, pues esos momentos pueden no coincidir.

Así, para la Corte es claro que el efecto derogatorio de una norma legal tiene lugar a partir de cuando la norma derogatoria es jurídicamente eficaz, puesto que la eficacia es la capacidad de producir efectos, y la derogación es un efecto de la norma. Supongamos que el 10 de julio de 1999 el Congreso expide una ley A, cuyo único objetivo es derogar una ley B. Supongamos igualmente que la ley A, conforme a sus mandatos, sólo entra a regir dos meses después de ser

expedida. En tales circunstancias, es claro que la ley B sale del ordenamiento el 10 de septiembre de 1999, a pesar de que la ley A, que la deroga, estaba vigente desde dos meses antes, pues el efecto derogatorio sólo se hace efectivo cuando la ley B ya es aplicable.

Por el contrario, para saber si una ley es posterior a otra, la Corte considera que se debe tomar en cuenta su vigencia, y no su validez o eficacia, por cuanto la voluntad de los representantes del pueblo se perfecciona en el momento en que la ley nace, conforme a los requisitos exigidos por la Carta, y entra entonces a hacer parte del ordenamiento, sin importar que la norma sea o no aplicable. En efecto, admitir que la eficacia es el punto que se debe tomar en cuenta para determinar la posterioridad de una ley, no sólo desconoce el fundamento constitucional del fenómeno de derogación –que es la voluntad de la mayoría en virtud del principio democrático- sino que conduce a resultados jurídicos inadmisibles. Para mostrarlo basta un ejemplo. Supongamos que el Legislador expide la ley 01 del 30 de julio del 2000, la cual establece un nuevo delito, como podría ser la evasión de impuestos, pero considera conveniente dar un plazo a los ciudadanos para adaptar sus comportamientos a esa definición legal, por lo cual dice que la ley empezará a regir dos años después. Ahora bien, supongamos que a los pocos meses, y luego de un amplio debate nacional, el Congreso concluye que la penalización de la evasión de impuestos en delitos es un error en términos de política criminal. Se expide entonces la ley 02 del 10 de diciembre de ese mismo año, que deroga la primera ley, que todavía no ha entrado a regir. Si consideráramos que la posterioridad de una ley se cuenta a partir de su eficacia, entonces deberíamos concluir que la ley 02 del 10 de diciembre del 2000 no puede derogar a la ley 01 del 30 de julio del 2000, por cuanto ésta, a pesar de haber sido expedida antes, entra a regir después. De esa manera, permitiríamos no sólo que un Congreso ate normativamente a sus sucesores, sino que la seguridad jurídica se vería afectada.

Finalmente, dejan de tener vigencia las normas que son declaradas inexecutable por la Corte Constitucional y las que son anuladas por el contencioso administrativo. En el primer caso, el efecto de la sentencia respectiva se produce hacia el futuro, mientras que en el segundo se considera que la norma ni siquiera llegó a existir. Veamos el siguiente ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de febrero de 1990, con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, dijo:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en determinación de Octubre 3 del año próximo pasado, se abstuvo de iniciar investigación penal contra

la doctora..., en su demostrada condición de Juez ..., y por los hechos denunciados por el doctor..., constitutivos de un presunto delito de prevaricato. Contra esta determinación el mismo doctor... interpuso recurso de apelación.

(...)

Breves consideraciones de la Sala

1. Esta Corporación, siendo Magistrado ponente quien ahora cumple igual cometido, en determinación de octubre 9 de 1985, señaló: 'Tiene, pues, esta etapa preliminar o pre-procesal (art. 320 bis del C. de P.P.) unas características propias que no solo gramatical, sino jurídicamente, la diferencian de la etapa procesal propiamente dicha. Como adjetivo, preliminar es lo que sirve de preámbulo o proemio para tratar sólidamente una materia. El prefacio está antes de la materia misma, el proceso. Lo preliminar apunta a limpiar, previamente, de dudas los hechos, para ver si ellos se acomodan o no a un tipo penal, y poder o no entrar a proferir, con fundamento, auto cabeza de proceso. Si efectivamente éste se dicta, jamás podrá decirse que las diligencias preliminares constituyen la antítesis del proceso. Cuando culminan con auto inhibitorio, éste sí es, *per se*, lo opuesto de aquél. Es contra éste - que se dicta, obviamente cuando aún no existe proceso- que se interponen y proceden los recursos ordinarios, por ser providencia de fondo, como quiera que resuelve, por fuera del proceso, aspectos fundamentales que tocan con el ejercicio de la acción penal, la autoría y la existencia misma del delito.

'El legislador ha sido claro al decir que 'quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, deberá sustentarlo...'

'Es indiscutible que el proceso penal nace con el auto cabeza de proceso (de ahí este nombre) y que, antes de él, no en él, en derecho procesal penal existe lo que el mismo legislador ha denominado indagación preliminar', la que tiene una significación distinta a proceso. Inclusive, cuando las diligencias preliminares terminan con auto inhibitorio, éste se constituye en la negación del proceso mismo.

'Interpretando, pues, literalmente, la norma en cuestión se desprende que, cuando se interpone el recurso de apelación, de manera principal o subsidiaria, con el auto inhibitorio, no hay necesidad de sustentarlo, por cuanto ella -art. 57 de la ley 2 de 1984- se refiere, en forma expresa y diáfana, es a aquellos evento en los cuales se ha introducido en el proceso, el cual es, exactamente, antípoda del auto inhibitorio.'

Pero deviene en indiscutible, por virtud de lo normado en el vigente Código de Procedimiento Penal (Decreto 50 de 1987), que, hoy por hoy, es imperioso sustentar el recurso de apelación, inclusive cuando él se interpone contra el

auto inhibitorio. Efectivamente, el artículo 203 del mencionado estatuto señala: ‘Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos interlocutorios de primera instancia’. A su turno, el artículo 205 *ibidem* indica los efectos (suspensivo, diferido y devolutivo) en que tal recurso se surte; y el 206 determina cuáles providencias son apelables y en qué efecto, y allí, en el numeral 6 se dice que el auto inhibitorio lo es y en el efecto suspensivo. Y, sin hacer ninguna distinción, el artículo 207 *eiusdem*, manda: sustentación. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el Juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concederá. Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, la apelación se entenderá sustentada con los argumentos que sirvieron de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia, se interpondrá y sustentará oralmente.

Lo anterior, claramente está significando que ya no es posible, para determinar la necesidad o no de la sustentación, hacer distinciones entre la etapa preliminar y la procesal propiamente dicha, y que para estos efectos, nada importa que el auto inhibitorio sea la antípoda del proceso, pues es voluntad expresa del legislador que, cuando se interponga el recurso de apelación, se sustente, tratándose o no de proceso. Ya no caben, se reitera, diferenciaciones en ese sentido, porque la ley, en su tenor literal y diáfano, no las tolera.

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Problema jurídico: ¿Se debe sustentar el recurso de apelación del auto inhibitorio?

Primera tesis. No

Fuente: Art. 57 Ley 2 de 1884

Juicio: Pertinencia, por cuanto se trata de las diligencias preliminares y la sustentación del recurso de apelación sólo está prevista para las providencias dictadas durante el proceso.

Segunda tesis: Sí

Fuente: Arts. 206 y 207 C. de P.P.

Juicio: La *segunda tesis* de la Corte se funda en un juicio de derogatoria tácita del artículo 57, por existir norma posterior contraria que establece la obligación de sustentar la apelación de todos los autos en que ella proceda, cualquiera sea la etapa de investigación que se esté adelantando.

1.1.3.3. *La retroactividad y ultraactividad de la ley.* Si bien el principio general es que la norma rige desde el momento en que nace y hasta el momento en que es derogada, y que en consecuencia se expide para que regule situaciones hacia el futuro, en algunos casos la norma proyecta sus efectos hacia el pasado, para regular actos cumplidos con antelación a su vigencia. En estos casos estamos frente a la retroactividad de la ley, que por su carácter excepcional requiere de disposición expresa que la autorice.

Así en materia penal dispone el artículo 29 de la Constitución Política que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, en principio que reiteran los artículos 60. del Código Penal, y el artículo 44 de la ley 153 de 1887, y que supone la aplicación retroactiva de la ley que, no obstante haberse expedido con posterioridad al hecho que se juzga, resulta ventajosa para el reo.

Sobre la base de este principio, si la nueva ley en forma explícita o implícita le quita a un hecho el carácter de delito que anteriormente tenía, se considera que, por ministerio de ella, se ha producido indulto o rehabilitación, y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del reo, o se le pondrá inmediatamente en libertad si se hallare condenado; si la nueva ley disminuye la pena anteriormente señalada, se declarará la rebaja correspondiente; si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará la ley que invoque el interesado; y si la nueva ley disminuye la pena corporal pero aumenta la pecuniaria, se aplicará de inmediato.

Por ultraactividad de la ley se entiende el fenómeno por el cual una ley derogada sigue produciendo efectos posteriores, y sobrevive para algunos casos concretos no obstante su deceso jurídico.

Tal fenómeno se presenta en el evento de los derechos adquiridos, protegidos por el artículo 58 de la Constitución Política, cuando dispone que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, y por el artículo 26 de la ley 153 de 1887, cuando establece

que “todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra”.

Así mismo, en relación con los contratos se dispone en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 que se entenderán incorporados en ellos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con excepción de las que establecen el modo de reclamar en juicio los derechos a que dan lugar, y las que señalan las penas para el evento en que se infrinja lo estipulado.

En materia procesal, el artículo 40 de la ley 153 de 1887 establece que las leyes posteriores prevalecen sobre las anteriores, pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

En materia laboral, por su parte, dispone el Código Sustantivo del Trabajo que sus normas no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, salvo que resulten más favorables para el trabajador, permitiendo de esta manera la aplicación ultraactiva de la ley.

Finalmente, en materia penal opera también la ultraactividad de la ley, en aplicación del principio ya expresado al referirnos a la retroactividad en esta materia, según el cual la norma permisiva o favorable prevalece sobre la restrictiva o desfavorable.

Ejemplo:

En sentencia de mayo 10 de 1982, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Reyes Echandía, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, trató el fenómeno de la ultraactividad como expresión del principio de favorabilidad en materia penal, describiendo los elementos que le son esenciales, en los siguientes términos:

1. El apotegma jurídico en virtud del cual la ley se aplica durante su vigencia admite -por permisión constitucional- una importante excepción referida a las leyes penales de favorabilidad, pues que en relación con ellas, se impone su aplicación respecto de hechos ocurridos antes de su vigencia (retroactividad), o en un momento posterior al de su fenecimiento en relación con hechos sucedidos mientras estuvo en vigor (ultraactividad).
2. Doctrina y jurisprudencia han reconocido también que se impone el criterio de favorabilidad precedente en tratándose de leyes intermedias, es decir, de normas cuya existencia jurídica comenzó después del hecho pero que ya

no regían (por derogatoria expresa o tácita de otra nueva ley) cuando debía resolverse la situación jurídica creada por aquel hecho.

3. En tratándose de leyes temporales -que se diferencian de las intermedias porque su vida está ya delimitada en el tiempo de manera expresa o tácita desde que entraron a regir y porque apenas suspenden la vigencia de aquellas normas que le sean contrarias mientras dura su precaria existencia- ha de reconocerse que cuando consagran soluciones más favorables que las previstas en la ley anterior o en la que regirá después de su beneficio, sus efectos se extiendan tanto retroactiva como ultraactivamente, pues de esa manera cumplen cabalmente la finalidad para la que fueron creadas y permanece incólume el apotegma constitucional del art. 26, inciso 2o.

4. En cuanto a las leyes excepcionales -entendiéndose por tales las que se expiden para solucionar situaciones extraordinarias y de precaria aunque no definida duración- que consagran medidas de favorabilidad respecto de leyes ordinarias cuya vigencia queda restablecida al extinguirse aquellas por desaparición del fenómeno excepcional que las engendró, resulta igualmente viable y legítima tanto su retroactiva como ultraactiva aplicación, pues que mediante ella se resuelven, como tales leyes lo han querido, situaciones jurídicas que existían antes de que entraran a regir o que nacieron durante su vigencia, lo que no contraría sino que se acomoda al teleológico sentido del ya citado art. 26, inciso 2o. de nuestra Carta Fundamental (de 1886).

5. En providencia del 10 de diciembre de 1980, la Sala reconoció que la Ley 22 de 1980 es de naturaleza temporal en todas sus disposiciones y en tal carácter rige ‘para procesos iniciados con anterioridad del día 30 de septiembre de 1980, cuando comenzó su vigencia, y su existencia jurídica no se prolonga más allá de ese plazo de los 18 meses que el legislador estimó suficiente para establecer la normalidad de la administración de justicia, agobiada por un peso tan asfixiante de negocios que llevó a hablar en un principio de una emergencia judicial’.

6. La Ley 22 prevé cuatro situaciones en materia penal que conviene precisar antes de buscar la solución adecuada respecto de su eventual aplicación después del 12 de abril de 1982; ellas son:

- a. La excarcelación caucionada del procesado cuando haya transcurrido un período superior a seis meses, a un año, o al doble de ellos (según el caso), a partir de la ejecutoria del auto de proceder, sin que se hubiese celebrado la respectiva audiencia pública (art. 4o).
- b. La cesación de procedimiento cuando hubieren transcurrido más de dos años de iniciada ‘una investigación penal sin identificar o determinar los pre-

suntos responsables', cuando el delito porque se procede tuviere señalada pena máxima imponible inferior a ocho años (art. 5. inciso 1o.).

c. La cesación de procedimiento cuando hubieren transcurrido más de dos años 'de haber sido oída una persona en indagatoria' y 'no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva o ésta hubiere sido revocada' (art. 5o., inciso 2o.); y

d. La ejecución condicional de la condena 'cuando se haya impuesto pena que no exceda de dos años de presidio' y se den los demás requisitos del art. 80 del C.P. de 1936 (art. 6o).

Las tres primeras situaciones exigen el decurso de un determinado período que ha de contarse -en cada caso- a partir de la ejecutoria del auto de proceder, de la iniciación del proceso, de la diligencia de indagatoria o del auto que revocó el de detención. La última supone simplemente que se hubiese dictado o se vaya a proferir sentencia de condena; por manera que auto de proceder ejecutoriado, iniciación de proceso en averiguación, indagatoria, auto que revoca el de detención y sentencia de condena, son los supuestos jurídicos sobre los que se edifican la soluciones que ésta les ofrece con la denominación de excarcelación caucionada para la primera situación, cesación de procedimiento para las dos siguientes, y condena de ejecución condicional para la última.

7. Ahora bien, sentada la premisa de que la Ley 22 de 1980 es de carácter temporal y su vigencia expiró el 12 de abril de 1982, surge la obvia inquietud de su eventual aplicabilidad ultraactiva, vale decir, después de la fecha de su formal extinción. En el examen de esta cuestión pueden darse varias hipótesis, así:

a. La situación jurídica se consolidó antes de la vigencia de la Ley 22, de tal manera que para el 30 de septiembre de 1980 ya existían los supuestos jurídicos que hacían viable la aplicación de las soluciones que la Ley ofrecía, pero durante su vigencia no fueron reclamadas ni de ellas se percató la autoridad judicial competente;

b. La situación jurídica se consolidó durante la temporal vigencia de la Ley 22, pero no logró ser resuelta judicialmente en dicho lapso, a pesar de haberse reclamado oportunamente su solución;

c. La situación jurídica se consolidó durante el período en que estuvo vigente la ley, pero solamente fue reclamada su aplicación o advertida por el funcionario después del 12 de abril de 1982;

d. El supuesto jurídico (auto de proceder ejecutoriado, iniciación del proceso en averiguación, indagatoria o revocación del auto de detención) existía cuando entró en vigencia la ley, pero la situación se consolidó después de su extinción. Ha de precisarse que esta hipótesis sólo es aplicable a los fenómenos del

art. 5o. de la ley y al caso previsto en el art. 4o. cuando se trate de proceso con intervención de jurado y hubiere imputación por dos o más delitos (inciso 2o.), porque respecto de ellos la consolidación de la situación jurídica creada puede ocurrir con posterioridad al 12 de abril de 1982;

e. El supuesto jurídico surgió en vigencia de la Ley 22, pero se consolidó después de la fecha de su extinción; exceptúase de esta hipótesis la situación relacionada con la condena de ejecución condicional, pues que para su consolidación no se requiere término alguno, a menos que se trate de un proceso que hubiese entrado al despacho del juez para sentencia cuando aún estaba vigente la Ley 22 y la providencia se dictase después del 12 de abril de 1982; sin embargo, este excepcional evento ha de ser resuelto dentro de la hipótesis a) o b), según el caso;

f. El supuesto jurídico y, desde luego, su consolidación aparecieron después de la vigencia de la ley.

8. En cuanto a las hipótesis a), b) y c) no encuentra la Sala dificultad alguna para aceptar la aplicación ultraactiva de la Ley 22; respecto de la primera, porque consolidada la situación jurídica antes de la vigencia de la ley y habiéndose ésta expedido primordialmente para solucionar tales situaciones en relación con procesos preexistentes, resulta de elemental lógica y justicia que la mera inadvertencia de su oportuna aplicación, puede ser remediada aún después de su vigencia; y en relación con las otras dos hipótesis, porque la respectiva situación jurídica se consolidó durante el término en que la ley rigió, y habiendo podido y debido ser resuelta en ese lapso, el que eso no haya ocurrido no impide que mediante una decisión judicial posterior, que tiene carácter declarativo, se aplique la solución prevista en aquella ley. Es éste, por lo demás, el más puro ejemplo de aplicación ultraactiva de una ley favorable.

9. En relación con las restantes hipótesis, la cuestión deberá ser resuelta negativamente porque la aplicación ultraactiva de una ley temporal por razones de favorabilidad supone que durante su vigencia pudo ser aplicable en razón de que el hecho o la situación jurídica a que se refiere ocurrió o se consolidó antes de que empezase a regir o, al menos, durante el período en que estuvo vigente, eventos que no se dan en ninguna de estas hipótesis.

10. Al examinar el caso sub-judice encuentra la Sala que cabe en la hipótesis c), puesto que habiéndose recibido indagatoria al procesado el 30 de julio de 1979, los dos años de término se cumplieron el 29 de julio de 1981, fecha en que aún estaba vigente la ley 22, sin que desde entonces hubiesen existido bases probatorias para proferir auto de detención; por consiguiente se impone la solución

de aplicar ultraactivamente lo dispuesto en el art. 5o. inciso segundo de dicha ley, mediante el mecanismo procesal allí indicado (...).”

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Problema jurídico: ¿Tiene derecho a cesación de procedimiento el sindicato que ha sido oído en indagatoria si dos años después no existe en el proceso prueba suficiente para decretar su detención, cuando el beneficio solo es pedido después de que la ley que concedía este beneficio ha perdido su vigencia?

Tesis: Sí

Fuente: Numeral 2 del artículo 5 de la ley 22 de 1979.

Juicio: Vigencia. Aplicación ultraactiva de esta norma por ser más favorable al reo.

1.1.3.4. La retrospcción de la Ley. La retrospcción de la ley es el fenómeno por el cual una norma puede variar las situaciones jurídicas constituidas de acuerdo con normas anteriores, cuando los efectos de tales situaciones aún no se han producido. En estricto sentido, la retrospcción reitera el principio de que la ley rige hacia el futuro, por cuanto no afecta la causa generadora de la situación jurídica constituida, sino los efectos no producidos de la misma.

Tal ocurre, por ejemplo, en los casos previstos en la ley 153 de 1887, cuando dispone que la ley que restrinja derechos amparados por la ley precedente, tendrán cumplimiento inmediato si se fundan en motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública; que las leyes que establecen condiciones distintas a las de una ley anterior para la administración de un determinado estado civil tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que comienzan a regir; o que, no obstante que todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella subsiste bajo el imperio de otra, en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley.

En relación con la restrospección de la ley dice el Consejo de Estado, en concepto de marzo 11 de 1972, del cual fue ponente el doctor Alberto Hernández Mora:

En cuanto a los efectos de la ley en el pasado, que configuran derechos individuales, son pertinentes algunas consideraciones:

La Ley dispone para el futuro. Mientras la ley nueva no entre a regir el pasado para suprimir efectos realizados de un derecho, ni a desconocer para el futuro la realidad de derechos anteriormente constituidos, no tiene alcances retroactivos ni lesiona derechos adquiridos. Puede, si, la ley, modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores, sin que interfiera por ello la protección constitucional de los derechos adquiridos.

En derecho colombiano es principio jurídico el que consagra la ley 153 de 1887, en artículo 26:

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

Los derechos individuales no son absolutos sino sometidos a las reglamentaciones y limitaciones legales que hagan posible su ejercicio dentro del marco social. Fuera de la sociedad los derechos individuales no tienen oportunidad ni importancia. Es la razón de que todo derecho individual tenga una función social, la que hace posible su ejercicio en armonía con el interés general que expresa la ley.

Nuestra Carta consagra este principio con particular nitidez; en forma especial para el derecho de propiedad, y en forma general para todos los derechos:

Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones”. Este principio que rige y penetra todo el ordenamiento público y privado, encuentra desarrollo legal en la ley 153 de 1887:

Art. 18. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tiene efecto general inmediato.

Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes.

Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses.

El Consejo de Estado en sentencia del 15 de mayo de 1961, de la que fue ponente el doctor Alejandro Domínguez Molina, al decidir una demanda relacionada con la ejecución del decreto legislativo 1070 de 1956, que decretó la congelación de arrendamientos de las fincas urbanas en ciudades de más de

cincuenta mil habitantes al precio que tales arrendamientos tuvieran el 31 de diciembre de 1955, decreto que se aplicó a contratos celebrados con anterioridad en que se había pactado aumento de los cánones a partir de esta fecha, sentó la siguiente jurisprudencia:

De modo que en el derecho positivo colombiano el principio de irretroactividad de la ley no es de carácter absoluto, ni tiene el mismo valor con respecto a las distintas clases de ley, pues, por ejemplo, cuando éstas son expedidas ‘por motivos de utilidad pública o interés social’, o sea cuando interesan más a la sociedad que al individuo, cuando se inspiran más en el interés general que en el de los individuos, cuando se dictan ‘por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública’, tienen efecto general inmediato, aunque restrinjan derechos amparados por la ley anterior, porque el interés privado debe ceder al interés público o social.

El Consejo refuerza sus conclusiones, con esta cita de Josserand:

Ante estas exigencias -las de orden público- tienen que ceder los intereses particulares: no se pueden hacer valer derechos adquiridos en oposición al orden público. Tampoco puede hablarse, en tal caso, de retroactividad de la ley; obra intensamente, conforme a las necesidades sociales, se aplica inmediatamente, sin más; el efecto inmediato es cosa distinta del efecto retroactivo ... Contra el orden público no hay, puede decirse, derechos adquiridos, de suerte que determinadas leyes que parecen obrar retroactivamente, en realidad, obran inmediatamente, sin más, conforme a su naturaleza y a las necesidades sociales, y sin que el legislador haya tenido que dar explicaciones sobre el particular. Como se ha hecho notar con mucha razón, se ha establecido con excesiva frecuencia la confusión entre la aplicación retroactiva de la ley y la aplicación inmediata de la misma, confusiones peligrosas e injustificadas (Derechos Civil, Tomo I, N.º 82 y 83).

1.1.3.5. La suspensión transitoria de la vigencia de la Ley. La legislación colombiana permite que las normas de su ordenamiento jurídico sean suspendidas temporalmente en cuatro casos, a saber:

- Cuando una norma de igual o superior jerarquía así lo dispone. En este evento, la suspensión se sujetará a lo que disponga la misma norma en lo relacionado con la readquisición de su vigencia.
- Cuando el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, declara el Estado de Guerra Exterior, en los términos del artículo 212 de la Constitución Política. En este evento, “los decretos legislativos que dicte el

Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare la normalidad.” Una vez dejen de tener vigencia, la recobrarán aquéllas que fueron suspendidas.

- Cuando el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, declara el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución Política. En este evento, “los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público”, pero el Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Una vez dejan de regir los decretos expedidos durante la Conmoción Interior, las disposiciones suspendidas recobran su vigencia.
- Cuando la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política, suspende provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. En este evento, la suspensión dura hasta que se emita el fallo correspondiente, y si éste es de nulidad de la norma la misma pierde definitivamente su vigencia; en caso contrario, la recobrará con la ejecutoria del fallo.

1.1.4. Ámbito territorial de aplicación de la norma

En ocasiones las partes pueden estar de acuerdo en la existencia de normas contradictorias para resolver un problema jurídico, las cuales son de la misma jerarquía, son pertinentes para resolver el problema planteado, y ambas están vigentes, pero que tienen un ámbito de aplicación territorial diferente.

El ámbito de aplicación de la norma hace referencia a la operancia de la legislación en el espacio, y abarca en consecuencia los problemas de la territorialidad y extraterritorialidad de la ley.

1.1.4.1. Territorialidad de la ley. De conformidad con el principio de la territorialidad, las leyes son obligatorias para todas las personas que se encuentren en el territorio del respectivo Estado, así sea de tránsito, e independientemente de si se trata de nacionales o extranjeros. Este principio puede ser absoluto, cuando no admite excepciones, y relativo en caso contrario.

Si bien la Constitución Política de nuestro país dispone en su artículo 4o. que “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la

Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, y reitera en el artículo 95 que “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”, acogiendo el principio absoluto de la territorialidad, se observa que el mismo queda limitado por los tratados internacionales, en especial cuando establecen la inmunidad de misiones diplomáticas y consulares.

Igualmente, por razón del fenómeno de la descentralización consagrado en nuestra Constitución Nacional, hay asuntos que sólo pueden ser regulados por las autoridades regionales, como son los que hacen referencia a la estructura de la administración local. En estos casos la norma regional se circunscribe a su territorio, y no tiene carácter obligatorio para los habitantes del país que se encuentren en otra región.

1.1.4.2. Extraterritorialidad de la Ley. A diferencia de la territorialidad de la ley, que se aplica con carácter general en atención a la soberanía del Estado sobre su territorio, la extraterritorialidad tiene carácter excepcional, por cuanto implica rebasar los límites nacionales para subordinar a la ley del país tanto a propios como a extranjeros, cuando cumplen ciertos actos jurídicos o asumen determinadas conductas antijurídicas fuera de los límites del territorio.

En la legislación colombiana, la extraterritorialidad está prevista para los específicos asuntos penales y civiles que se detallan a continuación:

En materia civil:

- Prevé el artículo 19 del Código Civil que los derechos y obligaciones civiles de los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero se regulan conforme a las disposiciones del código sobre la materia, especialmente en lo relativo a su estado civil y a su capacidad para realizar actos jurídicos destinados a producir efectos en el territorio nacional, o “en asuntos de la competencia de la Unión”, como también en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, si deben cumplirse en Colombia.
- Así mismo, establece el artículo 20 del Código Civil que los bienes que se encuentren ubicados en el territorio nacional y en cuya propiedad tenga interés o derecho la nación quedarán sujetos a las disposiciones del mismo Código, cualquiera quien fuere su dueño, sin perjuicio de que sean objeto de contratos válidamente celebrados. Adicionalmente, si las estipulaciones de estos contratos afectan los derechos e intereses de la nación, para que puedan tener cabal

cumplimiento deben ajustarse al citado Código y a las “demás leyes civiles de la Unión”.

- Finalmente, el artículo 21 del Código Civil establece que la autenticidad de los instrumentos públicos otorgados en el exterior se debe probar conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, no obstante que su forma se determine por la ley del país en que se otorgan. Agrega al respecto el artículo 21 del citado Código que siempre que la ley colombiana exija la existencia de instrumentos públicos para pruebas que habrán de rendirse y producir efectos en el país, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza que tengan en el país en donde fueron otorgadas.

En materia penal: El Código Penal dispone sobre esta materia:

- Artículo 15. *Territorialidad por extensión.* La ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible a bordo de nave o aeronave del Estado que se encuentre fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en los Tratados o Convenios Internacionales ratificados por Colombia. Se aplicará igualmente al que cometa la conducta a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional, que se halle en altamar, cuando no se hubiere iniciado la acción penal en el exterior.
- Artículo 16. *Extraterritorialidad.* La ley penal colombiana se aplicará:
 1. A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el Artículo 323⁴ del presente Código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana. En todo caso se tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere estado privada de su libertad.
 2. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero.
 3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.
 4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio

⁴ El artículo 323 del C. Penal se refiere al lavado de activos, que prevé su propia forma de extraterritorialidad.

extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

5. Al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3, se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años (2) y no hubiere sido juzgado en el exterior.

En este caso sólo se procederá por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:

- a. Que se halle en territorio colombiano;
- b. Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) años;
- c. Que no se trate de delito político, y
- d. Que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano. Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal.
- e. En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querrela o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior.

Ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de junio 15 de 1975, con ponencia del H. Magistrado doctor Luis Sarmiento Buitrago, refiriéndose al tema fiscal y particularmente a la situación de los extranjeros no residentes que tienen bienes en Colombia, precisó el ámbito de aplicación de la ley de la siguiente manera:

El ciudadano AA, en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 214 de la Constitución, pide a la Corte declare la inexecutable del artículo 2, incisos segundo, tercero y último del Decreto No. 2821 de 1974, “por el cual se dictan normas procedimentales en materia fiscal”.

Se transcribe el texto total de la disposición citada, subrayando la parte impugnada:

Decreto numero 2821 de 1974.

(...)

“Artículo 2.

“Las personas naturales, las sucesiones de causante extranjero y las entidades extranjeras deberán presentar declaración cuando no obstante carecer de residencia o domicilio en Colombia, posean bienes en ésta u obtengan rentas cuya fuente esté en su territorio.

“A tal efecto deberán presentar la declaración de los contribuyentes con domicilio o residencia en el exterior:

1. Las sucursales colombianas de empresas extranjeras;
2. A falta de sucursal, las sociedades subordinadas;
3. A falta de sucursales subordinadas, el agente exclusivo de negocios;
4. Los factores de comercio, cuando dependan de personas naturales.

“Si quienes quedan sujetos a esta obligación no la cumplieren, serán responsables por los impuestos que se dejaren de pagar.”

El actor dice que la normatividad acusada viola los artículos 10, 16 y 20 de la Constitución que consagra el principio universal de la territorialidad de las leyes, es decir, que las leyes no obligan más allá de las fronteras de un país.

(...)

Refuerza el actor su concepto con la transcripción de varios apartes de la sentencia de marzo 18 de mil novecientos setenta y uno del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que termina así:

“b, Porque aún sin la existencia de este principio capital su nulidad sería también evidente por violación de los artículos 18 del C. Civil y 57 del C. Político y Municipal que al consignar el principio de la territorialidad de la ley expresan que ésta sólo es obligatoria para los nacionales y para los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo excepciones creadas por los estatutos o las establecidas en los tratados públicos”.

(...)

Jurídicamente se basa el principio de la territorialidad en la soberanía absoluta del Estado que impone la supremacía de su ley a todos los habitantes del territorio, pero solamente a ellos.

Empero, la ley no sólo comprende a las personas, sino a las relaciones o derechos que éstas creen sobre los bienes estantes en el territorio nacional. Por consiguiente, dos aspectos pueden distinguirse en el imperio de la ley: a) la regulación que ésta haga en cuanto al estado civil de las personas, su capacidad legal y sus relaciones de familia; y b) la normatividad que expida sobre los bienes ubicados en el territorio nacional. De aquí surgen los denominados estatutos personal y real.

El punto por decidir es si los extranjeros no residentes en Colombia deben sujetarse a las leyes fiscales nacionales, específicamente hacer declaración de renta y patrimonio y pagar los correspondientes impuestos en Colombia cuando posean bienes u obtengan rentas cuya fuente esté en su territorio, o no están sujetos a esta obligación, en virtud de lo estatuido en el artículo 10⁵ de la Constitución (de 1886) según el actor; a esta cuestión se limitará el estudio pertinente.

(...)

La facultad impositiva, expresión por excelencia de la soberanía estatal, no tiene en la Constitución precepto que la limite o condicione en cuanto a los sujetos de la obligación tributaria o en cuanto a los bienes, rentas, hechos u operaciones gravables; para la realización de las funciones propias de su subsistencia o de la satisfacción de las necesidades esenciales de la comunidad, el Estado hace el traslado que considere necesario de parte de la riqueza privada al Tesoro Público. Esta es la mecánica de la tributación. Compete al Estado, por consiguiente, la determinación del impuesto, su reglamentación y el empleo de los medios que conduzcan eficientemente a su percepción.

El sujeto pasivo es la persona (jurídica o natural) que ha de pagar el impuesto teniendo en cuenta la capacidad o habilidad económica de cada una, y en proporción a esa capacidad se debe contribuir según el principio de justicia de que quien tiene mucho pague mucho, quien tiene poco pague poco y que el indigente no pague nada.

Para medir esa capacidad económica no existe en la Ciencia de la Hacienda Pública otro medio distinto de los factores económicos representados en la propiedad de los bienes, en las rentas que se produzcan o en diversas actividades como el consumo, la venta, etc., de los bienes. Todos los impuestos modernos se relacionan con la propiedad, la transferencia, la renta que produce, el consumo, el transporte, los actos de la vida económica, etc.

Si se tiene en cuenta al contribuyente como exclusivo sujeto pasivo de la obligación tributaria, todos los impuestos son personales; pero si se advierte que la persona no se grava por el sólo hecho de su existencia, sino por los bienes que posee o las rentas de que disfruta, todos los impuestos son reales.

5 CONSTITUCIÓN DE 1886, Art. 10: "Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

CONSTITUCIÓN DE 1886, Art. 11: "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

"Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes.

"Los derechos políticos se reservarán a los nacionales."

En síntesis, la causa de la tributación son los bienes y las rentas.

Consecuencia de lo anterior es la de que los impuestos se rigen por la ley nacional que es la de ubicación de los bienes.

(...)

En conclusión, la territorialidad de la ley fiscal debe apreciarse desde el punto de vista del lugar en donde esté la fuente que origina el impuesto; si los bienes están ubicados en el territorio nacional, en renta real o presunta se regirá por las leyes de Colombia y su reglamentación respectiva.

La obligación de presentar declaración de renta y patrimonio cuando existan bienes en Colombia así sus poseedores sean extranjeros no residentes en este país, tiene su respaldo en la igualdad ante la ley consagrada a favor de éstos en el artículo 11 de la Constitución; pues no sería aceptable invocar un mejor derecho que el de los nacionales o eludir una obligación que se impone a quienes tienen bienes en el país que excedan de determinada cuantía.

(...)

El deber que la Constitución (de 1886), en su artículo 16 impone a las autoridades de la República de proteger los bienes que se encuentran dentro del territorio no se limita a los que sean poseídos por los habitantes del país; un extranjero no residente en Colombia, puede pedir también esa protección, sin que se le pueda negar aduciendo tal circunstancia; pero es lógico que se puede al mismo tiempo exigir el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares para con el Estado, comprendiendo entre estos a los extranjeros no residentes, pero que posean bienes en el territorio.

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Problema Jurídico: ¿Están obligados a presentar declaración de renta y patrimonio y pagar los impuestos respectivos los extranjeros no residentes en el país, pero que tienen bienes y rentas en él?

Primera tesis: No están obligados.

Fuente: Art. 10 de la Constitución de 1886.

Juicio: Prelación de la fuente constitucional. El demandante considera que el artículo 2 es contrario a la norma constitucional que establece la territorialidad de la ley colombiana, y que por tanto se le debe dar prelación a ésta.

Segunda tesis: Sí están obligados.

Fuente: Art. 2 del decreto 2821 de 1974.

Juicio: Extraterritorialidad de la ley colombiana. El Consejo de Estado considera que no sólo no son contrarios la norma legal y el artículo 10 de la Constitución, sino que ella es desarrollo del art. 11 de la Carta que dispone que los extranjeros disfrutarán en Colombia de todos los derechos civiles que se conceden a los nacionales, y del artículo 16 que impone a las autoridades del país brindar protección a todos los bienes situados en el territorio nacional sin distinguir que su dueño sea nacional o extranjero. Por consiguiente, el art. 2 les es también aplicable a ellos, por el fenómeno de la extraterritorialidad de la ley colombiana.

1.1.5. La exequibilidad condicionada

La Corte Constitucional actual considera que tiene la facultad de condicionar los fallos de exequibilidad, introduciendo modificaciones o excepciones a las normas declaradas exequibles, de tal manera que éstas quedan conformadas por la norma más la parte resolutive de la sentencia. Veamos el siguiente ejemplo. La Corte Constitucional en la sentencia C110 del 10 de marzo de 1994, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, dice:

El derecho de huelga se constituye en una de las más importantes conquistas logradas por los trabajadores en el presente siglo. Se trata de un instrumento legítimo para alcanzar el efectivo reconocimiento de aspiraciones económicas y sociales que garanticen justicia en las relaciones obrero-patronales y un progresivo nivel de dignidad para el trabajador y su familia, cuya consagración constitucional, desde la Reforma de 1936, ha representado la más preciosa garantía del ordenamiento positivo para la salvaguarda de los derechos laborales y para el desarrollo de un sistema político genuinamente democrático.

En la Constitución de 1991, el derecho de huelga adquiere aún más relevancia, partiendo del principio inspirador de su Preámbulo, que indica como objetivo central del Estado y de las instituciones el establecimiento de “un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”; de la definición plasmada en el artículo 1º, en el sentido de que la República de Colombia “es un **Estado social de derecho** (...) fundado en el respeto de la dignidad humana, **en el trabajo** y la solidaridad de las personas que la integran...”; de los fines esenciales hacia los cuales el artículo 2º orienta la actividad del Estado, entre otros la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta y la fácil participación de todos en las decisiones que los afectan; del papel señalado por

la misma norma a las autoridades en lo que toca con el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; de la ya enunciada garantía de la asociación sindical como derecho fundamental (artículo 39); y, claro está, del artículo 56 de la Constitución, que dispone sin ambages la garantía del derecho de huelga y ordena la creación de una comisión permanente integrada por el Gobierno, los empleados y los trabajadores cuyo objeto consiste, entre otros, en fomentar las buenas relaciones laborales y en contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-443 del 6 de julio de 1992).

A partir de la Carta de 1991, no todos los trabajadores oficiales tienen prohibida la huelga. El alcance de la limitación depende de si la entidad pública a la que se hallan vinculados presta servicios públicos esenciales -caso en el cual el derecho de huelga no se garantiza- o presta servicios públicos que la ley califica como no esenciales. En este último evento tienen garantizado el derecho de huelga a la luz de la Constitución.

Así, pues, la disposición legal que se estudia⁶ no puede seguir produciendo un efecto de carácter absoluto e indiscriminado. Tendrá que modificar su alcance forzosamente cuando se expida la ley que defina cuáles son los servicios públicos esenciales.

En consecuencia, su exequibilidad no es plena. La norma únicamente puede entenderse ajustada a la Constitución en cuanto alude a sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades públicas encargadas de la prestación de servicios públicos calificados por la ley como esenciales. La prohibición legal es contraria a la Constitución en cuanto se refiere a sindicatos de trabajadores que laboren para entidades públicas encargadas de la prestación de servicios públicos no esenciales, según la ley.

Así habrá de declararlo la Corte.

(...)

DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Corte Constitucional de la República de Colombia, oído el concepto del Procurador General de la Nación y surtidos los trámites que contempla el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

⁶ CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO: ART. 416. Limitación de las funciones. Los sindicatos de empleados no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los demás sindicatos de trabajo, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aunque no pueden declarar o hacer huelga.

RESUELVE:

Primero. (...)

Segundo.- Declárase exequible el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que la frase “aun cuando no puedan declarar o hacer la huelga” únicamente es aplicable a los sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales.

La estructura lógica de la anterior providencia es la siguiente:

Problema jurídico: ¿Pueden los sindicatos de los trabajadores oficiales declarar o hacer huelga?

Primera tesis: No pueden.

Fuente: Art. 416 del C. Sustantivo del Trabajo.

Segunda tesis: Sí pueden, salvo cuando se trate de servicios públicos que la ley califique de esenciales.

Fuente: Art. 416 según la interpretación hecha por la Corte Constitucional.

Juicio: La Corte dice que el contenido del art. 416 del C. S. del Trabajo se debe establecer con base en la norma constitucional que sólo limita este derecho a los trabajadores oficiales de los servicios públicos que la ley califique de esenciales.

1.2. La equidad como fuente formal de Derecho

Aunque la legislación civil de nuestro país preveía que en casos muy especiales podían los jueces fallar en equidad, fue la Constitución Política de 1991 la que consagró de manera definitiva a aquélla como fuente formal de Derecho, cuando en el inciso 4 del artículo 116 inviste a los particulares de facultades judiciales “en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”, y en el artículo 247 cuando dispone que “la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios.”

La ley no ha definido el concepto de equidad. La Corte Constitucional en la sentencia C536-95, al hablar de los jueces de paz, considera que las decisiones de estos funcionarios “escapan al ámbito de lo jurídico”, concepto que no consideramos adecuado, porque si bien es cierto que dichas personas

cuando administran justicia no están sujetas a la ley, sí deben actuar al interior del orden jurídico nacional. En el preámbulo de la Carta se dice que ella se promulga “con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro *de un marco jurídico...*”. (El resaltado es nuestro). En la elaboración de ese marco juegan un papel muy importante las costumbres sociales, siempre que no sean contrarios a su espíritu.

Y ello debe ser así, porque si la equidad fuera la realización de la vivencia que de justicia tiene cada quien, el orden jurídico institucional se desvertebraría, y quedaría liberada la solución de los conflictos al criterio de los funcionarios a quienes la ley les asignó la facultad de administrar justicia. Precisamente para evitar esta desvertebración del orden jurídico, nuestras leyes no aceptan la aplicación de la costumbre que sea contraria a él, y la misma Carta, cuando faculta a las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, exige que ellas “no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República”.

La equidad no puede ser, por tanto, más que la aplicación del Derecho en situación. Por ejemplo, en el campo del Derecho Laboral las prestaciones no discutibles son irrenunciables e intransigibles, por lo que un juez de la República no podría ni siquiera aceptar transacciones entre las partes con relación a ellas. Pero un funcionario que esté facultado por la Constitución para fallar en equidad, sí puede ajustar dichas prestaciones a las condiciones concretas para no causar daños graves a las partes. En nuestro país hay, por ejemplo, millares de minifundios y pequeños negocios que no podrían asumir la carga prestacional de un despido en donde hubiere lugar al pago de salarios caídos por no habérselas liquidado y pagado el día en que él se produjo, muchas veces por ignorancia por parte del patrono. En casos como éstos es donde debe operar la equidad, en la que sin desconocer el derecho que tiene el trabajador, el funcionario facultado para fallar en equidad puede disponer que se reconozca el derecho, sin causar la ruina del obligado a la prestación.

Será necesario sin embargo que la jurisprudencia nacional se pronuncie a espacio sobre esta nueva fuente formal de Derecho, que está llamada a incorporar la realidad social dentro del orden jurídico nacional, permitiendo que éste se realice en situación.

1.3. El negocio jurídico como fuente formal de Derecho

Por negocio jurídico debe entenderse toda expresión de voluntad de los particulares que, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, crea situaciones jurídicas concretas. Se incluyen entonces dentro de esta noción tanto los actos unilaterales como el testamento, como los bilaterales o multilaterales, como los contratos de compraventa o permuta, o el contrato de sociedad.

La eficacia del negocio jurídico como fuente formal del derecho deriva de la ley, y se desenvuelve dentro de los límites que la misma le fija. Así, entre otros, establece el artículo 1602 del Código Civil que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Esta norma le dio el carácter de fuente principal de Derecho al negocio jurídico. Sin embargo, en el artículo 16 del mismo estatuto se establece que “no podrán derogarse por convenios particulares leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”. Es decir, el negocio jurídico es fuente formal de derecho de carácter principal en todos los asuntos en que sólo esté involucrado el interés de las partes intervinientes.

Agrega el artículo 1603 del mismo estatuto que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Por su parte, el artículo 15 del Código en mención expresa que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

Las disposiciones transcritas nos permiten concluir que el negocio jurídico es fuente principal de nuestro ordenamiento de carácter mixto, por cuanto no solo incluye lo pactado sino también los elementos que son de la naturaleza de cada uno de ellos. Como fuente principal, prevalece incluso sobre la ley, en los casos en que no resulten comprometidos el orden público y las buenas costumbres.

De conformidad con el artículo 1501 del Código Civil, “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato

diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales a él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.” Así por ejemplo, tratándose de un contrato de compraventa, son de la esencia del mismo la determinación del bien que se vende y de su precio; son de la naturaleza, entre otros, la obligación del vendedor de sanear los vicios ocultos que tiene la cosa que vende, y pueden ser accidentales los pactos como la reserva del dominio, o la retroventa, o el pago a plazos.

Adicionalmente, los contratos, en los términos del artículo 1499 del Código Civil, pueden ser principales, cuando subsisten por sí mismos sin necesidad de otra convención, y accesorios, cuando tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueden subsistir sin ella.

También los contratos pueden ser reales, “cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a la que se refiere;” solemne, “cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”, y consensual, “cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

Todo negocio jurídico requiere para su validez que la persona que se obliga sea legalmente capaz; que consienta en el acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que el acto o declaración recaiga sobre un objeto lícito, y que tenga así mismo una causa lícita.

La capacidad es la aptitud natural de las personas, reconocida jurídicamente, para ser titulares de derechos (capacidad de goce), o para hacer uso de ellos (capacidad de ejercicio). De conformidad con el artículo 1503 del Código Civil, “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces”; en estos términos, la existencia de una causal de incapacidad debe demostrarse, como cuando quien celebra el negocio jurídico es demente, o im-púber, o cualquiera otra causa prevista en el artículo 1504 del estatuto citado.

Los vicios del consentimiento, por su parte, son el error, la fuerza y el dolo (artículo 1508 del Código Civil).

Para que el error vicie el consentimiento debe recaer sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, o sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre

que versa el acto o contrato, o sobre la persona con la cual se piensa contratar, cuando la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

La fuerza vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Son de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesto a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable.

El dolo, entendido como el engaño en que una persona induce a otra, vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado.

En lo relacionado con el objeto, prevé el artículo 1517 del Código Civil que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer.”

El objeto del negocio jurídico debe corresponder a un interés posible e idóneo legal y moralmente, de las partes involucradas en él. Así, tiene objeto ilícito, que invalida el negocio jurídico, toda declaración que contravenga el derecho público de la nación, como también la enajenación de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, y de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 1519 y 1521 del Código Civil. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, en los términos del artículo 1523 del mismo estatuto.

Finalmente, establece el estatuto civil en su artículo 1524 que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, entendiéndose por tal el motivo que induce al acto o contrato. Por ilícita se entiende la causa prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

En los términos descritos, realizado un negocio que pretermita cualquiera de los requisitos antes señalados, quedará viciado de nulidad, es decir, estará privado de toda validez vinculante o compromisoria, no pudiendo, por tanto, producir los efectos que se propusieron las partes.

Ejemplo:

El Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en providencia del cinco de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, dice:

La firma (...), mediante apoderada judicial, instauró demanda en contra de ..., para que previos los trámites legales del procedimiento abreviado se decreta la terminación del contrato de arrendamiento celebrado entre la entidad actora y los demandados, respecto del inmueble localizado en la Calle 103A No. 49A-94, casa número 34, de esta ciudad, alinderada tal como aparece en el libelo, por incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento a partir del primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, y como consecuencia de ello se decreta la restitución por parte de los arrendatarios a la demandante, del inmueble referido anteriormente, y en caso de ser necesario se decreta el lanzamiento de aquéllos. La parte actora solicita además, el derecho de retención de que trata el art. 2000 del C.C. y la condena en costos a cargo de los demandados.

La demanda se fundamentó en los siguientes presupuestos fácticos: los arrendatarios tomaron en arrendamiento de la firma, el inmueble antes descrito, a partir del primero de marzo de mil novecientos noventa y dos; el término del contrato se pactó en doce meses con un canon inicial de \$330.000 m. cte. mensuales, pagaderos dentro de los cinco (5) primeros días de cada período mensual en las oficinas del arrendador, con incrementos respecto del último canon cancelado de un 25%, valor que reajustará en tal proporción. A partir del primero de febrero del presente año, los arrendatarios incumplieron el contrato de arrendamiento, por la no cancelación del canon causado durante el mes de febrero de 1994; la mora por falta de pago hace cesar el contrato de arrendamiento y permite exigir judicialmente la restitución del inmueble arrendado de conformidad con la cláusula décimo segunda de dicho contrato, sin necesidad de desahucio, art. 2011 del C.C., ni a los requerimientos que se refieren los art. 2035 C.C., y 434 del C. de P.C.; según la cláusula séptima (7), que determina que en caso de incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas del presente contrato de arrendamiento, los arrendatarios reconocerán a título de cláusula penal, el duplo de la renta para el momento del incumplimiento, sin perjuicio del pago del arriendo y del cumplimiento de lo aquí estipulado, lo cual será cobrado ejecutivamente.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante reparto verificado el nueve de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, correspondió a este despacho avocar el conocimiento del presente asunto; es así como por auto del diez de marzo del presente año, se admitió al demanda, se ordenó la notificación de los demandados, la cual se surtió mediante aviso judicial, tal como lo dispone el art. 424 del C. de P.C.; se presentó dentro del término legal escrito de excepciones de mérito, (...)

CONSIDERACIONES

Quedó demostrada la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva con el documento contentivo del contrato de arrendamiento acompañado a la demanda, que obra a los folios 1 y 2 del expediente.

El contrato de arrendamiento es bilateral, es decir, que impone obligaciones a todas las partes contratantes; es así como al arrendatario le impone la obligación principal de pagar los cánones de arrendamiento en la forma y en los términos convenidos, de tal manera que si se ha incumplido, puede el arrendador solicitar la terminación del contrato y la restitución del bien inmueble arrendado.

Como quiera que los demandados no acreditaron el hecho positivo de pago de los cánones de arrendamiento que la demandante alega que le adeudan, queda establecido el incumplimiento del contrato por parte de los arrendatarios, configurándose de esta forma los presupuestos necesarios para la prosperidad de las pretensiones formuladas.

Así, concurriendo a plenitud los presupuestos procesales, de competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso; notificados los demandados en legal forma mediante aviso judicial, y presentando dentro del término legal excepciones de mérito, inexistencia del contrato, abuso del derecho, y error procesal adjetivo, no fueron tenidas en cuenta por las razones ya expuestas; como se observa, no existe ninguna causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado hasta el momento, es entonces del caso proferir al sentencia de que trata el art. 424 del C. de P.C.

RESUELVE

5. Decretar la terminación del contrato de arrendamiento celebrado entre la firma (...) como demandante y los demandados, en calidad de arrendatarios respectivo del inmueble ubicado en la calle 103A número 49A-94, casa número 94, de esta ciudad, alinderado tal como figura en dicho documento y en el libelo de la demandada.
6. Decretar la restitución del bien inmueble anteriormente referido a la entidad demandante, por parte de los arrendatarios.
7. Para llevar a cabo la restitución del inmueble y consiguiente lanzamiento de los inquilinos, si a ello hubiere lugar, se comisiona a la Inspección Distrital de Policía con autoridad en el lugar de ubicación del inmueble. Líbrese despacho comisorio con los insertos de rigor y remítase copia de esta providencia.
8. Condenar en costas a los demandados. Tásense.

La estructura lógica de esta providencia es la siguiente:

Cuando la fuente formal de Derecho en que se resuelve el problema es el negocio jurídico, el problema es concreto, porque éste sólo obliga a las partes involucradas en él. En el caso que se va a analizar hay dos problemas, por lo que es necesario analizarlos separadamente.

Primer problema jurídico: ¿Se puede declarar la terminación del contrato de arrendamiento del inmueble X, suscrito entre A y B, cuando el canon no se paga dentro del término pactado, sin desahucio ni requerimientos previos?

Tesis: Sí

Fuente: Cláusula 12 del contrato. Obsérvese que a pesar de que los artículos 2035 del C.Civil y 434 del C. de Procedimiento Civil disponen que para poder decretar la terminación del contrato se requiere el desahucio y el requerimiento previo, aquí no proceden porque las partes en la mencionada cláusula renunciaron a estos requisitos.

Segundo problema: El arrendatario está obligado a pagar la cláusula penal por el incumplimiento del contrato?

Tesis: Sí.

Fuente: Cláusula séptima del contrato.

1.4. Determinación y crítica de la fuente

Toda decisión jurídica tiene que estar fundada en una fuente formal de Derecho, que puede ser la ley, el negocio jurídico o la equidad. Si no se utiliza la ley, deberá incluirse dentro del razonamiento jurídico correspondiente la justificación de la fuente que se vaya a utilizar. Si se trata de la ley, se deberán realizar, al menos mentalmente, los juicios de pertinencia, vigencia, prelación, ámbito territorial de aplicación de las normas, y exequibilidad de la misma. Para adiestrar a los alumnos en la elaboración de estos juicios, hemos diseñado unos ejercicios de crítica jurídica con base en providencias en las cuales se hayan sustentado tesis contrapuestas por razón de discrepancias entre las partes fundadas en dichos juicios, desarrollando para el efecto un ejemplo, e incluyendo varios casos que deben ser resueltos por los alumnos siguiendo el modelo dado.

Para el efecto se deben desarrollar los siguientes puntos: a) Determi-

nación del problema jurídico planteado; b) Análisis estructural de las tesis sustentadas con relación al problema; c) Crítica jurídica.

1.4.1. Determinación del problema

Para dictar una providencia, se deben haber decidido previamente una multiplicidad de problemas. Una sentencia condenatoria en el campo del derecho penal exige, por ejemplo, que previamente se haya establecido claramente que el hecho ocurrió, que él es constitutivo de delito, el tipo específico de delito en que se incurrió, cada una de las circunstancias que agravan la pena, quién o quiénes fueron sus autores y partícipes, qué pena le corresponde, etc., etc. Muchas de las decisiones que se toman con relación a varios de estos problemas no están sustentadas en la providencia que se analiza, porque las partes las aceptan sin discusión, o porque ya están claramente definidas en providencias anteriores. Por ejemplo, si en la providencia se discute si el procesado actuó o no en legítima defensa, se está aceptando que el hecho ocurrió, que es constitutivo de un específico delito, y que el procesado es el autor del mismo, por lo que en la providencia no habrá argumentaciones encaminadas a sustentar estos hechos. Por eso en una providencia sólo se encuentra uno o dos temas problematizados, ocasionalmente más, y es con relación a ellos como se desarrolla todo un proceso argumentativo, el cual sirve de soporte a las tesis que sustentan la providencia. Una tesis es, por tanto, la respuesta expresa y fundamentada que se da en la providencia a cada uno de los problemas que se plantean en ella de manera explícita. Correlativamente, los problemas que se plantean en una providencia son los que corresponden a cada una de las tesis debidamente sustentadas que aparecen en ella.

Desde el punto de vista estructural, el problema está integrado por dos elementos: El aspecto jurídico considerado, y los hechos que son relevantes para él.

El aspecto jurídico considerado es el punto de Derecho que queremos dilucidar; es el punto sobre el cual recae la controversia entre las partes. En términos generales podemos decir que es la consecuencia que el Derecho establece para unos hechos. Por ejemplo, en el problema “Es válida la venta de bienes muebles entre cónyuges no divorciados”, el aspecto jurídico considerado es la validez.

Los hechos relevantes son los fenómenos jurídicos (no empíricos) para

los cuales el ordenamiento jurídico prevé alguna consecuencia. En el problema anterior son: que se trate de venta, de bienes muebles, entre cónyuges, que no estén divorciados.

Es muy importante distinguir entre hecho jurídico y hecho empírico. El primero es de carácter abstracto, mientras que el segundo es de carácter concreto. Por ejemplo, bien mueble es un hecho jurídico, pero un caballo, mil pesos, un carro, son hechos empíricos. La relación entre estos dos tipos de hechos se tratará cuando se analicen los problemas de hecho en la elaboración de providencias.

Las tesis son las respuestas dadas a los distintos problemas jurídicos planteados en la providencia. En éstas se pueden encontrar muchísimas frases de contenido jurídico, pero sólo constituyen tesis las que son una respuesta expresa a un problema planteado explícitamente, y que esté fundada jurídicamente. En este sentido en una sentencia suele haber una o dos tesis, excepcionalmente más.

Con frecuencia los alumnos consideran que el problema se refiere a cuál es la fuente aplicable en el caso que se estudia, y lo formulan, por ejemplo, de esta manera: “¿Está derogado el artículo x de la ley z de tal año?”. O “¿Es aplicable a los extranjeros el artículo x de la ley z de tal año?”. Esta forma de plantear el problema es equivocada, pues el que se plantea como tal corresponde a la fuente formal en que se pretende fundar la solución al verdadero problema planteado. Ni la fuente, ni ninguno otro de los elementos de la argumentación en que se fundan las tesis, se deben incluir en la formulación del problema, porque automáticamente éste queda limitado a la argumentación que incluye el elemento incorporado.

Esta consideración se debe tener en cuenta sobre todo cuando se demanda la inexecutable de una ley o la nulidad de una norma reglamentaria por ser contrarias a normas de jerarquía superior, pues a pesar de que el problema expresamente planteado es el de si “es inconstitucional (o ilegal) el artículo x de la ley (o del decreto) x de tal fecha?”, la respuesta a esta pregunta solo nos deja conocer la argumentación de una de las partes. Por eso en estos casos se debe plantear el problema a partir del contenido de la norma demandada. En alguno de los ejemplos atrás transcritos se demanda la inexecutable de un artículo de una ley tributaria.. En este caso el problema se redacta a partir de la norma demandada así: “¿Deben declarar renta

y patrimonio y pagar los impuestos respectivos los extranjeros no residentes en el país, pero que poseen rentas y bienes en él?”. Una parte responderá que sí, con base en la norma demandada, y la otra que no, con base en la norma constitucional que se considera infringida. La respuesta en el primer caso corresponde a un juicio de extraterritorialidad de la ley colombiana, mientras que en el segundo a uno de prelación de normas.

1.4.2. Análisis estructural

Encontrados el problema y la tesis, es necesario determinar la naturaleza de los fundamentos de ésta. Los fundamentos de toda decisión jurídica son necesariamente de hecho o de derecho. Son de hecho los que se basan en que no se tuvieron en cuenta todos los hechos relevantes para poder definir adecuadamente el problema, que los que se tomaron en consideración no están debidamente probados, o que los hechos empíricos que fueron probados no tienen la connotación jurídica que se les atribuye. Son de derecho los que se fundan en que la fuente formal de derecho que se tomó no es la adecuada, o que siendo adecuada, se interpretó erróneamente. De cada uno de estos tipos de argumentos hablaremos en los Capítulos correspondientes. Aquí nos circunscribiremos al análisis de los argumentos cuando la discrepancia es por razón de la aplicación de una fuente legal o contractual.

Lo primero que se debe establecer al hacer el análisis de un problema planteado en una providencia es si su solución es de hecho o de derecho. Cuando es de hecho, en realidad se plantean por las partes problemas distintos, pues ya hemos dicho que éstos están constituidos por el aspecto jurídico considerado más los hechos. Es muy distinto preguntar si “es válida la venta de bienes muebles entre cónyuges no divorciados”, a si “es válida la venta de bienes inmuebles entre cónyuges no divorciados”. Muy seguramente la respuesta a estos dos problemas será distinta. Lo mismo que lo será si no se trata de venta si no de donación, o si son divorciados. Cualquiera de los hechos que varíe, o cualquier hecho que se suprima o se agregue, cambia el problema. En este caso la disparidad de tesis entre las partes obedece a que están respondiendo a problemas distintos.

Si el problema es el mismo, y la respuesta que dan las partes a él es diferente, la discrepancia entre ellas es de derecho, y estará referida a la fuente formal en que se funda la solución, o en el método utilizado para interpretarla.

Cuando la discrepancia entre las tesis obedece a la diferente norma que se debe utilizar para resolverlo, el análisis estructural se encamina a determinar el problema jurídico planteado, las tesis sustentadas con relación a éste, las fuentes formales en que se funda cada tesis, y la argumentación para sustentarla, que debe ser un juicio de prelación, o de pertinencia, o de territorialidad, o de vigencia, o de exequibilidad condicionada. En la argumentación hay que distinguir entre las normas en que se funda la solución, que son las que responden directamente a la tesis, y las que sirven para soportar el juicio argumentativo correspondiente.

Cuando en un mismo texto o en una misma providencia se plantean varios problemas, se debe hacer el análisis estructural de cada uno de ellos, en forma separada, empezando por aquellos cuya solución sea base para el planteamiento de los siguientes. Si se discute, por ejemplo, cuál es el tipo de delito cometido por una persona y qué pena le corresponde pagar, primero se debe resolver lo referente al tipo delictivo, pues de la naturaleza de éste depende en gran medida la pena que se debe aplicar.

Igualmente conviene aclarar que al plantear el segundo problema el tipo de delito ya definido constituye uno de los hechos del segundo problema. Por ejemplo, al formular el primer problema sobre el tipo de delito se dirá: Qué tipo de delito comete el que intencionalmente causa la muerte a otro. Pero al formular el segundo problema se preguntará: Qué pena corresponde al homicidio.

La forma más simple para determinar los problemas es la de detectar los puntos sobre los cuales un doctrinante plantea un interrogante, o en donde discrepan dos partes en una providencia. Localizado este punto de controversia, se buscan las tesis sustentadas con relación a él, y a partir de ellas se formula el problema, de tal manera que éste está constituido por la pregunta a la cual responden a cabalidad las correspondientes tesis.

Es necesario tener mucho cuidado con los problemas complejos que formalmente aparecen como uno solo, los cuales hay que dividir en los problemas que los integran, para resolverlos por separado.

Para ver ejemplos de análisis estructurales se puede volver sobre los ejemplos atrás analizados.

1.4.3. Crítica jurídica

La crítica es la postura personal que se asume frente a las tesis analizadas. Incluye los siguientes elementos:

- La ubicación conceptual, es decir, el marco teórico general dentro del cual el problema se plantea, y la especificación de éste. Cuando se trate de una providencia la ubicación puede consistir en un pequeño resumen de los hechos del cual emerge el problema o los problemas que se pretende plantear.
- La presentación de las distintas tesis con sus fundamentos. El fundamento de cada tesis debe ser un resumen muy sucinto que permita establecer cuál es la fuente utilizada por quien la defiende, y las razones dadas por él para utilizarla.
- El análisis crítico de los fundamentos de las distintas tesis, diciendo cuáles se aceptan y cuáles se rechazan, y las razones jurídicas para ello.
- La tesis personal, con su fundamento. Esta tesis puede ir antes de la crítica de que se habla en el numeral anterior, o al final de aquélla, a manera de conclusión.

Ejemplo:

Primera tesis:

El doctor Luis Eduardo Gacharná expone su tesis así⁷:

De acuerdo con el art. 1852 del C.C., son prohibidas todas las ventas celebradas entre cónyuges no divorciados, y si el texto no distingue, forzosamente hay que concluir que la prohibición se refiere tanto a muebles como a inmuebles. Pero resulta que la Ley 28 de 1932 estableció en su art. 3 que son absolutamente nulos entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles. Como se ve, hay entre estos dos artículos legales una contradicción, pero que es solamente aparente. El artículo 1852 prohíbe todas las ventas que celebren los cónyuges no divorciados, y el artículo 3 de la ley dice que solo son nulas las que se refieren a inmuebles, es decir, establece que el contrato de venta celebrado entre cónyuges no divorciados es válido cuando versa sobre muebles.

⁷ Muchos de los casos que se presentan en esta obra corresponden a providencias o doctrinas elaboradas con base en normas actualmente derogadas. Por consiguiente, al analizarlas hay que evaluarlas teniendo en cuenta la normatividad vigente cuando fueron redactadas, pues para los efectos de la lógica jurídica, no importa que las soluciones no correspondan a la normatividad actual.

Es interesante demostrar que a pesar de lo dispuesto en el artículo 3. de la Ley 28, la prohibición del contrato de venta entre cónyuges no divorciados subsiste, pues ello no ha sido tan claro y ha provocado discusiones acaloradas; muchos sostienen que el artículo 3 derogó al artículo 1852, toda vez que permite la venta entre cónyuges cuando versa sobre bienes muebles. En primer lugar la Ley 28 vino a regular todo lo relativo a la capacidad plena de la mujer casada: darle capacidad para administrar y disponer libremente, sin anuencia del marido; y ya vimos cómo la disposición del artículo 1852 no se refiere absolutamente a la capacidad; esa nulidad se funda en razones distintas a ella. Pero si ese argumento no bastara, podríamos dar otro de gran fuerza: es misión del intérprete, en presencia de textos contradictorios, agotar los recursos de interpretación a fin de que ambos produzcan efecto; principio bien conocido de hermenéutica es el de que siempre que se encuentre incongruencia o contradicción entre dos textos legales, la disposición anterior pero especial, prevalece sobre la posterior general. Y el artículo 1852 consagra una disposición, aunque anterior, especial; en cambio el artículo 3 de la Ley 28 consagra una de carácter general. En conclusión, debe preferirse la consagrada en el artículo 1852 en lo que se refiere a la compraventa, produciendo efecto en el artículo 3 de la Ley 28 cuando se trata de otros contratos. Si ya no se trata de compraventa sino de arrendamiento, v. gr., se aplica el artículo 3 de la Ley 28.

Esta prohibición ha sido principio general en casi todas las legislaciones civilizadas. Y eso está muy bien, pues es de orden público proteger los derechos de terceros, los cuales, si se permitieran esta clase de contratos, fácilmente serían burlados.

Segunda tesis

El doctor Alberto Pérez Mendoza en una conferencia de clase, expresó:

La nulidad prevista en el artículo 1852 del C.C. no cubre los contratos que se refieren a los bienes muebles entre cónyuges, puesto que la expedición de la Ley 28 de 1932, con su artículo 3 derogó esta prohibición, toda vez que dicha norma dispuso que “son nulas absolutamente las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles que se realicen entre cónyuges, salvo el de mandato general o especial”. Al regular nuevamente la Ley 28 las relaciones contractuales entre los cónyuges amplió la prohibición no solo a la compraventa como lo establecía el artículo 1852 del C.C., sino a todos los contratos que versen sobre inmuebles. No menciona el artículo 3 de la Ley 28 de 1932

los bienes muebles, pues seguramente la intención del legislador fue la de dejar este margen contractual entre los cónyuges.

Análisis estructural del ejemplo:

Problema: ¿Es válida la compraventa de bienes muebles entre cónyuges no divorciados?

Tesis del Doctor Gacharná: No es válida

Fuente: Art. 1852 del Código Civil

Juicio de pertinencia material y formal.

Tesis del doctor Pérez Mendoza: Sí es válida.

Fuente: Art. 3 de la ley 28 de 1932.

Juicio de vigencia.

Crítica jurídica con relación al ejemplo:

(Ubicación conceptual y especificación del problema)

Dentro del negocio jurídico cotidiano se encuentra que el contrato de compraventa es el que tiene mayor ocurrencia en cualquier medio, y por tal motivo, es por lo que ha sido regulado más ampliamente por nuestra legislación positiva.

Dentro de esas múltiples regulaciones nuestro ordenamiento consagra una serie de incapacidades especiales que prohíben a determinadas personas llevarlo a cabo, o no permiten que se celebre entre determinadas personas. Tal es el caso, por ejemplo, de la inhabilidad de los extranjeros para comprar bienes inmuebles situados en las fronteras patrias, o la incapacidad de los cónyuges para realizar entre sí contratos de compraventa de inmuebles. En este trabajo se trata de averiguar si existe también entre los cónyuges la incapacidad para celebrar contratos de compraventa de bienes muebles, pues no hay acuerdo entre los tratadistas en relación con este punto.

(Presentación de las tesis con sus fundamentos)

El doctor Luis Eduardo Gacharná considera que no es válida la compraventa de bienes muebles entre cónyuges no divorciados, fundándose para ello en el artículo 1852 del C.C., norma que, según él, debe aplicarse de preferencia sobre el artículo 3 de la Ley 28 de 1932, ya que esta ley se refiere a la capacidad de la mujer para contratar, materia extraña al artículo 1852, por una parte, y por la otra, en virtud de que el mencionado artículo es norma especial que, como tal, prima sobre la general.

El doctor Alberto Pérez Mendoza, por su parte, considera que sí son válidos tales contratos, fundándose para ello en que el artículo 3 de la Ley 28 de 1932 derogó el artículo 1852 del C.C. por ser norma posterior y contraria a él, pues cuando el artículo 3 dispone que son nulas las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, dejó por fuera los bienes muebles, reemplazando en este sentido el alcance del artículo 1852 del C.Civil.

(Análisis crítico y tesis personal)

Nosotros compartimos la tesis del doctor Gacharná por cuanto no consideramos que haya contradicción entre las dos normas mencionadas, pues el artículo 1852 prohíbe todas las ventas celebradas entre los cónyuges no divorciados, mientras que el artículo 3 de la Ley 28 de 1932 amplió esa prohibición a las donaciones irrevocables y a los demás contratos (arrendamiento, anticresis, etc.), cuando versen sobre inmuebles. No siendo contrarias las normas, mal puede aplicarse la regla de la derogatoria tácita contemplada en el artículo 71 del C.C., estando por consiguiente vigente el artículo 1852 que establece la prohibición de celebrar contratos de compraventa entre cónyuges no divorciados, sin importar que tales contratos recaigan sobre bienes muebles o inmuebles.

1.5. Ejercicios prácticos

Haga el análisis estructural y la crítica jurídica de las siguientes providencias.

1.5.1. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 3 de 1994, con ponencia del H. Magistrado doctor Jorge Carreño Luengas, dijo:⁸

El señor Fiscal Tercero Delegado ante la Corte, remite a esta Corporación las diligencias sumarias adelantadas contra el doctor ..., ex-Gobernador del Departamento del Amazonas, para que la Sala realice el control de legalidad solicitado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en relación con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que le fuera impuesta al procesado, como sindicado de un presunto delito de falsedad.

(...)

⁸ En sentido contrario a lo decidido en esta providencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma a que ella se refiere.

Afirma en esencia la Delegada, que la parte dogmática de la Constitución, garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos y entre ellos el de la libertad. Que en estas condiciones, el Juez debe intervenir mediante el control de legalidad para revisar una decisión proferida por el Fiscal y que "... va orientada a limitar la libertad de los particulares", y agrega:

"(...) las fases de investigación, acusación y juzgamiento no pueden tampoco entenderse como ruedas sueltas dentro de la estructura procesal; el que una preceda la otra, indica una necesaria condición que debe vertirse en el diseño del proceso penal, mas no una exclusión de cualquiera de los órganos en el proceso que se inicia como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. Ambos, por mandato constitucional, con sus funciones separadas, deben colaborar armónicamente para el logro de los fines que el Estado persigue con la administración de justicia.

"Siendo ésta una función pública en la que debe prevalecer el derecho sustancial, las funciones de acusación y juzgamiento deben velar, siempre, por el respeto de las garantías fundamentales del individuo y que determina el rechazo de los que, anclados en una autonomía meramente formal, permiten o pueden permitir el desconocimiento de derechos básicos del sometido al proceso, como del de la libertad personal.

"(...) el que el juez decida sobre esa adecuación de la medida al ordenamiento legal, no implica más que la efectiva protección del derecho a la libertad del procesado: un control que se estimó necesario ante la realidad histórica que demuestra un ejercicio tal vez exagerado de las medidas de aseguramiento por parte de la fiscalía; una medida que no impide al funcionario instructor del proceso penal cumplir sus funciones de investigación y acusación, sino que está encaminada a la obtención de uno de los fines del estado, cual es el de proteger los derechos de los coasociados y la vigencia de un orden jurídico justo ...".

De ahí que concluya afirmando, que el artículo 54 de la ley 81 de 1993 no es incompatible con el contenido de la Constitución Política.

SE CONSIDERA

El control de legalidad de las medidas de aseguramiento, incorporado a nuestro Código de Procedimiento Penal por el art. 54 de la ley 81 de 1993, establece una innovación al sistema procesal penal colombiano, al estatuir que "... las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente Juez del conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presenta-

ción de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia, ni el curso de la actuación procesal..."

No existe duda para la Corte, que esta injerencia que dispone la norma, del Juez de conocimiento en la etapa de investigación, para revisar la legalidad de una medida de aseguramiento proferida por un Fiscal Instructor o Delegado, como lo entiende la Fiscalía Delegada, contraría de manera palmaria y evidente el ordenamiento jurídico, lo que es más grave aún, el orden constitucional en relación con la Administración de Justicia.

La Constitución Nacional consagra en sus normas una serie de principios referentes a la organización de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía General de la Nación, establece los organismos que administran justicia y señala las garantías fundamentales que se deben observar en el proceso de juzgamiento.

Esta normatividad ha establecido un ordenamiento jurídico-político nuevo, un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria, según el cual la función de la investigación de los delitos y la acusación corresponde de manera exclusiva y autónoma a la Fiscalía General de la Nación y sus Fiscales Delegados, señalando que el juez competente solo puede conocer del proceso en la etapa del juicio para dictar la sentencia respectiva, sin que haya comprometido su criterio con resoluciones de fondo anteriores al fallo.-

El art. 250 de la Constitución Nacional dispone que "corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio..."

También como excepción a este mandato constitucional, puede la Corte Suprema de Justicia (art. 235, 3 de la Carta Política), investigar a los miembros del Congreso.-

En ejercicio de esa función investigadora que otorga la Constitución en forma prevalente y excluyente a la Fiscalía General, corresponde a dicha entidad, asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento... calificar y declarar reclusas las investigaciones realizadas..." (Numerales 1 y 3 del art. 250 de la Constitución Nacional).

(...)

Del contexto de los preceptos superiores resulta entonces evidente que el contenido del art. 54 de la Ley 81 de 1993, que introduce en el C. de P.P. el artículo 414 A, es contrario al ordenamiento jurídico, no encaja en modo alguno dentro del sistema procesal penal que el constituyente quiso darle a la Administra-

ción de Justicia y quebranta en forma ostensible y manifiesta la Constitución Nacional.-

Puede pensarse que la norma en examen, pudo ser incorporada a la legislación procesal penal apoyada en razones de conveniencia, porque es innegable que la revisión por el juez de la medida de aseguramiento proferida por el Fiscal, podría constituir una garantía de mayor acierto en las decisiones judiciales. Pero la Corte no puede guiarse en su trascendental misión de administrar Justicia, por motivos de simple conveniencia, sino que debe someterse por entero a los mandatos de la Constitución y la Ley-.

1.5.2. En sentencia de julio 5 de 1989, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al hacer referencia a la prueba del estado civil, manifestó:

A partir de la vigencia del Decreto 1260 de 1970, las inscripciones de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas están sometidas a las reglas del mismo. Allí, en relación con el nacimiento, se prevén dos situaciones, a saber: g. Los nacimientos ocurridos a partir de la vigencia del decreto citado agosto 6 de 1970. Su inscripción debe realizarse dentro del mes siguiente al del día del nacimiento (art. 48), caso en el cual es indispensable que se establezca por alguno de los medios indicados en el artículo 49.

Vencido el término anterior, para proceder a la inscripción correspondiente, es necesario comprobar el nacimiento por alguna de las formas señaladas en el artículo 50;

h. Los acaecidos después de la vigencia de la Ley 92 de 1938 15 de junio del mismo año y antes de la del Decreto 1260 6 de agosto de 1970-, cuando la inscripción se efectúa después de la última fecha indicada, hipótesis que, dentro de un marco más amplio que el de los solos nacimientos, regula el artículo 105 y más concretamente su inciso tercero, con la modificación que le introdujo el artículo 9° del Decreto 2158 de 1970. Este artículo 105 es del siguiente tenor:

‘Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

‘En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.

‘Inciso 3°. Modificado. Decreto 2158 de 1970, artículo 9o. Y en caso de falta de

dichas partidas o folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquella, procederá a las inscripciones que correspondan, abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos del estado civil de que se trata, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil. Que la hipótesis prevista en este artículo 105 es especial para el período atrás señalado, y, por ende, diferente a la considerada en el artículo 50, es algo que se constata al observar que el precepto contiene, en primer lugar, una regla general destinada a determinar cómo se comprueban los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ‘ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938’; y en segundo lugar, dos variantes a esa regla: la primera, el caso de pérdida o destrucción de los documentos demostrativos de esos hechos o actos; y la segunda, el de la falta o ausencia de las partidas o folios. Nada de esto se prevé en el artículo 50, el que, como es lógico, ha de ser entendido dentro del contexto inmediato que le señalan los artículos 48 y 49 del mismo estatuto.

Dentro de la segunda hipótesis encaja el registro del nacimiento de la demandada objeto de la reclamación de nulidad, pues aun cuando el hecho respectivo acaeció en 1942, apenas se vino a inscribir en 1982; y entre los documentos que tuvo en cuenta el Notario de Florida para asentarlo se encuentra la partida de bautismo expedida por un Ministro de la Iglesia Católica.

El Tribunal decretó la nulidad formal del registro civil con apoyo en el artículo 1045 del Decreto 1260, o sea, por juzgar que no existían “los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción...”, concretamente, aquél adujo que la partida de bautismo que le sirve de soporte a la inscripción del nacimiento de la demandada carece de la indicación del lugar donde tuvo ocurrencia el parto, dato que, a su vez, es de la esencia de la inscripción por expreso mandato del artículo 52 *ibídem*.

Ese tratamiento de la cuestión es desacertado. En efecto, el artículo 105 del mismo decreto y la modificación contemplada en el artículo 9o. del Decreto 2158 de 1970, indican cómo se debe cumplir la inscripción tardía de un nacimiento ocurrido con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938 y antes de la del Decreto 1260: en tal caso, previa la comprobación sumaria de la falta del registro civil, cuando a tal comprobación haya lugar, se faculta al funcionario competente para que abra los folios correspondientes con apoyo, entre otros documentos, ‘en copias de partidas de origen religioso’, categoría a la que pertenece la de bautismo que presentó la demandada. Ahora, es diáfano cómo

el precepto no exige que este documento deba contener datos distintos a los indispensables para demostrar el hecho base del estado civil. Y, no sobra decirlo, mal lo podía exigir por estarse ante un instrumento de origen eclesiástico, o sea, ajeno a la jurisdicción del Estado.

Satisfizo, pues, la inscrita la exigencia legal y el notario la acató, en la medida que acogió, como soporte de la inscripción de nacimiento que se le solicitaba, una partida de bautismo, no obstante que en ésta no se expresa el lugar en donde pudo suceder aquél. Como se ha insinuado, este dato no tenía que aparecer allí, al menos como requisito sine qua non para realizar la inscripción. Con otras palabras, no está sujeta la inscripción del nacimiento, en tal evento, a que el documento de origen religioso contenga cada uno de los puntos propios de la sección genérica del registro, enunciados en el artículo 52 del Decreto 1260 de 1970, los que, valga también decirlo, sí están expresados íntegramente en el registro civil de nacimiento de la demandada.

No se podía, entonces, inferir de la no indicación del lugar donde ocurrió el nacimiento de la inscrita, palpable en la partida de bautismo, la nulidad formal del respectivo registro civil, con apoyo en el artículo 1045 del Decreto 1260 de 1970; de una parte, y circunscrito el análisis a la comprobación del nacimiento, la partida de origen religioso sin menciones especiales o estrictas era el documento adecuado para soportar la inscripción; y, de la otra, la nulidad formal de la que se trata sólo se configura cuando no existen los documentos necesarios para realizarla, lo que acá no ocurrió, sin que legalmente sea extensible dicho motivo de nulidad a los casos en que esos instrumentos no contengan todos los datos que deben aparecer en el registro civil, siempre, claro está, que la omisión no recaiga sobre el hecho mismo sujeto a registro.” (Gaceta Judicial, T. cxvii, número 2435, segundo semestre de 1989. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Marín Naranjo)

1.5.3. En sentencia de 9 de Marzo de 1970, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez, dijo:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado (...) contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 29 de mayo de 1969, por la cual le fue impuesta al recurrente la pena principal de veinte años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de (...) Conoció en primera instancia el Juzgado 2 Superior de la misma ciudad.

HECHOS

Los resume el juzgador *ad quem* de la siguiente manera: “La señora (...) tenía un establecimiento de hospedaje en la calle 19 No. 18 D 22 de esta ciudad, distinguido con el nombre de Hotel Oriental.

En las horas de la tarde del siete de febrero de mil novecientos sesenta, dicha señora estuvo con un hermano contando un dinero que éste le llevó, en cantidad mayor a dos mil cuarenta pesos, hecho que presenciaron (...), (...) y (...), quienes vivían en el mismo establecimiento con un tal (...). A altas horas de la noche, varios pasajeros escucharon unos gritos de auxilio, pero como pensaron que se trataba de disgustos matrimoniales, nadie se interesó en averiguar lo que sucedía. A eso de las cuatro de la mañana, como varios de los individuos que esa noche estaban posados necesitaban salir para tomar los buses en que debían viajar y como nadie les abría el portón, que estaba cerrado con llave, optaron por solicitar la intervención de la policía, la que ordenó a los pasajeros golpear en la pieza donde estuviera la dueña. Varios huéspedes fueron a la habitación de la señora (...), golpearon en la puerta y la vieron amordazada y muerta, hecho que inmediatamente pusieron en conocimiento de los agentes de la autoridad, quienes de inmediato detuvieron a todo el personal que estaba dentro.

DEMANDA DE CASACIÓN Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El personero del procesado recurrente invoca la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad, conforme a los siguientes cargos que propone:

- a. Que “los hechos tuvieron ocurrencia el 8 de febrero de 1960, y por tanto las normas legales aplicables al juzgamiento son las del Código de Procedimiento Penal y nos las del Decreto 1358 de 1964, posteriores y restrictivas sin que la defensa lo hubiera solicitado.
- b. (...)

CONSIDERA LA CORTE

El proceso adelantado contra (...) tuvo el desarrollo siguiente:

Los hechos averiguados ocurrieron en el mes de febrero de 1960. Clausurada la investigación, el Tribunal Superior de Villavicencio, al revisar el auto de sobreseimiento temporal proferido en favor del acusado (...), dispuso llamarlo a juicio por el delito de que se ha hecho mención, según proveído de 17 de septiembre de 1964. El 10 de este mismo mes fue abierto a pruebas el juicio y posteriormente, de acuerdo con el decreto 1358 de 1964, el juzgador *a quo* solicitó al Tribunal Superior de Villavicencio la práctica del sorteo de jurados. Cumplida la audiencia pública, el Juzgado 2 Superior de Villavicencio declaró

contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio fundado en la “falta de pruebas”, y habiendo sido confirmada esa determinación por el juzgador *ad quem*, se celebró nueva audiencia pública, en la cual los jueces de hecho dieron la siguiente respuesta: “Sí es responsable” (afirmación de uno de los miembros del Tribunal Popular), y “es culpable pero sin agravantes” (manifestación de los otros dos componentes del jurado).

(...)

El Juzgado 2 Superior de Villavicencio, con apoyo en la resolución del Jurado, impuso al recurrente (...) la pena principal de quince años de presidio (fallo del 31 de agosto de 1968), sanción ésta que fue modificada por el juzgador *ad quem* en el sentido de elevar a veinte años de presidio la pena privativa de la libertad señalada al acusado.

Ahora bien

Como observa el demandante, es cierto que el auto que abrió a pruebas la causa, fechado el 10 de diciembre de 1964, cita el artículo 4 del decreto 1231 de 1951, y también es verdad que a partir de la providencia de 10 de mayo de 1966, por la cual se solicitó por el juez de primera instancia al Tribunal Superior de Villavicencio el sorteo de jurados, se aplicaron en el proceso las normas pertinentes del Decreto 1358 de 1964.

Pero en el tránsito de preceptos de trámite no se incurrió en las instancias en yerro alguno, y mucho menos se afectó el derecho de defensa del sindicado (...). En estas condiciones no resultan probadas las tachas que propone el actor a través de la causal cuarta de casación. En efecto:

1. El artículo 26 de la Carta dice:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Elevados a garantías constitucionales se indican en el precepto transcrito fundamentales principios que deben regir la función punitiva del Estado: la legalidad del delito y de la pena, de acuerdo con normas preexistentes al hecho que se imputa; la competencia del juez, y la observancia de las formas concernientes al juicio.

Los Códigos Penal y de Procedimiento Penal reiteran los principios citados, así:

“Art. 1 del C. de P. P.: No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente”.

En igual manera, la ley 153 de 1887 (art. 43) afirma la garantía constitucional de que al hombre se le condene conforme a la ley anterior a la perpetración del ilícito punible, conforme a la máxima *nullun crimen, nulla poena sine lege*, de la cual anota Dorado (Problemas de Derecho Penal, p. 231) que “es uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable del individuo”. Dice la ley 153 de 1887: “La ley preexistente prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”. Se observa, pues, el criterio de favorabilidad respecto de las normas sustanciales, esto es, de aquellos preceptos que definen los ilícitos punibles e indican su sanción, o se ocupan de la prescripción de la pena y de la acción penal, del perdón y, en fin, de lo que atañe a la libertad del acusado. Pero las reglas “concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios”, de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887 “prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”, como ocurre con aquellas normas que señalan la competencia.

2. Ninguna de las normas contenidas en el Decreto 1358 de 1964 y que se refieren al trámite del juicio, restringe en forma alguna la situación jurídica del procesado; no son preceptos sustanciales, tienen el simple alcance de impulsar la causa. El profesor Luis Jiménez de Asúa, en su obra “La ley y el delito” (Edit. Hermes, Méjico y Buenos Aires, 1954, pág. 165), anota:

“Se excluye la aplicabilidad de una ley cuando el hecho ocurre antes o después de su vigencia. Con esto afirmamos el principio de no retroactividad y no de ultraactividad. *Tempus regit actum*. En Derecho Penal vale este apotegma, pero la índole restrictiva de libertad de nuestras leyes punitivas, impone la retroactividad de la más favorable.

“Modernamente se llega a una unificación terminológica, la de no extraactividad, expresión que se debe a Luchini y que el profesor Mendoza emplea en Venezuela.

“Podemos fijar al fin la siguiente máxima: no extraactividad de las normas penales más restrictivas de la libertad. Con ello queda planteado y casi resuelto el problema de la retroactividad o ultraactividad de la más favorable”.

Y, se repite, ni las disposiciones modificadas o derogadas por el Decreto 1358 de 1964, ni los preceptos de este estatuto, mencionados por el actor, ofrecen ese alcance de extra-actividad a que alude el profesor Jiménez de Asúa, pues dichas normas son de simple impulso procesal y, de consiguiente, no tienen ese carácter de sustanciales.

1.5.4. El juzgado Doce Penal del Circuito de Santafé, de Bogotá en sentencia del 26 de mayo de 1996, dijo:

Le corresponde a esta oficina judicial proferir el fallo pertinente dentro del presente asunto que se adelanta contra A. A. y B.B., el primero sindicado de los delitos de falsedad material de particular en documento público y uso de documento público falso, en concurso con el de falsedad en documento privado, y el segundo como presunto autor del ilícito de falsedad material de particular en documento público.

Hechos:

A.A. le canceló la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) m.cte a b.b. a fin de que le consiguiera varios documentos falsos, los cuales presentaría en la Embajada de los Estados Unidos de Norte América para que le fuera expedida la correspondiente visa. El 4 de diciembre de 1990, A.A. concurrió a la susodicha Embajada, donde fue capturado por cuanto pretendió que le fuera otorgado el permiso para ingresar al país norteamericano, presentando para ello plúrimos documentos públicos y privados apócrifos.

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL JUZGADO:

El artículo 247 del Código de Procedimiento Penal dispone que: “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”, por tanto debe el despacho determinar si los delitos que fueron objeto de acusación y la responsabilidad de los inculcados, tuvieron plena demostración.

Como ya se dejó consignado, la Fiscalía 130 de la Unidad Uno de Patrimonio Económico, profiere resolución de acusación contra A.A. como presunto autor intelectual del delito de falsedad material de particular en documentos público, de que trata el artículo 220 del Código penal que dice: “El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años”.

A título de autor material del delito de uso de documento público falso, tipificado en el artículo 222 ibidem, que reza: “El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años.

Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad”.

Los anteriores ilícitos en concurso con el de falsedad de documento privado de que trata el artículo 221 del referido Código Sustantivo, que dice: El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba incurrirá, si lo usa ,

en prisión de uno (1) a seis (6) años.

Y, contra B.B. como presunto autor material del ilícito de falsedad material de particular en documento público.

Los documentos que presentó ante la Embajada de los Estados Unidos de Norte América el procesado A.A., no hay duda alguna, unos corresponden a públicos y otros a privados.

(...)

Dada la relevancia que para esta decisión implica el análisis del concepto de soberanía, se tratará en este aparte de la sentencia.

La soberanía implica la facultad de ejercer la autoridad, el dominio o el poder de jurisdicción, en un determinado territorio por aquellos que tienen la calidad de gobernantes legalmente constituidos. En la delimitación del campo objetivo de aplicación de la soberanía han coincidido los entendidos del derecho internacional, al igual que la comunidad de las naciones en aceptar la vigencia del concepto de territorialidad, conforme al cual los buques, naves, aeronaves, sedes consulares y domicilios de agentes diplomáticos, son considerados como parte del territorio nacional, lo cual es una ficción legal en el caso colombiano por la ratificación de los tratados y convenios internacionales, por lo que en estas materias como el derecho penal, debe ceñirse al marco de aplicación de la ley penal a lo que pertinentemente han aceptado los países que integran la comunidad de las naciones.

Así las cosas, A.A. al presentar ante la embajada norteamericana los documentos falsos, venció la ley penal, pero en ese país, situación que obliga a establecer a qué autoridad o si se quiere Nación, le corresponde el juzgamiento de la conducta del mencionado procesado.

El artículo 15 del Código Penal, determina que la ley penal colombiana se aplicará entre otras situaciones al nacional que después de haber cometido un delito en territorio extranjero regrese al país, cuando el delito... se reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

“Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación”.

Como en el caso subjúdice la pena mínima que contempla el artículo 221 del Código Penal es de un (1) año de prisión, debe admitirse que para que se pudiera adelantar investigación penal, se requeriría querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación. Ninguna se presentó en relación con este ilícito, razón por la cual la acción no podía iniciarse, lo que conduce indudablemente a que se presente una de las causales que para la declaratoria de

preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, exige el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal. Teniendo en cuenta el estado actual del proceso, no queda otra alternativa que proferir en favor del procesado A.A. sentencia absolutoria, por virtud de los cargos formulados dentro de este asunto, por el delito de falsedad en documento privado.

1.5.5. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de abril 30 de 1970, con ponencia del Magistrado Germán Zuluaga Giraldo, dijo⁹:

Se decide el recurso de casación interpuesto por parte del demandante contra la sentencia que, el 13 de diciembre de 1966, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio especial de separación de bienes en que la señora Cecilia Fonnegra de Gutiérrez demandó al señor Jorge Gutiérrez Avila.

El litigio.

Acogiéndose al rito de la vía especial, ante el juez 7° Civil de Bogotá aquella demandó a su marido, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

- a. Decretar la separación de bienes existentes entre los cónyuges Jorge A. Gutiérrez Ávila y Cecilia Fonnegra de Gutiérrez (en forma tal si fuere el caso y de por vida).
- b. Declarar, con fundamento en el pronunciamiento anterior, disuelta la sociedad conyugal formada por dichos cónyuges, quedando en estado de disolución, y como consecuencia para ser liquidada, y que los bienes sean distribuidos a cada uno de dichos cónyuges, se les adjudique por mitad y se les haga entrega real y material.

La causa *petendi* se hace consistir en los siguientes hechos:

1. El 8 de noviembre de 1944, en Bogotá, contrajeron matrimonio católico demandante y demandado.
2. De esta unión nació el primer hijo, Alberto, el 1° de octubre de 1945...
(...)
4. En 1953 la demandante inició juicio de separación de bienes contra su marido, pero éste, empleando “Los artificios y tácticas de un armisticio”, convenció a su mujer que desistiera, lo que logró, y reanudó con aquella la vida de matrimonio. No se disolvió la sociedad conyugal.
5. El juzgado 8° civil del circuito de Bogotá, que conoció del juicio de sepa-

⁹ Con posterioridad a esta sentencia la ley reconoció la posibilidad de realizar la disolución de la sociedad conyugal por mutuo consentimiento de las partes, pero como lo hemos reiterado, la crítica se debe hacer con la legislación vigente al momento de haberse elaborado la providencia.

ración, por providencia de 18 de enero de 1954, admitió el desistimiento con otras peticiones que se le formularon, dijo: “en lo relacionado con la declaración solicitada por razón del arreglo amigable, o sea, disolver la sociedad conyugal y que cada uno de los cónyuges tenga la libre administración de los bienes que han venido figurando en sus respectivas cabezas y de los que posteriormente adquieran, son hechos atinentes al mismo arreglo amigable que extraprocesalmente las partes deben realizar conforme a las normas legales, no en la forma solicitada. Por tanto, no se accede a hacer tal declaración (...)”.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Transcribe el sentenciador las declaraciones hechas por los cónyuges bajo los puntos primero y segundo de la escritura núm. 135 antes citada respecto a que terminaron “por transacción” el juicio de separación de bienes y las referentes a que, ante el juez del conocimiento, como lo repiten ahora ante el Notario, “declararon disuelta y liquidada” la sociedad conyugal. Se hace, también, la transcripción del hecho 6° del libelo, atinente a que el juzgado, por auto de 18 de enero de 1954, aceptó el desistimiento apuntado y no accedió a hacer la declaración de disolución de la sociedad de bienes convenida por las partes. Afirma el Tribunal que la escritura arriba citada se otorgó en virtud de esta última disposición del juzgado. Entra luego en el estudio de la transacción para decir que es medio de extinción de las obligaciones; que es contrato definido por el artículo 2469 del C.C., catalogado como bilateral, consensual, oneroso y principal, y que puede ser conmutativo y, en ocasiones, para una de las partes, aleatorio. Posteriormente habla de las condiciones para la formación de este contrato y de los efectos que produce, para concluir que, de acuerdo con lo expresado por la demandante en el hecho 6 del libelo y consignado por las partes en la escritura núm. 135, tantas veces citada, los cónyuges, “terminaron extrajudicialmente el litigio pendiente de separación de bienes que cursaba en el juzgado 8° civil” y que como esa transacción “produce los efectos de cosa juzgada en última instancia, es el Caso de declarar probada la excepción perentoria propuesta” de cosa juzgada.

(...)

2. Respecto a la sociedad de bienes entre cónyuges la regla común es la siguiente: probada la existencia de un matrimonio celebrado en Colombia, automáticamente queda demostrada la existencia de la sociedad de bienes entre cónyuges; quien alega encontrarse en estado de separación de bienes, por ser excepcional este estado, debe comprobar la causa que lo ha producido.

Mientras no exista la prueba de la disolución de la sociedad conyugal, generada

en el decreto judicial de separación de bienes o en causa legal, ningún menoscabo sufre la vigencia del precepto contenido en el inciso 1 del artículo 180 del C.C.: “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges”. En el evento 1 de la Ley 28 de 1932 “se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio”.

3. Esta sociedad de bienes es institución de orden público que no puede ser disuelta por un acto de voluntad de los cónyuges, sino en virtud de decreto judicial (núm. 2, 3, y 4 del artículo 1820 del C.C.) o por muerte de uno de los cónyuges (núm. 1 de la misma disposición enlazada con el artículo 152 del mismo Código). Ni el marido, ni la mujer, ni ambos juntos, con un acto de su libre voluntad, pueden generar o disponer la disolución de la sociedad. Esa declaración no tiene virtud para producir tal efecto, pues, como lo dispone el artículo 16 del C.C., “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. Es necesario el decreto judicial o el acaecimiento de la muerte de uno de los cónyuges (artículo 1820 citado).

CAPÍTULO SEGUNDO

Fuentes jurídicas formales subsidiarias

Cuando el problema debe ser resuelto en una fuente legal, y no hay norma aplicable directamente al caso controvertido, el juez no puede abstenerse de decidir sobre el caso sometido a su consideración sin incurrir en denegación de justicia. Por esa razón debe recurrir a las fuentes subsidiarias del Derecho, que son la analogía, los principios generales del Derecho, la costumbre y la Doctrina constitucional. Vamos a analizar cada una de ellas.

Con base en el artículo 230 de la Constitución de 1991 que dispone que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, se demandó la inconstitucionalidad de las distintas normas que consagran las tres primeras fuentes subsidiarias enunciadas. Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia del 1 de marzo de 1995 con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, las declaró exequibles. Los argumentos en que se fundó el fallo los transcribiremos al comentar cada una de dichas fuentes.

2.1. La analogía

La aplicación indirecta de la ley, conocida comúnmente como la analogía, es la técnica que se utiliza para aplicar una norma que regule un problema jurídico similar al problema que se está resolviendo, cuando para éste no haya norma directamente aplicable. Su viabilidad se fundamenta en el artículo 8 de la ley 153 de 1887.

Bajo estos presupuestos, la analogía se presenta cuando el caso no está previsto en manera alguna en las normas, aunque se dilate su interpretación hasta límite máximo de su expansión posible, como ocurre en la llamada in-

terpretación extensiva; se trata de una verdadera laguna legislativa, en la que se acude a la norma jurídica que regula el caso o la materia semejante, la cual constituye entonces la fuente formal aplicable.

La sentencia que declaró exequible la norma que consagra la analogía como fuente subsidiaria atrás citada, dice sobre ella:

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente en uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento *per analogiam* no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

Así, para que la analogía sea aplicable se requiere que no exista ley exactamente aplicable al caso controvertido; que el evento estudiado sea en lo esencial semejante a otro que está previsto legalmente, y que exista la misma razón para aplicar al primero el precepto estatuido para el segundo.

Se diferencia la analogía de la interpretación extensiva de la ley, denominada también interpretación analógica, en que en ésta el problema jurídico se subsume en la hipótesis prevista en la ley, como cuando él está implícitamente incluido en una norma que trae una ejemplificación simplemente enunciativa. Tal es el caso del artículo 2356 del Código Civil, que considera

como especialmente obligado a reparar los perjuicios al que dispara imprudentemente un arma de fuego, o remueve las lozas de una acequia o cañería, o tiene en estado de causar daño un acueducto o fuente que atraviesa un camino debiendo proveer a su construcción o reparación, pues también se pueden considerar dentro de esta norma el hecho de manejar un vehículo automotor, o mantener en estado de ruina un muro, ya que la conducta genérica implícita en la norma es la de cualquiera actividad que entrañe peligro para la colectividad.

Se diferencia así mismo la analogía del reenvío, que consiste en la remisión que un precepto hace a otro u otros, pues en este caso la solución del problema está legalmente prevista, así sea en un lugar diferente. No hay en el reenvío laguna jurídica, por cuanto existe la norma directamente aplicable por la remisión que a ella hace expresamente otra.

Ejemplo:

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dijo:

Estando para revisión de esta Sala, por recurso de apelación, la sentencia proferida el 10 de marzo de 1955 por el juez a quo, queda establecido que ... contrajo matrimonio con (...) el día 13 de julio de 1945 a la edad de 16 años. Que heredó de su padre, muerto el 15 de mayo de 1940, un mil acciones de la Sociedad (...), por un valor de \$100 000.00. Que la sentencia de partición fue registrada ante el notario 8° de la ciudad de Bogotá el 24 de agosto de 1944. Que hasta la fecha del matrimonio, las referidas acciones fueron objeto de administración por parte de (...), padre de (...), quien ejercía sobre ésta la patria potestad, y que el 12 de noviembre de 1949(...) vendió de contado, a (...), las referidas acciones por un precio de \$90.000.00.

El señor (...) demandó la nulidad de dicho contrato, por cuanto que para la fecha de su celebración (...) era legalmente incapaz para obligarse, mediante juicio impetrado en la ciudad de Bogotá. Se adujeron como pruebas, entre otras, el contrato suscrito, la partida de bautismo de (...) en la cual se dice que ésta nació el 11 de noviembre de 1930 y la partida de matrimonio respectiva.

Admitida la demanda y corrido el traslado respectivo, el doctor (...), en su calidad de apoderado de la demandada, se opuso a la declaratoria de nulidad solicitada por considerar que su poderdante, por el hecho de su matrimonio y haber cumplido los 18 años el 11 de noviembre de 1948, fecha anterior al contrato de venta, quedó habilitada de edad por mandato legal.

Por sentencia de primera instancia el señor juez del conocimiento se pronunció a favor de las pretensiones de la parte demandada, argumentando es estos términos: “De acuerdo con el artículo 1502 del C.C., es uno de los requisitos para la validez de los contratos que las personas que los celebren sean legalmente capaces, y según el artículo 1504 del mismo Código, son incapaces los menores adultos que no han tenido habilitación de edad. De tal manera que para establecer si el contrato celebrado es válido, es necesario saber si la demandada (...) quedó habilitada de edad por el hecho de haber cumplido 18 años cuando estaba casada.

“El artículo 340 del C.C. dispone -agrega el juzgado- que los varones casados que han cumplido 18 años obtienen la habilitación de edad por ministerio de la ley. Esta norma, como se observa, no menciona a la mujer, situación lógica dentro de la antigua estructura de nuestro ordenamiento, pues la mujer casada aún mayor de 21 años, era incapaz. Pero con la Ley 28 de 1932, que le dio a la mujer casada la plenitud de sus derechos, esta situación varió fundamentalmente, y la razón de esta discriminación desapareció, de tal manera que el artículo 340 es también aplicable a las mujeres. Estando, pues, (...) casada para la fecha de la celebración del contrato, y siendo para esa época mayor de 18 años, la operación comercial realizada es completamente válida”.

Esta Sala, sin embargo, considera que el privilegio determinado por el artículo 340 del C.C. contiene una excepción del derecho común relativo a la incapacidad en que están los menores de edad; las normas que las consagran son estrictas y no admiten aplicación analógica o extensiva. Por eso deben ser aplicadas en los casos y términos previstos, y es por ello que, sin disposición expresa, la gracia que se confiere a los varones no puede ser extendida jurisprudencialmente a las mujeres que tengan dicha edad, las cuales no quedan habilitadas de edad por el solo hecho del matrimonio, a pesar de que tengan una edad superior a los 18 años. Por consiguiente, el contrato celebrado por ... es nulo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1502 del C.C. en concordancia con el 1504 del mismo estatuto.

Análisis estructural de la providencia anterior:

Problema jurídico: ¿Queda habilitada de edad la mujer casada menor de 18 años que se casa?

Primera tesis: Sí

Fuente: Artículo 340 del C. Civil.

Juicio: Se aplica por analogía, pues a partir de la Ley 28 de 1932, con relación a la capacidad civil no hay ninguna diferencia entre los hombres y las mujeres.

Segunda tesis: No

Fuente: El art. 340 del C. Civil.

El artículo 340 no se puede aplicar por analogía porque constituye una excepción a la regla general sobre incapacidad, y las excepciones son de interpretación restrictiva.

2.2. Los principios generales del Derecho

La eficacia de los principios generales del derecho como fuente formal de nuestro ordenamiento jurídico deriva del artículo 8 de la ley 153 de 1887, que dice: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y *en su defecto (...) las reglas generales del derecho*”.

Bajo este precepto, se concluye entonces que los principios generales del derecho constituyen fuente subsidiaria, aplicable a falta de ley que regule el caso controvertido directamente, o a través de la analogía.

Tales principios están constituidos por las reglas que emergen del ordenamiento jurídico y son la concreción de su esencia, de tal manera que constituyen construcciones teóricas surgidas de la propia normatividad. No se trata en consecuencia de postulados jusnaturalistas, que se denominan también “principios generales del derecho”, pero que tienen alcance diferente en nuestro ordenamiento jurídico. Mientras que los primeros constituyen verdaderas fuentes formales, en los términos del artículo 8 de la ley 153 de 1887, los segundos son criterios auxiliares de la actividad judicial, como lo son también la equidad, la jurisprudencia y la doctrina (artículo 230 de la Constitución Política). La Corte Constitucional en la sentencia atrás citada, dice sobre esta fuente subsidiaria del Derecho:

c. Las reglas generales del derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía *legis*, y se la contrasta con la analogía *juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de las cuales comprende la situación sub *judice*) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebosado, pues, el ámbito de la legislación.

Con los principios generales del derecho como fuente formal, el ordenamiento jurídico crea un mecanismo que permite al juez y al doctrinante resolver los problemas que siempre escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos, o que se presentan como nuevos en el rápido proceso de cambio social.

Así, nuestra Corte Suprema de Justicia, al dar desarrollo al artículo 8 de la ley 153 de 1887, ha creado una serie de principios generales, entre los cuales se destacan el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y el error *communis facit jus*, que han permitido resolver controversias jurídicas concretas. Las características de estos tres principios se explican a continuación.

2.2.1. El abuso del Derecho

En sentencia de febrero 21 de 1938 (Gaceta Judicial, t. XLVI, p. 60), La Corte Suprema de Justicia, con base en el artículo 2341 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por el dolo o la culpa, consideró que el uso del derecho con desmedro de la función social que le es inherente por mandato del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886 (hoy artículo 58 de la Constitución Política de 1991), constituye una especie particular de culpa aquiliana por abuso del mismo, que puede ir desde el comportamiento dolooso, como en el caso del propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la sola intención de secar una fuente o manantial de su vecino, hasta el daño causado por simple negligencia o imprudencia, como en el evento en que alguien pone una denuncia criminal contra una persona sin tener bases serias para ello.

La Corte, citando a Josserand, formula el principio manifestando que “cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi-delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad.” La Constitución Política de 1991 recogió este principio al expresar en su ordinal 1 del artículo 95 que son deberes de la persona y del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

2.2.2. El enriquecimiento sin causa

Con base en el artículo 1524 del Código Civil, que dispone que no puede haber obligación que no tenga una causa real, y en los artículos 1747, 2129, 2243, 2309 y 2343 del mismo estatuto, que establecen el reembolso de lo que se obtiene sin causa suficiente para ello, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de septiembre de 1.935 (Gaceta Judicial, t. xlii, p. 605), creó el principio del enriquecimiento sin causa como una fuente adicional de las obligaciones, para establecer que “nadie puede enriquecerse sin derecho y en perjuicio de otro”. Este principio se hace eficaz mediante la acción *in rem verso*, que exige para su operancia jurídica los siguientes presupuestos: Que haya un enriquecimiento injusto por parte del demandado; que dicho enriquecimiento haya producido correlativamente un empobrecimiento del demandante, y que el demandante sufra daño si no se produce el reembolso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 13 de marzo de 1990, analizó los requisitos de la acción de repetición originada en un pago de lo no debido, aspecto sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la denominada teoría del enriquecimiento sin causa, en los términos que se transcriben a continuación:

4. Dentro de los principios universales o reglas generales de derecho figura el de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro sin causa que lo justifique, principio éste con antecedentes muy remotos, que la doctrina denomina ‘enriquecimiento sin causa’, señalándole a la acción *in rem verso*, proveniente del mismo, como elementos constitutivos, los siguientes : a) Que exista un enriquecimiento; b) Que haya un empobrecimiento correlativo, c) Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa que lo justifique; d) Que el agraviado con el empobrecimiento no tenga otra acción a la cual pueda legalmente acudir.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que ‘la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurren tres requisitos: que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique desde el punto de vista legal’ (Cas. civ. de 9 de junio de 1971, CXXXXVIII, 380).

5. También viene sosteniendo la Corte, de largo tiempo atrás, que la acción de restitución originada por pago de lo no debido, no pasa de ser una especie del género del principio del enriquecimiento sin causa, cuyo ejercicio debe desarrollarse dentro de los términos o limitaciones que señala la legislación civil, o sea, con sujeción a la regulación específica contenida en los arts. 2313 y siguientes del C. Civil (Cas. civ. de 6 de octubre de 1937, G.J. No. 1930, 803; 31 de agosto de 1938, G.J. No. 1940; 28 de agosto de 1945, T. lix, 431; 18 de abril de 1964, T. cvii, 65).

6. Dentro de estas precisiones, se tiene que la acción de repetición de pago de lo no debido, según su regulación legal, se encuentra conformada por estos requisitos: a) El pago; b) Falta de causa del pago; c) Error de hecho o de derecho en quien paga; y, d) Que no exista siquiera una obligación puramente natural (arts. 2313, 2314, 2315 del C.C.).

7. Ahora bien, por el aspecto activo, el titular o legitimado para pedir la restitución por pago de lo no debido corresponde a la persona que lo hizo (*solvens*) y, por el aspecto pasivo, quien debe responder de tal reclamo, es la persona que recibió el pago (*accipiens*).

2.2.3. El error común hace Derecho

Con fundamento en lo establecido en los artículos del Código Civil que reconocen efectos jurídicos a una apariencia de derecho derivado de un error invencible, entre ellos los artículos 149, 150, 947, 1634 y 2199, la Corte Suprema de Justicia formuló el principio del error *communis facit jus*, según el cual “cuando uno de nuestros actos se produjo de un error invencible, común a muchos, la simple apariencia se convierte en realidad”.

El principio tiene entonces eficacia normativa cuando se trata de un error colectivo, que adicionalmente es invencible, es decir, que hasta los hombres más prudentes lo habrían cometido.

2.2.4. Ejemplo de un caso resuelto con base en los principios generales del Derecho

La Corte Suprema de Justicia, en casación de mayo 20 de 1963, con ponencia del Magistrado Eduardo Zuleta, dijo lo siguiente:

El 29 de noviembre de 1865 contrajeron matrimonio católico, no civil, en la parroquia la Florida, Arquidiócesis de Popayán, A A y B B.

Por medio de la escritura número 16, del 23 de enero de 1873, de la notaría 2 del circuito de Cali, A A le compró a X un lote de terreno situado en el barrio San Nicolás de la ciudad de Cali.

El 29 de agosto de 1894 falleció la mencionada señora B B.

Muerta B B, se registró el 16 de enero de 1906, la escritura de compraventa otorgada en enero de 1873, a que ya se aludió.

Por medio de la escritura Núm. 287 de 31 de marzo de 1920, de la notaría de Cali, A A vendió, como de su propiedad, a C, la mitad del mencionado lote de terreno, y por escritura núm. 80 del 9 de febrero de 1929 de la misma notaría, el expresado A le vendió la otra mitad del lote a D.

El 21 de febrero de 1923 el juez 2 del circuito de Palmira aprobó la partición de los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad conyugal que existió entre el señor A y B, disuelta desde 1894 por fallecimiento de esta última. En esta partición le fue adjudicado a E, como descendiente legítima y con audiencia y anuencia de su padre, A, el mismo lote que se había vendido pocos meses antes, en la forma que se deja expresada.

Fundándose en esa adjudicación y en los demás hechos arriba resumidos, la señora E y los doctores F y G, que le habían comprado a dicha señora la mitad del lote en cuestión, demandaron en juicio ordinario de reivindicación al doctor H, señalado como poseedor del lote por virtud de las compras hechas a C y D. El juez de primera instancia condenó al señor H a restituir el inmueble referido y las mejoras, previa indemnización de estas últimas, advirtiendo que los demandantes, para recobrar el lote de terreno, están obligados a pagar al demandado, no solo el valor de esas mejoras, sino también las sumas que por razón de alcantarillado y pavimentación, así como por razón de los impuestos municipales, hubiera pagado H. Los demandantes quedaron también obligados, al tenor de esa sentencia, a pagar al demandado los gastos hechos por éste para producir los frutos civiles.

El tribunal de Cali confirmó el fallo de primera instancia, con la aclaración de que los demandantes, para el pago de las mejoras útiles, tienen el derecho de opción que les concede el artículo 966 del C.C., y con la advertencia de que

para los pagos que por prestaciones mutuas deben hacerse las partes se ajustarán éstas a las prescripciones del artículo 553 del C.J., sin necesidad de que estas prescripciones se determinen en otro juicio.

Contra la expresada sentencia recurrió el señor H por medio de apoderado.

Entre los cargos formulados contra la sentencia aparece el de violación, por aplicación indebida, del artículo 1401 del C.C., que fue el texto en que se apoyó principalmente el tribunal para llegar a la conclusión de que las ventas hechas por A A deben ser consideradas como ventas de cosa ajena y que, por ello, la adjudicataria B y quienes a ésta le compraron parte del inmueble puede reivindicar. Para considerar aplicable al caso el artículo 1401¹⁰, el tribunal tuvo en cuenta el artículo 2335 del C.C.

SEGUNDA PARTE

EXAMEN DE CARGOS

El examen de los cargos formulados contra la sentencia -y más concretamente, el estudio de la acusación fundada en la infracción del artículo 1401- implica la previa dilucidación de estas dos cuestiones trascendentales, íntimamente relacionadas entre sí:

a. ¿Los poderes de administración del marido sobre los bienes sociales, de que habla el artículo 1805 del C.C., y la confusión del patrimonio del marido con el de la sociedad conyugal, a que se refiere el texto subsiguiente, cesan automáticamente, mecánicamente, en el momento mismo de la disolución de la sociedad, con respecto a terceros de buena fe, víctimas de un error invencible, en forma tal que dicha disolución pueda ser alegada eficazmente, contra tales terceros cuando éstos, sin haber conocido ni podido conocer la referida disolución, negocian con el marido sobreviviente?

b. ¿La partición de los bienes de la sociedad conyugal tiene, como la partición de los bienes de la herencia a que se refiere el artículo 1401 del C.C., un efecto retroactivo absoluto, implacable, que pueda ser alegado invariablemente por el respectivo adjudicatario contra los terceros de buena fe que negociaron con el marido después de disuelta la sociedad, o dicho efecto retroactivo está restringido y condicionado por los principios superiores y generales de derecho, así como por el sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble?

Para resolver estas dos cuestiones no basta invocar y aplicar, de una manera mecánica y con un rigor lógico simplista, la regla *nemo plus juris ad alium tras-*

10 Art. 1401. Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.

ferre potest quam ipse habet, sobre la base de un efecto retroactivo irrestricto de la partición, fundado en el artículo 1401 del C.C.

Fuera de que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble incide, por lo que atañe a terceros de buena fe, sobre los efectos de la partición de los bienes de la sociedad conyugal, las dos cuestiones planteadas se relacionan tan íntima y directamente con el principio de la buena fe en su misión creadora y con la tradicional máxima error *communis facit jus*, que la Sala considera necesario, para elucidar las aludidas cuestiones entrar a estudiar a fondo estos cuatro puntos, que constituyen otros tantos factores de solución:

- a. Aplicaciones del principio fundamental de la buena fe en su misión creadora a la protección legal a los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho;
- b. Aplicación de la máxima error *communis facit jus* a las operaciones celebradas por el marido después de disuelta la sociedad conyugal, en relación con inmuebles adquiridos por ésta para ésta;
- c. Generalización o interpretación extensiva del principio consagrado en los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 2140 y 2199 del C.C.;
- d. El sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble y los terceros de buena fe.

CAPÍTULO I

Aplicaciones del principio de buena fe y la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho.

Desde que el derecho se humanizó -dice Gorphe- se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio de la buena fe y que se impuso al respeto general; se impregnó de ideas morales y religiosas desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del derecho privado.

El principio de la buena fe según la doctrina brillantemente expuesta por el autor citado, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas:

- a. Como criterio de apreciación y por tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho.
- b. Como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darles a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones;
- c. Como objeto de protección legal.

Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho.

CAPITULO II

LA MÁXIMA ERROR COMMUNIS FACIT JUS

Para explicar y reglamentar técnicamente algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe -los que miran la validez de los actos jurídicos realizados en virtud de apreciaciones engañosas: actos otorgados ante testigos incapaces; contratos celebrados con una sociedad irregularmente constituida, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente habilitados o con titulares aparentes de un derecho- la doctrina y la jurisprudencia extranjeras han invocado la vieja máxima según la cual el error común crea el derecho, máxima que, aunque no consagrada explícitamente por ninguna legislación moderna, se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo.

CAPÍTULO III

Generalización o interpretación extensiva de los arts. 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1566, 1940, 2140 y 2199 del Código Civil.

En los arts. 149 y 150, que reglamentan los efectos del matrimonio putativo, y conforme a los cuales son legítimos los hijos procreados en un matrimonio nulo y no se anulan ni se revocan ni se resuelven las donaciones y promesas que, por causa del matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, se consagra no solamente una medida de protección a los hijos sino también una aplicación del efecto creador y de la buena fe: desaparecida la causa de las donaciones y promesas a que se refiere el art. 150, éstas no podrían subsistir por falta de causa si la noción de buena fe, en su misión creadora, no fuera bastante para suplir la causa real de esas donaciones y promesas.

En el art. 947, a la apariencia razonable de derecho se la hace producir, en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que al derecho mismo: basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, para que -como consecuencias de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella- no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en recuperarla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener

un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho.

En los arts. 1547, 1548 y 1933, el legislador limitó, en favor de los terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias. La aplicación rigurosa de la antigua máxima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, conduciría a sacrificar al tercero que ha comprado la cosa que se debe bajo condición o ha obtenido a su favor una hipoteca sobre tal cosa. Pero basta que la condición no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública para que -sobre la base de la presunción de buena fe que de allí resulta en favor de terceros- quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución.

Dentro del mismo orden de ideas, el inciso segundo del art. 1634 declara válido el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión de un crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. La apariencia de acreedora en la persona que recibió el pago dio lugar, en esa hipótesis, a un error plenamente excusable por parte del deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho.

El art. 1766 les desconoce en absoluto efectos contra terceros, tanto a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en una escritura pública, como a las contra-escrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz. Y el art. 1779, aplicando el mismo principio a las capitulaciones matrimoniales, establece que no valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores al margen del protocolo de la primera escritura. En todas las hipótesis a que se refieren estos textos, los terceros quedan protegidos contra las consecuencias de actos jurídicos que no estuvieren en capacidad de conocer. En esta circunstancia -la de que tales terceros no pudieron conocer dichos actos jurídicos- funda el legislador la limitación de los naturales efectos de esos actos.

Por medio de los arts. 1940 y 1944 se sujeta a lo dispuesto en los ya citados arts. 1547 y 1548 el efecto, contra terceros, del pacto de retroventa y de otros pactos accesorios al contrato de venta, para que los terceros que no hayan podido tener conocimiento, por el registro, de tales pactos, no vean burlada, como consecuencia de éstos, su creencia excusable.

Pero todavía se ve mucho más claro el efecto creador de la buena fe en los arts. 2140 y 2199. Según el primero de esos textos, la disolución de una socie-

dad antes de expirar el término prefijado, no puede alegarse contra terceros sino cuando se haya dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentes del respectivo lugar, o cuando se prueba que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios. El segundo de los artículos citados protege al tercero de buena fe que negoció con un mandatario aparente cuando no se ha publicado la expiración del mandato y aparece probable la ignorancia del tercero.

En una y otra hipótesis, contra una realidad jurídica -disolución anticipada de la sociedad, expiración del mandato- la ley consagra, en favor de los terceros de buena fe, el triunfo de la apariencia que los condujo a un error excusable. La realidad es la disolución de la sociedad, en un caso, y en el otro, la falta de mandato. La apariencia, derivada de la no publicidad, es la no disolución en la primera hipótesis, y la existencia del mandato, en la segunda. Al tercero que se atuvo a la apariencia no lo sacrifica la ley en nombre de la realidad.

Por las anteriores citas, que podrían multiplicarse, se ve claramente que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho en la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se vería expuesto a que se alegaran contra él deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuido en todos estos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho.

Se trata de saber si todas esas disposiciones constituyen normas de excepción que deben interpretarse restrictivamente, o si, por el contrario, representan simples aplicaciones -en hipótesis especiales y concretamente previstas por el legislador- de un principio superior y general de derecho, sobrentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el Código.

Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre las concepciones doctrinales y jurisprudenciales concernientes a la buena fe y al error común, sirve para eliminar, en este caso, los frecuentes factores de error que presentan, en lo general, las construcciones jurídicas a base de generalización de textos, y permite asegurar que las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional, que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador -son hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente- del principio

general y superior de derecho consignado en la máxima error *communis facit jus*, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe.

Para el caso presente -dicho sea de paso-, no es necesario darle a esa máxima el vastísimo alcance que le dan los autores que, como Mazeaud, le señalan un mayor campo de aplicación.

Aún aceptando la concepción restrictiva de los expositores que, como Bonnecase y Demogue, se empeñan en limitar y circunscribir su dominio, dicha máxima lleva inevitablemente, como se verá más adelante, a estas dos conclusiones, que son las únicas que en el presente litigio hay que destacar y precisar:

a. No cesan mecánica y automáticamente, en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, en cuanto se refieren a terceros de buena fe víctimas de un error invencible, los efectos jurídicos de los arts. 1805 y 1806 del C.C.;

b. El efecto retroactivo de la partición de los bienes de la sociedad conyugal no tiene ni puede tener el carácter absoluto que tiene el de la partición de los bienes herenciales, conforme al art. 1401, sino que está condicionado por lo que acaba de exponerse en relación con los arts. 1805 y 1806 (...).

(La Corte casó la sentencia impugnada).

Análisis estructural de la providencia

Problema jurídico: ¿Puede el heredero a quien en la sucesión le fue adjudicado un bien inmueble reclamar la reivindicación de éste, cuando él fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, y vendido por el esposo superviviente a un tercero después de la muerte de su esposa, pero antes del registro de la partición de los bienes, a una persona que actuó con plena buena fe por no tener forma de conocer estos hechos?

Primera tesis: Sí puede hacerlo.

Fuente: Art. 1401 del Código Civil aplicado por analogía.

Segunda tesis: No puede hacerlo.

Fuente: El principio general de derecho de error *communis facit jus*.

En el caso anterior la Corte Suprema de Justicia considera que la disposición del artículo 1401, de que en caso de que un coasignatario haya enajenado

un bien que en la partición se adjudica a otro de ellos se procederá como en el caso de venta de cosa ajena, no puede aplicarse por analogía en el caso de la disolución de la sociedad conyugal, por tratarse de dos fenómenos de naturaleza jurídica diferente. En este caso hay por tanto falta de fuente formal para resolver el problema planteado, por lo que entra a operar como fuente subsidiaria el principio de la buena fe con relación al tercero que adquiere sin conocer la existencia de dicha disolución.

2.3. La costumbre

La costumbre constituye un conjunto de prácticas repetidas durante largo tiempo en una colectividad humana determinada, que han creado en ella un sentimiento de juridicidad del fenómeno, y cuya aplicación es considerada como obligatoria.

Como fuente formal del derecho, la costumbre antecede a la legislación escrita, a la que posteriormente le sirve de soporte, pero pierde su importancia en relación con ésta, hasta convertirse en los países de tradición jurídica romana en fuente supletoria de poca trascendencia, salvo en materia comercial. Así, mientras que en esta última materia establece el artículo 3 del Código de Comercio que:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, aplicable para las demás materias jurídicas, señala que “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

La consagración de la costumbre como fuente formal de Derecho ha sido considerada como contraria a la Carta, por dos razones diferentes: La primera, por razón de su oposición al artículo 230, que dispone que los jueces en sus decisiones se deberán someter únicamente a la ley; la segunda, porque la norma que la consagra la condiciona a que sea conforme a la moral cristiana, cuando la reforma constitucional de 1991 consagró la libertad de cultos, y excluyó de su preámbulo toda referencia a cualquiera orientación religiosa de nuestro orden jurídico. La Corte Constitucional, en la sentencia

C-224-94, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, responde a estos dos argumentos. Con relación al primero, dice lo siguiente:

Séptima.- El artículo 230 de la Constitución y el artículo 13 de la ley 153 de 1887.

(...) Conviene, sin embargo, examinar la norma a la luz del inciso primero del artículo 230 de la misma Constitución, por esto:

Según el inciso primero del artículo 230, “Los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”. Por su parte, el artículo 13 dispone: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

Como el derecho a que se refiere el artículo 13, es el derecho objetivo, la ley, es evidente que se está equiparando la costumbre que reúne algunos requisitos, a la ley. Pero, ¿tal equiparación no es contraria al precepto que somete a los jueces únicamente al imperio de la ley? Dicho en otros términos: ¿la mención a la ley en el inciso primero del artículo 230 de la Constitución, no excluye la costumbre?

Para responder este interrogante, es necesario reflexionar sobre el tema de la costumbre.

(...)

C) ¿De dónde viene la fuerza obligatoria de la costumbre?

En el caso de la ley dictada por el legislador, su fuerza obligatoria, su calidad de tal, nace del proceso en el cual el órgano del Estado al cual le está atribuida la función de crearla, la adopta. Por ejemplo, es la Constitución la que en el artículo 150 asigna al Congreso la potestad de “hacer las leyes”.

Pero el Congreso hace las leyes en virtud del poder que el pueblo le ha delegado. Así hay que entenderlo no sólo en virtud de toda la teoría democrática, sino por la expresa declaración de la Constitución. En efecto:

En el preámbulo se dice que el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios, “decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”.

Y en el artículo tercero se dice:

“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

En tratándose de la costumbre, es ostensible que su fuerza obligatoria viene directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que éste delega su poder. Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí

mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.

(...)

D) La Constitución de 1991 y la costumbre

De otra parte, hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual.

Se dirá que la Constitución establece las formas en que el pueblo puede participar en la expedición de las leyes, y que por esto es innecesaria la costumbre, porque los ciudadanos pueden buscar la expedición de una ley con su mismo contenido. Este argumento podría tener alguna validez en relación con las costumbres extendidas por toda la nación y que interesen a la mayoría o a un gran sector de la población. Pero, hay costumbres regionales o locales, generalizadas solamente en uno o dos departamentos. En estos casos, ¿qué posibilidad real tendrían los interesados en lograr la adopción de una ley? ¿Y por qué extender, por medio de una ley, una costumbre local a toda la nación?

Además, si el Estado “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, no es posible sostener que la Constitución prohíbe la costumbre. En la cultura de una comunidad están comprendidas sus costumbres en sentido jurídico. Con razón se ha dicho que Colombia es un país de regiones, pero más propio sería afirmar que en Colombia coexisten muchos países cuya suma es la nación, que tiene en la diversidad cultural una de las razones de su existencia y de su fuerza.

Con relación al segundo argumento, razona así la Corte:

4o.- Tampoco pugna el artículo acusado con la libertad religiosa que ha existido siempre en Colombia y que el artículo 19 de la Constitución consagra expresamente, como la consagraba el artículo 53 de la anterior.

Y no se ve cómo la referencia a la moral generalmente aceptada, pugne con la diversidad étnica y cultural reconocida por el artículo 7 y con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 13.

Tampoco se opone al artículo 95 en cuanto éste señala los “deberes de la persona y del ciudadano”, deberes que consultan los postulados de la moral generalmente aceptada por los colombianos.

(...)

Quinta.- La “moral cristiana” en el artículo 13 de la ley 153 de 1887

Las anteriores explicaciones permiten entender por qué en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, se dijo: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”.

En primer lugar, la expresión “moral cristiana” designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana.

Se dijo “moral cristiana” refiriéndose a la religión de la mayoría de la población, como en Turquía habría debido decirse “la moral islámica”. La ley se limitó a reconocer un hecho social.

Y obsérvese que la costumbre, además de ser conforme con la moral cristiana, debe ser general. Si es general y a la vez es conforme con la moral cristiana, es porque ésta es también la moral general.

De otra parte, la referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la “*opinio juris*”, según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contradiga los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable.

Entendida la expresión “moral cristiana” como la moral social o moral **general**, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7., 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social.

No sobra, desde luego, advertir que la costumbre no puede ir contra la ley.

Sexta.- La Constitución de 1991 y la moral cristiana

Ahora bien: la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. No hay uno solo de sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por “*moral cristiana*” en Colombia. El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como “la

de la nación” y como “esencial elemento del orden social”, no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado. Pero aun aceptando que la referencia a la “moral cristiana” tenga una especial connotación religiosa, tampoco sería inconstitucional por este motivo el artículo 13 de la ley 153 de 1887. ¿Por qué? Sencillamente, por esto:

1. Pese a la ausencia de estadísticas exactas en este campo, como en otros, es un hecho incontrovertible que la religión Católica es la de la mayoría de la población.

2. Pero la religión Católica es sólo una de las iglesias cristianas, la mayor por su número, pero apenas una de ellas. Si a sus adeptos se suman los de las demás iglesias cristianas existentes en Colombia, la mayoría distaría de la unanimidad sólo un pequeño porcentaje.

3. La Constitución, como todas las que han existido en Colombia, está basada en la democracia liberal, uno de cuyos principios es el reconocimiento de las mayorías.

No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías.

Con respecto a la ley es clásica la división de la costumbre en tres categorías: costumbre según la ley, cuando se acomoda a las prescripciones legales y de ordinario las adecúa a las nuevas exigencias sociales; costumbre fuera de la ley, cuando regula relaciones no previstas en la ley escrita; y costumbre contra la ley, cuando es contraria a la norma legal. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que solo tiene relevancia la costumbre fuera de la ley, ya que la costumbre según la ley solo coadyuva a su mejor conocimiento e interpretación, y la costumbre que es contraria a la ley no tiene relevancia alguna por expresa prohibición legal, de conformidad con los artículos transcritos.

Con base en lo anterior, puede concluirse entonces que la costumbre, para que pueda operar como fuente formal del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, debe reunir los siguientes requisitos: Que no exista norma aplicable al caso controvertido, ni directa ni indirectamente; que sea general, vale decir, conocida y practicada por el mayor número de personas posibles, de tal manera que le den a los hechos que la constituyan las características de uniformes, públicos y reiterados, y la idea de que su práctica es obligatoria; que dicha costumbre sea conforme a la moral cristiana, y que esté debidamente probada.

Llama la atención, dentro de los requisitos señalados, que la costumbre, no obstante ser fuente formal del derecho, requiera de prueba, cuando es regla general que el derecho no deba probarse; ello se debe, sin embargo, a que la costumbre se basa en los hechos, y por consiguiente está sujeta a que esos hechos efectivamente se den en los términos requeridos para que constituya fuente formal.

Para este propósito de la prueba, prevé el Código de Procedimiento Civil en su artículo 189 que “los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios”, y agrega en su artículo 190 que “la costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1.- Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia. 2.- Certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rijan.” En esta misma materia, el artículo 6o. del Código de Comercio establece que “la costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser, por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.”

Ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de mayo 22 de 1981, con ponencia del Magistrado doctor Fernando Uribe Restrepo, definió la aplicación de los usos o costumbres debidamente comprobados, en los términos que se indican a continuación:

Por no existir convención colectiva precedente, el Tribunal de arbitramento dio solución al conflicto apoyándose principalmente en los usos o costumbres existentes en la empresa, de los cuales dan precisa noticia las Actas 09 y 015 del Tribunal y los correspondientes anexos. Tal fue la base de la mayoría de las decisiones tomadas por los árbitros por unanimidad o por mayoría, de donde resulta fundamental para la Sala precisar la validez jurídica de dicho respaldo. Citan los árbitros el art. 19 del C.S.T. y añaden ‘No obstante que surgieron

discrepancias para examinar esta institución de la costumbre como aplicación supletoria, pero derivada de la apreciación filosófica de los mismos (sic.), al punto se logró conciliar las posiciones...” (C. Hom. f. 150).

El apoderado de la empresa, al sustentar el recurso de homologación que ahora se decide, manifiesta:

‘Sobre la costumbre como fuente de derecho, reiteradamente mencionada en el Laudo es oportuno recordar que según el artículo 13 de la ley 153 de 1887 es aquella ‘general’ y no la particular o privada. La que rige en un territorio, para una pluralidad de situaciones y no la de un contrato singular entre dos sujetos. Sobre todo cabe invocarla siempre y cuando no haya ‘legislación positiva’. Es decir que cuando el aspecto fáctico tiene normación en el Código de Trabajo, las leyes que lo reforman y adicionan y los manuales de Aeronáutica Civil, que constituyen la legislación positiva, no cabe invocar la costumbre para justificar su desconocimiento o inobservancia. Luego todas las disposiciones del laudo que en aras de costumbre alteran las disposiciones legales que rigen la materia son iguales y deben dar paso a su nulidad, como en forma genérica solicito.’

El tratadista Arturo Valencia Zea dice refiriéndose a la costumbre: ‘Para que una práctica sea costumbre y se pueda aplicar en defecto de una Ley, debe tener estos requisitos: 1) Pluralidad de prácticas; 2) Uniformidad y continuidad de las prácticas; 3) Generalidad de las prácticas, y 4) Es necesario que de las prácticas se desarrolle una regla de derecho.’

‘Por su parte el artículo 8° del Código Civil recauda que ‘La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso por su inobservancia, ni práctica alguna por inveterada y general que sea’. (C. Homo. 37 y 38). (...)

Considera la Sala que la costumbre, como fuente formal del derecho objetivo, ha tenido y tiene importancia fundamental en el mundo jurídico. Así la llamada Escuela Histórica de

Savigny, que predominó en el pensamiento alemán en el siglo pasado prácticamente identificaba derecho y costumbre al sostener que era ésta la única fuente genuina y auténtica de normatividad jurídica. De otro lado el derecho consuetudinario o costumbre jurídica ha sido siempre el principal sistema normativo cuando se trata de actividades humanas concretas y especiales que surgen espontáneamente para atender necesidades vitales, en su mundo propio y al margen de sistemas convencionales de origen político, tal como ha ocurrido en todas las épocas con mercaderes y comerciantes, agricultores, ganaderos y navegantes. Sin olvidar que es la costumbre el origen y la esencia misma del sistema Jurídico anglo-sajón del “*common law*” que ha demostrado su gran

eficacia jurídica como resultado de la sabiduría pragmática, impregnada de sentido común y de equidad, propia de pueblos que hoy se destacan por su cultura y desarrollo.

Puede afirmarse que la costumbre, como reglamentación de hecho que se torna obligatoria jurídicamente, tiene importancia básica y específica en el Derecho Laboral moderno, pues ha sido su verdadera fuente original, o al menos la más auténtica y completa, como es lógico tratándose de actividades vitales que se organizan y desarrollan antes de que el poder legislativo se ocupe de ellas. La misma Ley así lo ha reconocido: los hechos, las condiciones materiales, las circunstancias fácticas y la conducta vivencial tienen muchísima mayor importancia que las formas jurídicas. La relación laboral es más importante para el derecho laboral que cualquier acto o declaración de voluntad y el contrato de trabajo es, como con precisión lo señalan los tratadistas, un contratorealidad.

(...)

El artículo 19 del C.S.T. dispone que la Costumbre es norma de aplicación supletoria en materia laboral, 'cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido' en concordancia con el principio general contenido en el art. 13 de la Ley 153 de 1887 según el cual 'la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva'. En punto de tanta importancia como el salario, a falta de estipulación expresa, se debe el usual en la misma labor o en la región (C.S.T., art. 144).

Ha de observarse que en el derecho colombiano la costumbre puede llegar a ser fuente principal del derecho, y no se la limita únicamente a ser fuente supletiva. Con el requisito, claro está, que se trate de una costumbre según la ley o más allá de la ley (*secundum o praeter legem*) ya que la costumbre contra *legem* está proscrita expresamente (C.C. art. 8°). En otros términos, se le reconoce validez a la costumbre 'introdutiva', que se adelanta al legislador, supliendo su actividad, y a la 'confirmatoria' de la ley, pero no a la 'derogatoria' de ella.

La práctica o uso que constituye norma jurídica en virtud de la costumbre, ha de ser plural, uniforme, continua y general. En cuanto a la generalidad, se acepta que pueda predicarse válidamente en el ámbito regional o profesional, y no necesariamente a nivel general en la nación (Arturo Valencia Zea, Curso de Derecho Civil Colombiano, T.I. pág. 88). Conviene destacar a este respecto la fuerza jurídica que tiene la costumbre entre los comerciantes, según la ley (C. de Co. arts. 3° y 5°). Pero es evidente que en materia laboral la dicha universalidad de la práctica, base de la costumbre, puede predicarse no solo del gremio sino de la misma empresa o establecimiento pues tal es el ámbito pro-

pio y natural de la vida laboral. Por ello comparte la Sala la autorizada opinión doctrinal que cita y transcribe el opositor.

Ha de suponerse que la costumbre en la empresa encarna mejor la justicia laboral, hic et nunc, por su adaptación precisa al medio concreto, que las mismas normas legales que han de ser forzosamente generales y abstractas, y que por ello mismo constituyen tan solo un mínimo irreductible de protección y beneficio. La costumbre en la empresa resulta así una norma depurada y ajustada gracias a su identidad con la vida misma de la empresa, pues se confunde con lo que en ella ocurre. Pretender cambiar usos ciertos, generales y continuados que favorecen a los trabajadores, aduciendo un sistema legal -que es tan solo un mínimo- equivaldría a consagrar una indebida intromisión en las relaciones laborales en contra de los principios básicos que inspiran el derecho laboral.

De otra parte debe observarse que la práctica general en una empresa, que necesariamente implica la satisfacción racional de verdaderas necesidades, goza de la llamada *opinio necessitatis* que es el último elemento esencial para que el uso general se convierta en norma, por ser costumbre jurídica. La comunidad interesada -en este caso la empresa- ha de estimar que la práctica es obligatoria para todos en cuanto beneficia a los trabajadores, pues ellos cuentan con su cumplimiento y el patrono se ha comprometido a respetarla desde el momento en que la introdujo o la aceptó, y en todo caso la cumplió sistemáticamente, de manera reflexiva, consciente y premeditada, pues ha de presumirse la racionalidad de su conducta. En la costumbre a nivel de empresa existe por lo tanto, por definición, la 'voluntad de validez' o sea la conciencia colectiva de que la norma es obligatoria. Se trata por tanto de un verdadero 'derecho vivo'. No es admisible por ende, frente a nuestro derecho laboral moderno, la opinión en contrario del distinguido tratadista nacional Ernesto Herrnstadt, para quien la costumbre laboral solo se configura en el ámbito de 'toda una industria o región' (Tratado de Derecho Social Colombiano 3a. ed. 1949, pág. 32).

Estima la Sala, con base en los anteriores principios, que los árbitros de un conflicto colectivo de trabajo están facultados para decidir que sean obligatorias para la empresa, en los términos del laudo, las costumbres debidamente comprobadas, dentro de la equidad y si así se ha solicitado en el correspondiente pliego de peticiones, dentro de los límites establecidos por el artículo 458 del C.S.T. Si el Tribunal debe respetar lo que las partes ya han convenido, de acuerdo con la ley, está obviamente autorizado para decidir que se prolongue una práctica adoptada de hecho por las partes, con fuerza de costumbre jurídica. Además, si de acuerdo con la jurisprudencia los árbitros pueden consagrar prestaciones extralegales, dentro del *petitum* y sin contradecir la ley, han

de poder con mayor razón adoptar formalmente prestaciones o beneficios ya existentes, vigentes en la práctica en el universo de la empresa, gracias a una costumbre jurídicamente válida.

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Son válidas las prestaciones sociales extralegales incluidas en el laudo arbitral que acoge prácticas consuetudinarias de la empresa?

Primera tesis: No son válidas.

Fuente: Art. 13 de la ley 153 de 1887, en concordancia con las normas legales que regulan las prestaciones sociales de los trabajadores.

Segunda tesis: Sí son válidas.

Fuente: La costumbre

La Corte considera que la costumbre es base para resolver los conflictos en este caso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19 del C.S. del T. y 13 de la L. 153 de 1887. Rechaza el argumento del apoderado de la empresa que considera que no se puede aplicar la costumbre porque no es general, y porque hay norma que regula el caso sub júdice, porque para que sea general basta que se refiera a la empresa, y porque no se trata de costumbre contra *legem*, sino *preater legem*.

2.4. La Doctrina constitucional

La Doctrina constitucional está constituida por las interpretaciones que hace la Corte Constitucional de las normas constitucionales cuando éstas se apliquen directamente a la solución de los casos concretos por falta de desarrollo legal de las mismas. Es, por tanto, distinta a la jurisprudencia, en cuanto aquella tiene fuerza de regulación normativa como fuente subsidiaria, mientras que ésta sólo orienta la labor del intérprete, sin que tenga ningún carácter obligatorio.

La Corte Constitucional en sentencia del 11 de marzo de 1995, con ponencia del H. Magistrado Carlos Gaviria Díaz, dijo sobre esta fuente formal de Derecho:

(...)

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la

individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

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

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (art. 242 C.P). Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina.

Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4 de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos...”

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta de 1991.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131-93, que declaró inexecutable el artículo 23 del decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordena tener como “criterio auxiliar obligatorio” “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional”, mandato, ése sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8 que se examina –valga la insistencia– es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislativo, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub júdice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si

las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica”.

Veamos el siguiente ejemplo. La Corte Constitucional en la sentencia SU-620-96, con ponencia del Magistrado doctor Antonio Barrera Carbonell, dijo:

(...)

7.1. La tutela fue impetrada, por violación del debido proceso, porque durante la etapa de investigación no se les reconoció a los peticionarios el derecho a conocer y a contradecir las pruebas que obraban en su contra.

7.2 Debe la Sala, en consecuencia, determinar la forma como se compatibiliza el ejercicio de los poderes que le corresponden a la administración dentro del trámite de la actuaciones administrativas (investigación y juicio), dirigidas a establecer la responsabilidad fiscal, con la garantía del debido proceso que consagra el art. 29 de la Constitución.

La ley guarda silencio con respecto a la forma como los imputados pueden hacer uso de su derecho de defensa dentro de la etapa de investigación, pues las normas de la ley 42 de 1993 que regulan el trámite del proceso de responsabilidad fiscal postergan para una fase posterior –la del juicio- el ejercicio del derecho de defensa, el cual realmente durante la etapa de investigación no se garantiza.

En estas circunstancias y por la necesidad de asegurar la vigencia efectiva del mandato contenido en el art. 29 de la Constitución que consagra el derecho para el imputando de ejercer la defensa “durante la investigación y el juzgamiento”, debe la Corte determinar cuál sería el mecanismo idóneo para garantizar dicho derecho durante la etapa de investigación.

Con el anotado propósito la Corte debe señalar una oportunidad procesal para garantizar el referido derecho durante la mencionada etapa y a ello apuntan las siguientes consideraciones:

(...)

Aprueba la Corte que en la forma como está diseñado el proceso de responsabilidad fiscal no existe una idea de equilibrio y proporcionalidad, en las dos etapas del proceso. En efecto, en la etapa de investigación la autoridad de control fiscal recopila pacientemente y en forma unilateral las pruebas contra el imputado en un término no mayor de 30 días, prorrogables por otro tanto, es decir, 60 días hábiles, y luego una vez iniciado el juicio, sin haber ejercido su derecho de defensa durante la investigación, es cuando tiene la oportunidad de controvertir, en una situación de evidente desventaja, la prueba recopilada unilateralmente durante éste.

No sólo razones de justicia avalan la solución propuesta, sino la de garantizar adecuadamente el derecho de defensa en una actuación administrativa que puede conducir a una afectación grave del patrimonio económico de una persona y a sus derechos fundamentales, e igualmente, la necesidad de preservar los principios de igualdad, celeridad, economía, eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas, en el sentido de que en forma rápida y oportuna se defina si hay lugar o no a iniciar el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, porque sin haberse dado oportunidad al posible imputado de exponer su versión de los hechos y de producir la prueba de descargo, únicamente se cuenta con una verdad unilateral.

La participación del presunto imputado en la etapa de investigación permite asegurar no sólo el derecho de defensa sino que contribuye a dar certeza a aquélla, y a garantizar su eficiencia y eficacia, porque es posible determinar en forma pronta y oportuna que no hay lugar a exigirle la responsabilidad fiscal a aquél, o que al contrario, se requiere adelanta el trámite del juicio para establecer si hay lugar a declararla o no.

(...)

En la forma como aparece diseñada la etapa de la investigación, con el objetivo claro antes especificado, que tiene un término igual, entiendo la Corte que éste debe ser el lapso mínimo en que debe mantenerse la actuación unilateral del funcionario competente para tramitar el proceso de responsabilidad fiscal y que vencido dicho término o su prórroga, y siempre que los elementos de juicio obrantes en el proceso puedan ameritar la iniciación del juicio fiscal, éste debe señalar un término prudencial adicional para que quienes resulten imputados puedan ejercer el derecho de defensa en los términos del art. 29 de la Constitución.

(...)

c) Razones de eficiencia y eficacia justifican además, la garantía del derecho de defensa en las dos etapas del proceso fiscal, porque la vinculación de los imputados al proceso fiscal durante la investigación, mediante la oportunidad que se les brinda de suministrar su versión de los hechos y de la conducta observada en desarrollo de la gestión fiscal y de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica contribuye a la certeza y solidez de la eficiencia recogida y puede determinar que no sea necesaria la tramitación del juicio fiscal, con lo cual se logra una economía procesal, en todo sentido, en trámites y en tiempo. Se combina de este modo la eficiencia y la eficacia de la actuación procesal, sin desconocer el derecho de defensa.

La eficiencia y la eficacia de la administración no exige que en todos los procesos se adelanten necesariamente el juicio fiscal para determinar si existe o no la

responsabilidad de los imputados, si es que ésta se pueda definir lo más pronto posible. Por tanto, lo más útil y conveniente para el servicio administrativo e igualmente para los imputados o investigados que ven comprometida su responsabilidad patrimonial y el goce de sus derechos fundamentales es que ella se haga dentro de la investigación, pues tanto la administración como los imputados o investigados en un proceso de responsabilidad fiscal tienen un interés cierto en que la verdad se establezca y se dé a conocer dentro del menor tiempo posible. (...)

La investigación adelantada por los funcionarios de la Contraloría tiene en principio, sustento en las disposiciones de la ley 42 de 1993. El vicio que en dicha actuación se observa, como quedó explicado antes, obedece a que no se le dio oportunidad a los peticionarios de ejercer el derecho de defensa, durante la etapa de la investigación y antes de la apertura del juicio fiscal, porque dicha ley contiene un vacío al no prever esa oportunidad. Por lo tanto, éste debe ser llenado, como ya se anotó, aplicando el art. 29 de la Constitución.

El problema jurídico planteado aquí es el siguiente: ¿En qué oportunidad de la investigación tienen derecho los inculcados en un juicio fiscal a ejercer su derecho de defensa?

La Corte Constitucional considera que el artículo 29 de la Constitución prevé la facultad de los inculcados a ejercer su derecho de defensa tanto en la investigación como en el juicio, sin que en los juicios fiscales se hubiera establecido durante la investigación la oportunidad procesal para hacerlo, por lo que dispone como doctrina constitucional, que el funcionario que la adelante, cuando agote los términos señalados por la ley para realizarla, debe fijar un plazo prudencial adicional para que el inculcado ejerza su derecho de defensa, antes de que decida si se abre el proceso a juicio o no.

2.5. Ejercicios prácticos

En los siguientes casos haga el análisis estructural y la crítica jurídica.

2.5.1. *La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y ocho, con ponencia del Magistrado Arturo Tapias Pilonieta, dijo:*

El municipio de Bogotá, por medio de Acuerdo especial dispuso la adquisición de los terrenos situados al oriente de la ciudad, a uno y otro costado del llama-

do Paseo Bolívar, con el fin de destruir todos los ranchos y edificaciones existentes en esos terrenos e higienizar de esta manera la parte alta de la ciudad, en beneficio de la población en general. Entre las fincas que debían adquirirse encontrábase un lote o globo de terreno, situado en el barrio de Las Aguas, entre calles 15 y 16, de propiedad de los señores...

Declarada de utilidad pública la expropiación de la mencionada finca, el personero municipal instauró ante el juez 60. civil del circuito de Bogotá la respectiva demanda, con fecha 27 de enero de 1927. El juicio siguió luego su curso legal. Los peritos designados para el justiprecio del inmueble y de los perjuicios rindieron avalúos discordantes. Pero todo terminó en la primera instancia con la sentencia del juzgado, de fecha 6 de octubre de 1930, en la cual decretó la expropiación, habiendo fijado en la suma de diez mil pesos (\$10.000) moneda corriente el valor total de la indemnización que al municipio de Bogotá correspondía pagarle a los actuales propietarios del lote, señores Contra este fallo interpusieron el recurso de apelación tanto el personero demandante como el abogado de los demandantes. Por eso el juicio llegó al tribunal superior de Bogotá. Y estando el negocio allí, los señores personero municipal y fiscal del tribunal desistieron de la acción para lo cual dijeron obrar así, autorizados por el Concejo Municipal. El desistimiento fue acogido por el tribunal en auto de fecha 22 de septiembre de 1931.

La promoción de tal juicio de expropiación y su desistimiento después de cuatro años y medio largos, constituyen la causa en que los mismos ..., demandados en aquel juicio, tomaron apoyo para formular en el presente, demanda por indemnización de perjuicios contra el municipio de Bogotá en que piden se le condene: a) a pagarles la cantidad de dos mil pesos (\$2.000) moneda corriente, valor de los gastos hechos por los demandantes en el juicio de expropiación; y b) la cantidad de cinco mil pesos (\$5.000) o la que fijen peritos, valor de los perjuicios ocasionados por el municipio de Bogotá con la iniciación, prosecución y desistimiento de dicho juicio.

(...)

II

SENTENCIAS DE INSTANCIA

La del juez absolvió al municipio demandado. Consideró que los demandantes no acreditaron la intención por parte del municipio encaminada a “perjudicar a los demandados, hoy demandantes, con la iniciación de la acción, lo mismo que no se ve la ausencia en el uso del derecho de un interés serio y útil, ya que la causal invocada para demandar la expropiación fue la de utilidad pública, y de conformidad con ésta se tramitó y falló la *litis* que como ya se dijo fue favorable

en primera instancia a las pretensiones del municipio demandante.”

La del tribunal confirmó el pronunciamiento absolutorio del juzgado. Prohijó el concepto anteriormente transcrito, y además, con ánimo de ampliarlo añadió otras consideraciones cuyo fiel resumen es más o menos así:

No se allegó al juicio la prueba del elemento subjetivo generador del hecho culposo por el desistimiento de la demanda de expropiación, porque si el distrito obró dolosamente al desistir, o incurrió en culpa extracontractual de la cual pueda deducirse responsabilidad, la cuestión quedó por demostrar, pues en los autos no se encuentra el menor vestigio de aquel elemento culposo. “Era obligación de los demandantes -dice textualmente el sentenciador- probar que el distrito al desistir del juicio de expropiación obró maliciosamente, o abusó ilícitamente de su derecho; pero de los autos no aparece aquel elemento, que ha debido llenarse con la prueba del porqué del desistimiento, pues si en tal empresa no se guió el distrito por un interés dañino o culposo, ni se ha comprobado el abuso del derecho por la parte demandada, de prescindir de la expropiación, siendo evidente como ya se dijo en otro lugar de este fallo, que si el Distrito tenía el derecho para desistir de la acción (artículo 4o de la Ley 84 de 1920), no puede sostenerse en sana lógica jurídica que haya incurrido en culpa por el hecho mismo de haber ejercitado un derecho que le reconoce la ley; sería contradictorio ser titular del derecho y ser condenado por haberlo ejercitado”. Uno de los magistrados de la sala falladora salvó su voto opinando que había motivos suficientes para condenar al municipio.

III

EL RECURSO DE CASACIÓN

El apoderado de los demandantes interpuso el recurso de casación contra la sentencia del tribunal. Fue admitido y como consecuencia el recurrente formuló ante la Corte su demanda que corrida en traslado al señor procurador delegado en lo civil de la nación, como representante en la Corte del municipio, ya que éste no constituyó apoderado especial, contesto lo dicho funcionario haciendo la defensa del fallo acusado. Dice el recurrente en el primer cargo que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, señalando como violados las siguientes disposiciones del código civil: artículos 32, 63, 1494, 2342, 2343, 2347 y 2352 y el 5o. de la Ley 153 de 1887. Es así su demostración brevemente resumida por la Corte:

El sentenciador parte de la base de que el municipio de Bogotá no puede ser condenado porque a pesar de estar demostrado el elemento objetivo de la culpa, no está demostrado el elemento subjetivo de ella, o sea, la malicia con que

procedió al iniciar el juicio de expropiación y luego desistir de él. Es este error fundamental. Porque una cosa es la culpa y otra el delito. Hay casos en que existe la culpa simultáneamente con el delito, pero también se da el caso en que existe sola, como cuando procede de un hecho negligente que ha ocasionado daño a otra persona.

En la culpa extracontractual, como es la que domina en los principios consignados en el título 34, libro 4o. del código civil, cuyas disposiciones y espíritu fueron infringidos por el tribunal sentenciador, la noción de culpa es independiente de la noción de delito y por eso el artículo 2341 principia así: “El que ha cometido un delito o culpa...”.

Es decir dos conceptos distintos porque en ese caso la conjunción O es disyuntiva y no copulativa.

El delito exige la intención maliciosa, la culpa no; por eso cuando ésta se comete por acción, omisión o negligencia, existe responsabilidad civil, pero no penal.

Y en tratándose de entidades de derecho, como la nación, los departamentos y los municipios, o de personas jurídicas, como las sociedades, existe la noción de culpa, pero no la de delito, porque esa clase de personas no son capaces, como entidades de derecho, de cometer delito.

IV

MOTIVOS DE LA CORTE

Ciertamente el tribunal en sus razonamientos, exigiendo la prueba de dolo o del *animus nocendi*, en un caso particular que lo excluye, dada la naturaleza de la persona o entidad demandada y la forma como el demandante plantea la acción en la demanda, limita el alcance del artículo 2341 del código civil, dependiendo de esa base insuficiente una noción igualmente limitada y errónea de lo que en el derecho contemporáneo comprende la teoría del abuso del derecho. En efecto:

TEORÍA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

(...)

El tema de la responsabilidad civil ha tenido en los últimos tiempos un tan acelerado desarrollo jurisprudencial que con razón un ilustre autor recientemente anotaba que más que “evolución” el fenómeno ha sido de “revolución”.

Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: “El mundo marcha, y la ley del progreso que todo lo mueve no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños es, entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguna la influencia

de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos. Y, así como en el pasado despojó al resarcimiento del carácter de pena, no es imposible que lo despoje, al menos en ciertos aspectos, del de culpa”.

Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aún más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño. La culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil en derecho común, pero se dan nuevos métodos para examinarla. La vieja máxima romana: *in lege aquilia et culpa levisima venit*, con la cual la falta más ligera, el más pequeño descuido compromete la responsabilidad de su autor en el dominio delictual o cuasi delictual, ha sido no solamente mantenido, sino desenvuelto por la jurisprudencia moderna con la aplicación de nuevas teorías tendientes a ensanchar y dar mayor contenido al concepto de culpa, en mira a convertir así la solidaridad social en una idea práctica y eficaz, dándole a cada cual mejor conciencia de su propio derecho y del ajeno, con el natural resultado entonces de un mayor equilibrio de las prerrogativas individuales.

El progreso de las ideas revalúa hoy el dogma antiguo de que no hay responsabilidad sin culpa demostrada, merced al cual la víctima de un daño estaba obligada a suministrar en el proceso esta triple prueba: que había sufrido un daño; que su adversario había incurrido en culpa; y que el daño se originaba de aquella culpa. Culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y éste, eran las tres cargas procesales que soportaba el demandante en toda demanda de reparación, siguiendo el principio de que al demandante incumbe siempre el peso de la prueba; *actori incumbit probatio*.

Josserand en reciente estudio resume los procedimientos técnicos a los cuales la doctrina y la jurisprudencia han recurrido en Francia y Bélgica, especialmente con la idea de suavizar el rigor del principio de que no hay responsabilidad sin culpa probada por el actor, y en mira a realizar la practicabilidad de la responsabilidad y asegurar la reparación debida a la víctima. Esos procedimientos los reduce a cuatro categorías: 1. admítase hoy más fácilmente la existencia de la culpa; 2. aligérase la carga de la prueba que pesa a veces demasiado sobre la víctima, utilizando toda una gama de presunciones; la culpa probada y efectiva sustitúyese por la culpa presunta y probable; 3. suplántase a veces en

la ley la noción de culpa por el concepto de riesgo; la responsabilidad de subjetiva como tradicionalmente se considera, conviértese en objetiva; y 4. el más reciente de todos y que consiste en aplicar la noción de responsabilidad contractual a la delictual; la víctima se coloca así en una situación completamente favorable en cuanto a la prueba.

La teoría del abuso de los derechos tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand en su obra *De l'esprit des droits et de leur relativité - Theorie dite de l'abus de droits -1927-* da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad.

A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dable desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegárase que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho en general o derecho objetivo, con lo que él y otros actores llaman la juridicidad, o conjunto de la regla social.

De esta manera el antiguo adagio latino: *neminem laedit qui jure suo utitur*, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: “El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro”.

“Comprendida de este modo, la vieja regla romana - agregan Colin y Capitant- lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuido, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad, de que necesita. En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño. Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él”. Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de

la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. Estará en el primer caso por ejemplo el propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de secar una fuente o manantial de su vecino; o el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que obra, para empujarlo así aun hasta la ruina; o el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontrarse en el segundo caso el que pone una denuncia criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. (Caso resuelto por esta misma Corte en sentencia de fecha 5 de agosto de 1937. Gaceta Judicial, No. 1927, págs. 419 a 422).

“Para que haya abuso del derecho - dicen los citados Colin y Capitant- no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el animus nocendi. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado”. Y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito.

“Para que una perfecta irresponsabilidad -escribía mucho tiempo antes Larombière- garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites”.

Josserand en una admirable conferencia dictada el año pasado decía: “Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual hace del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; al criterio puramente intencional tiende a sustituir un criterio funcional, deducido del espíritu del derecho, de la función que la ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien

quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”. (Evolutions et Actualités - Conférences de Droit Civil - Paris, 1938).

De consiguiente el criterio rígidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert, para quien la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social). Ahora bien; el sentenciador, contra todos los principios expuestos, que son los que configuran la teoría del abuso del derecho, hace pesar sobre los demandantes la obligación de probar que el municipio, desistiendo del juicio de expropiación, obró maliciosamente, cual si se tratase de una persona natural, y cual si las entidades públicas y morales, al igual que las personas físicas, no pudieran hacerse responsables de cuasi delitos o culpas no intencionales.

Naturalmente el tribunal guiándose por criterio tan estrecho, redujo el campo de investigación de la responsabilidad del municipio demandado a límites dentro de los cuales, por la misma naturaleza de los hechos apuntados como dañosos, érale imposible ver claro si había o no culpa, y por ende la procedencia o improcedencia de una reparación.

2.5.2. La Corte Suprema de Justicia, en providencia del 23 de enero de 1995, con ponencia del doctor Carlos E. Mejía Escobar, dice:

A, condenado como inimputable a la medida de internamiento mínimo de 12 meses en establecimiento psiquiátrico según sentencia del Juzgado 45 Penal del Circuito de esta ciudad, confirmada por el Tribunal Superior respectivo por los delitos de homicidio consumado e imperfecto, ha solicitado reiteradamente que se le conceda su libertad, considerando que el tiempo descontado en la dedicación a actividades laborales, ha superado el lapso impuesto como privación de la libertad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En providencia de fecha 7 de diciembre inmediatamente anterior, la Sala negó la pretensión del procesado, por cuanto se hallaba pendiente la realización de un nuevo reconocimiento médico- psiquiátrico y el estudio de las condiciones

familiares que podrían facilitar su reincorporación social, lo que eventualmente permitiría derivar en la concesión del beneficio, o bien su continuación en el lugar de reclusión para garantizar el éxito del tratamiento al cual se le somete. La asesoría jurídica del Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, hizo llegar a esta Corporación el concepto rendido por la trabajadora social con relación a las condiciones familiares de A., consignando que “actualmente la esposa está trabajando donde una hermana, ganando el salario mínimo, se dialogó con ella, con su hermano... y con su hija ..., quienes manifestaron brindarle todo su apoyo tanto moral como social y económico, ya que es una familia muy unida, que comparten sus problemas y sus necesidades. Así mismo se comprometieron a rendir los informes necesarios que les exija el Juez 45 del Circuito y el Tribunal Superior de Bogotá, como también asume la vigilancia permanente del interno para que continúe con la asistencia Psicoterapéutica y no incurra en la ingestión de licor.”

Por su parte el Instituto de Medicina Legal, en dictamen que se ordenó por auto de fecha 8 de noviembre inmediatamente anterior, suscrito por la forense doctora ... concluye que “El Examinado A se encuentra en tratamiento farmacológico en la cárcel. Al examen lo encontramos orientado y consciente. Afecto modulado. Pensamiento lógico coherente sin contenidos delirantes. Verbaliza sentimientos de recuperación. Prospecta salir a trabajar. Presenta mejoría en la memoria. Tiene aceptable capacidad de introspección y conserva el juicio de realidad. Todo lo anterior nos permite inferir que no constituye un peligro para sí mismo y para la comunidad. Dado el antecedente de hipertensión arterial se recomienda que continúe en tratamiento ambulatorio en la consulta externa de un hospital. Debe tener prohibición total de la ingestión de bebidas alcohólicas y control psiquiátrico ambulatorio, el cual puede restringirse a una vez por semestre.”

A se encuentra privado de su libertad desde el 28 de julio de 1991, lo que equivale a un tiempo de privación de libertad de cuarenta y un (41) meses y veintidós (22) días. Empero, por tratarse de inimputable, su liberación o la sustitución de la medida de la seguridad depende de factores diferentes, relativos a la recuperación de su normalidad o el logro de unas condiciones de equilibrio que tornen factible su reintegración a la comunidad, sin riesgos graves para el afectado ni para su entorno social y familiar.

Cabe anotar que su proceso se halla actualmente en trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado, es decir, así no alcanza firmeza y por lo mismo la Corte no puede suspender condicionalmente la medida de seguridad impuesta. Tampoco sustituirla y menos

declarar su extinción, cuya competencia radica exclusivamente en el juez de ejecución de penas.

Empero, como se hallan acreditados en esta oportunidad todos los requisitos para la suspensión condicional de la medida de seguridad a la que viene siendo sometido, la Corte encuentra viable su solicitud reiterada, es decir, su liberación pero por vía provisional, pues la libertad vigilada a que alude el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal, se halla consagrada exclusivamente para inimputables por trastorno mental permanente que no es el caso del aquí procesado.

Ante la ausencia de norma específica que permita a la Corte ordenar la liberación provisional de inimputables en el curso del proceso, la Sala debe dar aplicación al numeral 2, inciso 4 del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que le otorga competencia para ello.

En la forma como lo recomienda la forense y lo determina el artículo 98 del Código Penal, A estará sometido a la continuación del tratamiento farmacológico que actualmente recibe, controles ambulatorios y periódicos en un hospital oficial del lugar de residencia, evaluación psicológica semestral por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y se le impondrán como obligaciones, caución juratoria, el no concurrir a lugares donde se expendan bebidas embriagantes, presentarse cada quince días ante el agente del Ministerio Público del lugar, quien a su vez rendirá los informes pertinentes sobre la conducta del procesado, y en especial le queda prohibido consumir cualquier sustancia o bebida que pueda alterar su estado psicológico y emocional, entre otras, las que contengan cualquier grado alcohólico ...

2.5.3. En una sentencia de uno de los Tribunales del país se encuentran las siguientes consideraciones:

La segunda objeción -expresa el fallo acusado- se relaciona como se dijo, al hecho de haber adjudicado la hijuela del pasivo a un solo heredero.

El Tribunal comenta que todo partidario está obligado a formar hijuela de deudas y gastos; que así lo hizo en el presente juicio; que “en la práctica se acostumbra que uno o más de los herederos o el cónyuge superviviente se encarguen advirtiéndolo en la partición, y se les adjudica el lote de bienes destinados a tal pago”; que así se procedió en el caso de estos autos, adjudicándole a uno solo de los herederos la referida hijuela de deudas y gastos; que tal procedimiento lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte y que, por tanto, es legal lo resuelto por el partidario.

EL RECURSO

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia del Tribunal como violatoria, por vía directa, de los artículos 8, 1390, 1397, 1411 y 1416 del C.C., 13 de la Ley 153 de 1887 y 1142 del C.J., unos por aplicación indebida y otros por falta de aplicación.

Nota el censor que de los siete herederos del causante, cuatro de ellos estuvieron de acuerdo en que la hijuela de deudas y gastos se adjudicara al asignatario Enrique Duque, pero que los dos restantes (José María Duque y Ana Duque de Giraldo) manifestaron, por el contrario, su desacuerdo con esa determinación; que ese desacuerdo se pone de presente con el hecho de haber ellos objetado la participación oportunamente, entre o tras razones, por no haberse hecho la adjudicación a todos los herederos; que la costumbre, invocada por el sentenciador, en ningún caso tiene fuerza contra la ley y que sólo constituye derecho a falta de legislación positiva, cuando es general y conforme con la moral cristiana; que según el artículo 1411 del C.C. las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas; que de acuerdo con el artículo 1390 ibídem, las costas de la participación se cubren por todos los interesados en ella, también a prorrata; que en relación con los gastos del juicio se ha considerado aplicable el artículo 1142 del C.J., según el cual “salvo convenio entre las partes” los gastos comunes del juicio divisorio se distribuyen entre los condueños a prorrata de sus derechos en la comunidad.

Existen, pues, respecto de deudas hereditarias y de gastos, normas legales acerca de su división entre los herederos, dice el censor, quien además observa que para que las deudas puedan dividirse en forma distinta a la prevista en el artículo 1411 del C.C., es necesario que así se haya acordado por todos los interesados; que, en consecuencia, estando previstos por la ley el modo de hacer la división de las deudas hereditarias y los gastos causados en el juicio de sucesión, no era pertinente aplicar la segunda de las objeciones propuestas; y que la aplicación de la costumbre, sin ser el caso, incidió en el quebranto directo de los artículos citados en el cargo.

2.5.4. El Consejo de Estado, en sentencia del 23 de octubre de 1997, con ponencia de la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas.

CONSIDERACIONES

En esencia, el actor solicita el reconocimiento y pago doble por el trabajo realizado en cada dominical y festivo, durante todo el tiempo de su vinculación a la empresa, como Ayudante Operador Subestaciones, en el Departamento,

Transmisión y Transformación (fl.33), desde el 10 de enero de 1984 hasta el 15 de junio de 1992, con los intereses compensatorios originados en las sumas dejadas de percibir.

Igualmente, solicita se le reconozca en dinero, los días a los que como descanso compensatorio tenía derecho y que nunca disfrutó.

Funda el demandante su petición en el art. 39 del decreto 1042 de 1978 que pide se aplique por analogía, dado que su expedición y por mandato de su artículo 107, se derogó la ley 57 de 1926 y por sustracción de materia, también su decreto reglamentario 222 de 1932.

En primer término, la sala dirá que como lo dijo el Tribunal, cuando no existe vacío normativo para el orden departamental y municipal, no son aplicables las disposiciones contenidas en el decreto 1042 de 1978, por que dicho estatuto fue expedido para regular las relaciones jurídico-laborales de los empleados públicos del orden nacional. La materia de remuneración de trabajo en días de descanso obligatorio para el orden departamental y municipal fue regulado por la ley 57 de 1926 y el decreto 222 de 1932, y no es cierto que al expedirse el decreto 1042 de 1978 se haya creado vacío jurídico, pues si este ordenamiento no era aplicable a las órdenes departamental y municipal, no tenía por qué dejar sin vigencia las normas que con anterioridad regían estos niveles.

Sin embargo, la sala hace las siguientes precisiones:

El artículo 3° del Decreto 222 de 1932 dispone:

“Los empleados de sueldo mensual ocupados en las empresas y obras nacionales, departamentales y municipales que debido a la índole del empleo que desempeñan tuvieren que trabajar los domingos o días de fiesta nacional o religiosa, tendrán derecho, a su elección a que se les conceda el descanso compensatorio o una indemnización igual a la treintava parte de su sueldo”

Otorga esta norma el derecho del empleado que habitualmente labora en dominicales y festivos, al pago de una indemnización igual a un día de salario por cada dominical o festivo laborado, o si así lo elige, a un día de descanso compensatorio. Es decir, que el empleado tiene derecho a escoger, entre la remuneración igual a un día de su salario o al descanso compensatorio.

Esta normatividad contrasta con lo que sobre el particular disponen las normas que regulan el trabajo habitual o permanente en día de descanso tanto para los servidores públicos del orden nacional como para los trabajadores privados.

En efecto, para los empleados públicos del orden nacional dispone el art.39 del Decreto 1042 de 1978:

“DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por

el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tengan derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos”.

Y para los privados prescriben los artículos 181,180 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo.

“Artículo 181. Descanso compensatorio. El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el art.180 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el caso de las treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley, el trabajador sólo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo”.

“Art.180. Trabajo excepcional. El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección en la forma prevista en el artículo anterior.

Para el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales prevista en el artículo 20 literal c) de esta ley, el trabajador sólo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo”.

“Art. 179. Remuneración. 1. El trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo de ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.

Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales prevista en el artículo 20 literal c) de esta ley”.

Lo anterior muestra como las normas que regulan la materia para los órdenes departamentales y municipales han caído en la obsolescencia frente a otras que regulan este sistema de remuneración para el resto de trabajadores, y ello

sin lugar a duda rompe con el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, sin que exista una razón distinta al olvido del legislador de proveer la normatividad respectiva, toda vez que si bien no puede sostenerse el derecho absoluto del trabajador a una remuneración igual aún en cargos similares en los distintos órdenes, si puede exigirse un trato semejante respecto a las condiciones generales que rigen el régimen salarial, como sería en este caso el régimen del descanso remunerado y de la remuneración del trabajo habitual en días de descanso obligatorio.

Sobre el derecho a la igualdad en las situaciones laborales, la Corte Constitucional en sentencia T-230 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz precisó:

“El principio de igualdad incluye la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas, así como el derecho subjetivo a ser tratado igual. Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador.”

En estas condiciones el artículo 3º del Decreto 222 de 1932 que es que ha venido aplicando la demandada para remunerar el trabajo en dominicales y festivos del demandante resulta contrario a la Constitución Política de 1991 y es deber del juez inaplicarla en el caso sub lite, conforme a lo ordenado por el art. 4 de la Carta.

Y como a falta del artículo 3 del Decreto 222 de 1932, surge un vacío normativo en cuanto a la remuneración del trabajo habitual en dominicales y festivos respecto de los servidores municipales, habrá de acudirse como lo pide el recurrente al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, por tratarse de la norma que para el orden nacional regula materia semejante, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 8º de la ley 153 de 1887.

La demandada en oficio de enero 24 de 1994 informa que el señor Ignacio Pérez Castrillón laboró en la empresa desde el 10 de enero de 1984 hasta el 15 de junio de 1992; que desempeñó sus labores con un horario de 12 horas de labor por 24 de descanso, y que cuando hubo dominicales o festivos se le pagaron en la forma establecida por el Decreto 222 de 1932.

Aparece probado por tanto que los dominicales y festivos laborados se le pagaron con un salario igual al que devengaba un día ordinario, es decir, que el tenor de lo dispuesto por el art. 39 del decreto 1042 de 1978 le debe la empresa el valor de un día de salario ordinario por cada dominical o festivo laborado.

En cuanto a días compensatorios no aparece probado que no se le hubieran

reconocido, por lo cual habrá de decirse que no probó el accionante que se le deban.

En este orden de ideas, habrá lugar a revocar la sentencia apelada y en su lugar se ordenará a las Empresas Públicas demandadas pagar al demandante a partir del 23 de Junio de 1989 y hasta el 15 de junio de 1992 el valor doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, según obre en las planillas y demás documentos de la empresa, descontando lo que por tal concepto ya hubiere pagado de conformidad con el artículo 3 del Decreto 222 de 1932.

Se ordena el pago a partir del 23 de junio de 1989, dada la prescripción trienal de las acciones que emanan de las leyes sociales y habida cuenta que la reclamación administrativa se presentó el 23 de junio de 1992.

2.5.5. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de julio de 1998, con ponencia del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll, dijo:

También es cierto, como se desprende del contenido de la providencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá, que en el ordenamiento no existe norma específica que atribuya competencia a determinada autoridad judicial para resolver los conflictos de competencia de la naturaleza de que se ocupa este pronunciamiento, pues los artículos 68-5 y 70-5 del Código de Procedimiento Penal que regulan la materia no se refieren a este caso particular y concreto.

De él tampoco se ocupan los artículos 18 y 114-3 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, como del mismo modo acontece con el artículo 69 del C. de P. Penal al establecer la competencia del Tribunal Nacional, omitiendo referirse a las colisiones de competencia que se presenten entre los juzgados regionales.

Pero ello en manera alguna indica que el caso en estudio carezca de solución, o que no exista autoridad jurisdiccional encargada de resolverlo, para suponer que compete a la Corte pronunciarse al respecto como lo da a entender el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá al disponer el envío del diligenciamiento a esta Corporación, toda vez que la competencia residual de que trata el artículo 17-3 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, asigna a la Corporación la función de dirimir los conflictos de la materia que se presenten en la jurisdicción ordinaria “que no correspondan a alguna de sus Salas o a otra autoridad judicial” pues no es precisamente este el caso presente.

La controversia al respecto resulta planteada con ocasión de la defectuosa técnica legislativa en torno al tema, debido a la supuesta necesidad de comprender

casuísticamente todas las eventualidades que al respecto pudieran presentarse, lo cual determinó que quedaran por fuera de regulación normativa aquellas que no por ser de poca ocurrencia, ameritan excluirlas del tratamiento legal.

Recuérdese que el artículo 69 del decreto 409 de 1971, en desarrollo del principio general que orienta los conflictos de competencia, según el cual, deben resolverse por el superior funcional común a los funcionarios enfrentados, estableció que una vez propuesta la colisión, si el juez o magistrado destinatario de la misma no la acepta, “dará cuenta al juez o tribunal inmediatamente superior” para que la decida, regulación que se mantuvo en el artículo 97 del decreto 5º de 1987.

Este principio, si bien no ha sido desconocido por el posterior ordenamiento procesal que ahora rige, no fue afortunado en su desarrollo toda vez que en lugar de referirse a él como precepto orientador, infructuosamente se acudió al expediente de tratar de comprender expresamente todas las posibilidades de controversia judicial.

Téngase en cuenta, al respecto, que al establecer la competencia funcional de la Corte Suprema, el artículo 68-5 señaló que le corresponde conocer “de los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales y juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República”. Y, al señalar los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores, omitió considerar el punto de los conflictos que podían presentarse entre los juzgados penales del circuito con los juzgados penales municipales radicados en un circuito distinto, o entre juzgados municipales de diversos circuitos, pero todos dentro del mismo Distrito Judicial, pues se partió de establecer que las colisiones solamente habrían de suscitarse “entre jueces del circuito del mismo distrito”.

Esta misma omisión se presentó en el tema de la competencia del Tribunal Nacional, ya que al señalar el artículo 69 los asuntos de que conoce esa Corporación, no incluyó los conflictos que podrían ofrecerse entre juzgados regionales. Sin embargo, al plantearse a la Corte la solución de un conflicto de competencias presentado entre dos o más juzgados regionales, se pronunció de la manera siguiente, acudiendo al principio general de que se ha venido hablando.

“... es manifiesto el vacío legislativo del cual adolece el nuevo Estatuto Procesal, puesto que no atribuyó expresamente la solución de los conflictos de competencia que pueden surgir entre Juzgados Regionales, ni al Tribunal Nacional, ni a la Corte Suprema de Justicia.

“La falencia procedimental obedece a que en el momento de crearse la juris-

dicción de orden público, no se establecieron normas específicas que regularan los conflictos de competencia, sino que la normatividad especial hizo remisión, para tales efectos, a las disposiciones procesales comunes. En consecuencia, nunca ha existido una disposición que atribuya expresamente al Tribunal Nacional (Tribunal de Orden Público) la solución de las colisiones de competencia de los despachos que le están subordinados.

“No obstante, lo anterior no implica que no exista una autoridad a la cual le corresponda resolver un enfrentamiento judicial como el que se ha planteado en este caso. Ya para determinarla, basta recordar el orden jerárquico y la especialidad de las llamadas jurisdicciones, para concluir, como ocurre con cualquier asunto que deba resolverse en segunda instancia, que el Tribunal Nacional es la autoridad judicial jerárquicamente superior, común a los juzgados regionales trabados en conflicto. Por lo tanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se abstendrá de decidir este incidente, y en su lugar remitirá la actuación al citado Tribunal, para que proceda de conformidad (Auto Feb. 15-93, M.P. Dr. Saavedra Rojas).

Este mismo principio, fue considerado por la Corte al resolver una controversia suscitada entre un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá, y un Juzgado Penal del Circuito de Gachetá (Cundinamarca), al precisarse que no por carecer de solución legal expresa, ello significaba que no quedara cubierta por el ordenamiento vigente o hubiera ausencia de autoridad encargada de resolverla (Cfr. Auto marzo 29/96 M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

2. La solución que el caso concreta amerita:

No empecé el vacío legislativo que se advierte en realidad existe, es un despropósito sostener la ausencia de una autoridad jurisdiccional llamada a resolver el conflicto presentado, y que en tal medida corresponde hacerlo a esta Corporación, como erradamente lo estima el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá. En primer lugar, por cuanto, tal como está configurada la estructura del aparato jurisdiccional, hay una autoridad funcional y jerárquicamente superior a los jueces enfrentados, que por razón de la naturaleza del asunto y la especialidad de sus funciones, es la llamada a pronunciarse; y, en segundo término, porque esa misma razón excluye la posibilidad de acudir al precepto que, sobre competencia residual asignada a la Corte, contiene el artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Si se parte de reconocer vigente el principio general que orienta la materia, el cual indica que los conflictos de competencias deben ser resueltos por el superior común a los funcionarios enfrentados, y tratándose, en este caso, de una

controversia sobre el territorio donde fue cometido el ilícito –el cual determina la competencia-, suscitada entre dos juzgados promiscuos municipales de distinto circuito judicial, pero pertenecientes al Distrito Judicial de Cundinamarca, ha de necesariamente concluirse que es este Tribunal, por la autoridad funcional y jerárquicamente superior a los funcionarios trabados en conflicto, al que compete dirimirlo. En esta medida, la Sala se abstendrá de pronunciarse y, en su lugar, remitirá el diligenciamiento a dicha Corporación para que proceda en consecuencia.

CAPÍTULO TERCERO

Los métodos de interpretación

3.1. El método en la investigación jurídica

3.1.1. La naturaleza ontológica del Derecho

En el proceso de creación del Derecho, hay dos concepciones diametralmente opuestas en lo que a la naturaleza ontológica de éste se refiere: La idealista y la sociológica.

La concepción idealista parte de la base de que el derecho positivo está conformado por un conjunto de normas deducidas de principios de carácter universal y abstracto, nacidos de la participación de la razón humana en el orden divino (Jusnaturalismo teológico), o de la abstracción que hace la razón de la naturaleza esencial de los seres que constituyen el objeto del Derecho (Jusnaturalismo racionalista), o de principios generales inducidos del ordenamiento jurídico (Positivismo jurídico). Una concepción del Jusnaturalismo racionalista puede considerar, por ejemplo, que la esencia del ser humano es la libertad, por lo que el orden jurídico debe consagrar como derechos fundamentales todas las manifestaciones que permitan realizar esta vocación libertaria: libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de cultos, libertad de comercio, libertad de locomoción, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad, la libertad de asociación, y cualquiera otra forma en que la libertad se pueda explicitar.

En esta concepción el orden jurídico se legitima y se valida a sí mismo. Una norma debe ser acatada no sólo cuando sea expedida por quien tiene competencia para formularla, y con el cumplimiento de los requisitos exi-

gidos para ello, sino que requiere además que coincida con los principios universales que están en la base de dicho ordenamiento, y con las normas de jerarquía superior.

En las corrientes sociológicas el Derecho es, por el contrario, un conjunto de hipótesis normativas inducidas de la realidad empírica, encaminadas a alcanzar los fines políticos que persigue un Estado en un momento histórico determinado, cuya legitimación se funda en que dichos fines correspondan a las aspiraciones reales de la sociedad que pretende regular, y en la eficacia que tengan para alcanzarlos.

En esta concepción el Derecho es un instrumento para alcanzar fines, los cuales constituyen el contenido de las Constituciones Políticas de los Estados. Garantizar la salud de los asociados, dar educación básica gratuita a los menores, dotar a todas las familias colombianas de una vivienda digna, etc., son metas programáticas a cuyo logro se debe orientar un Estado durante un período largo.

Pero estas son metas de llegada y no de partida. Por ejemplo, en la Constitución de 1886 se estableció el derecho de los colombianos a tener educación primaria gratuita, y sólo un siglo después nos estábamos aproximando a dicha meta. Ojalá que para el próximo siglo todos los colombianos tengamos un sistema de salud que nos proteja, que todos podamos acceder a la educación básica, y que todos tengamos una vivienda digna. Para llegar a esa meta es necesario que el Estado por medio de leyes y actos administrativos vaya estableciendo metas parciales, de acuerdo con las necesidades más urgentes, los recursos disponibles, y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que las metas se deban alcanzar. El Derecho solo se legitima en la medida en que esté enraizado en la problemática social.

3.1.2. El Método en las corrientes idealistas y en las sociológicas

En el proceso de aplicación de las normas, es decir, en el Derecho como ciencia aplicada, se pone de presente esta distinta concepción sobre el origen del mismo. En efecto, toda ciencia define su método en función de la naturaleza de su objeto de conocimiento. En la investigación jurídica éste está integrado por las fuentes formales del Derecho, las cuales son postulados que se explicitan en palabras, y que representan mandatos de deber ser. Por consiguiente, el método de aproximación a ellas se debe encaminar a desentrañar el signi-

ficado del texto legal, y el alcance de los mandatos. Tal método constituye la hermenéutica jurídica.

Pero siendo la naturaleza de las normas distinta en las corrientes idealistas y en las sociológicas, la forma de interpretar las normas varía sustancialmente. En las primeras la norma que se va a aplicar al caso concreto se interpreta al interior del ordenamiento jurídico, mientras que en las segundas la norma se interpreta en función de la realidad social. Sobre este punto dice el profesor español Elías Díaz:

Cabría diferenciar a lo largo de toda la Historia del Derecho y del pensamiento jurídico, claramente sobre todo desde Roma, dos tipos fundamentales de aproximación metodológica al tema de la investigación-interpretación y aplicación-realización del Derecho: uno, en el que predomina el análisis interno de la norma, investigación preferentemente lógico-formal, buscando deducir desde esa norma de carácter general, la conclusión aplicable al caso concreto; otro, en el que predomina una perspectiva en cierto modo exterior a la norma: aquélla de los intereses, los fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta un determinado sistema jurídico. En el primer supuesto, lo decisivo es el respeto a la norma y a su aplicación estricta a través de un procedimiento lógico de carácter silogístico deductivo; en el segundo, lo decisivo es la toma en consideración de esos intereses, fines y valores que se ponen de manifiesto por el intérprete y aplicador del Derecho en relación con cada caso concreto de la vida real.

Puede decirse que estas dos grandes tendencias metodológicas se han manifestado siempre, de modo más o menos claro y coherente, en la historia de la interpretación y aplicación del Derecho. Ha sido, sin embargo, en los siglos xix y xx (preferentemente en la segunda mitad del siglo pasado y en los comienzos del actual) cuando se marca el momento álgido de la polémica entre los métodos jurídicos, formalistas y conceptualistas por un lado, finalistas y realistas por el otro¹¹.

Estos dos sistemas metodológicos mencionados por el profesor Díaz, corresponden precisamente a las dos concepciones del Derecho que acabamos de mencionar: la idealista y la sociológica. En la primera concepción el Derecho es autárquico, pues no sólo se fundamenta a sí mismo, sino que su alcance y contenido se define en su interior; en la segunda el Derecho nace por el contrario de la realidad social, y se interpreta con relación a ella. Para

¹¹ DÍAZ, Elías. Sociología y Filosofía del Derecho. Madrid, Taurus Ediciones, 1884, pág. 106.

desentrañar el contenido del Derecho en la primera concepción se puede hacer con base en la voluntad de quien expidió la norma, lo que constituye el Método Exegético, o al interior de una institución construida teóricamente a partir de la misma normatividad, lo que constituye el Método Sistemático. Para desentrañarlo en la segunda concepción, hay que abrir la norma a la realidad social que busca regular; es el Método Sociológico. Vamos a analizar cada uno de estos tres métodos.

3.2. El método exegético

3.2.1. Concepto

El método exegético parte de la concepción filosófica de que el contenido de la norma depende de la voluntad del legislador, a quien, dentro de la división de funciones entre las distintas ramas del poder público, le ha sido asignada la labor de regular las actuaciones de los asociados.

Su origen se remonta a los glosadores del derecho romano, quienes consideraban que las leyes debían interpretarse según sus propias palabras. Su iniciador, Irnerio (año 1100 d.c.), se dedicó a comentar el *Corpus Juris* de Justiniano anotando breves comentarios entre líneas, que tenían por objeto explicar cada palabra y cada párrafo.

Con la caída del imperio romano, el método exegético encontró su razón de ser en la concepción divina del monarca, que no permitía el cuestionamiento sobre las leyes expedidas por él. Los ideólogos de la revolución francesa trasladaron la misma concepción al pueblo soberano, que se expresaba a través del cuerpo legislativo.

En desarrollo de las ideas expresadas, concluyen los exégetas que quien tiene el poder formula la norma, y a nadie le está dado variar su contenido. La misión del intérprete, en consecuencia, es solo la de “desentrañar el espíritu del legislador”, contenido en el texto legal. Para ello, debe el intérprete comprender el significado de los términos que utilizó el legislador para expresar la norma, procedimiento éste que constituye la razón de su nombre.

A partir del supuesto de que el legislador es omnisciente, la exégesis considera su obra perfecta, y en consecuencia, lo que el legislador diga, dicho está, y lo que calle, callado está. Tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable, por cuanto el legislador sabe lo que hace y nunca se equivoca.

Adicionalmente, no existe controversia jurídica que no pueda resolver-

se acudiendo a los textos legales, y la solución que surja de ellos será siempre justa. De ahí que el juez debe someterse siempre a los textos legales, y su función sea concebida como mera aplicación de la ley.

Para desentrañar el espíritu del legislador, los exégetas se aproximan al conocimiento de la norma utilizando diversas técnicas, lo que implica que en muchos casos lleguen a conclusiones disímiles: Puede el exégeta interpretar la norma a través del análisis semántico de las palabras, o de su significado gramatical y lógico, o acudiendo a la historia fidedigna de su expedición. Cada una de estas técnicas, que algunos autores identifican como métodos de interpretación, se presenta a continuación, agrupándolas por la naturaleza de los instrumentos que utilizan.

3.2.2. Las técnicas en el método exegético

3.2.2.1. *Análisis semántico.* El análisis semántico implica que el jurista se aproxima al conocimiento de la norma a través del análisis del significado de las palabras en que está formulada, y mediante la aplicación de los siguientes principios, establecidos en los artículos 24, 28 y 29 de nuestro Código Civil:

- Toda palabra tiene valor exacto; nada hay ocioso en la ley, nada sobra.
- Toda omisión es intencionada.
- Cuando el legislador haya definido algún término, se deberá estar a dicha definición.
- Cuando el tenor literal de las palabras sea claro, no se podrá desatender éste so pretexto de interpretar su espíritu.

Ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de marzo de 1960, con ponencia del Magistrado Mario Alario Di Filippo, dijo:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, de 26 de Julio de 1966, que reforma la del Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, de 17 de marzo de 1965, en el proceso seguido contra..... y otros por los delitos de contrabando, se interpuso el recurso extraordinario de casación por 14 de los procesados y sus apoderados, recurso que fue concedido.

En el término del traslado a las diversas partes recurrentes para que formularan la demanda de casación, el Dr... como defensor del procesado..., el Doctor..., como apoderado de..., solicitaron que se declarara la prescripción de la acción

penal, “en razón de que han transcurrido más de ocho (8) años desde la comisión de los hechos, y éste es el máximo de la sanción prevista por las leyes aduaneras”. La Corte, en providencia de 9 de diciembre último, ordenó que se diera traslado de las solicitudes sobre prescripción al Agente del Ministerio Público, para los fines indicados en el artículo 153 del C. de P.P.

El Procurador Primero Delegado Penal, al conceptuar, “concluye que la acción penal no puede proseguir en este proceso por prescripción”. Por ser la vista fiscal un cuidadoso estudio del fenómeno de la prescripción, la Sala se referirá a ella a medida que lo considere necesario.

(...)

CONSIDERA LA CORTE:

a. Como acertadamente dice el Tribunal Superior de Aduanas, se configuran, en el caso materia de autos, los delitos de contrabando de que tratan las disposiciones legales por él citadas en la narración de los hechos en la modalidad de agotado o consumado el de importación; en la modalidad de tentado o imperfecto, el de exportación, “como quiera que se trajeron al país mercancías extranjeras en contravención a la ley y se intentó sacar de él mercancías nacionales sujetas al control aduanero y al pago de derechos de exportación, sin cumplir los requisitos que señala la ley”.

b. La norma que sanciona los delitos investigados es la contenida en el artículo 18 del Decreto 188 de 1958, conforme a la cual el contrabando se sancionará “de tres a ocho años de prisión, si la cuantía es de cinco mil pesos o más”, norma vigente al tiempo de los hechos, actualmente derogada por el decreto 1821 de 1964, estatuto que sin embargo ratificó dicha penalidad al disponer que la sanción se señala en “prisión de dos a ocho años si la cuantía es o excede de cincuenta mil pesos” (artículos 6 y 59), lo que significa obviamente que en lo que atañe al máximo de la pena imponible por contrabando no hubo modificación, pues en ambas disposiciones es de ocho años, máximo que debe tenerse en cuenta para los efectos de la prescripción”.

c. Como lo consideró con acierto el Tribunal de Aduanas, los hechos materia del proceso configuran un concurso material o real de delitos, punible conforme al artículo 33 del C. P., por cuanto hubo pluralidad de hechos criminosos, autónomos en su objetividad material y jurídica, cometidos simultáneamente. Según el artículo 105 del C.P., la acción penal prescribirá “... En un igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte”.

Puntualizando el sentido y alcance de esta disposición, ha dicho esta Corporación: “Para saber si una acción penal no puede ya proseguirse por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es preciso averiguar lo siguiente: 1) qué pena máxima le corresponde al delito, y 2) cuándo se consumó -si es instantáneo-, o se verificó el último acto, si es continuo o permanente.

“La palabra respectiva, usada por el artículo 105 del C.P. que regula la prescripción de la acción penal, se deriva de respecto, que quiere decir relación de una cosa con otra. Luego, en buena lógica, hay que entender que en cada caso es preciso consultar el texto legal que determina la pena y cuando son ellas diversas por ser también varios los hechos delictuosos, hay que independizarlas”. (Auto 3 de mayo de 1955, lxxx, 497).

e. En lo que respecta a la prescripción de la acción penal originada en un concurso real o formal de delitos, ha dicho esta misma Corporación que no debe tomarse en cuenta la norma del artículo 33 del C.P., porque “este artículo se refiere a la pena imponible, a una posibilidad que toma forma o se evidencia solo en el fallo, mientras que la prescripción parte del supuesto de una pena ya acordada, que es la que contempla el respectivo artículo del Código” (Auto, 3 de mayo de 1955, lxxx, 497). Lo que significa que en caso de concurso los delitos prescriben separadamente.

Conforme a lo expuesto, como los hechos delictivos ocurrieron el 7 de noviembre de 1961, y hasta la fecha han transcurrido más de ocho años, lapso señalado para la prescripción del delito de contrabando, de acuerdo con las voces del artículo 105 del C.P. y las disposiciones citadas sobre aduanas (artículo 18 del Decreto 188 de 1958 y el 60 del Decreto 121 de 1964), que fijan la pena imponible de un máximo de ocho años, la acción penal ha prescrito. Según apunta el Agente del Ministerio Público, como las infracciones referidas ocurrieron en la fecha expresada, sin que con posterioridad se produjeran nuevos hechos configurativos de contrabando, la prescripción o el término señalado para la misma, no se ha interrumpido en ninguna forma.

(...)

h) Imponiéndose, pues, el fenómeno prescriptivo, la Sala carece de facultad legal para resolver, en el fondo, la acusación formulada contra el fallo recurrido. Por lo tanto, habrá de aplicar el precepto consagrado en el artículo 112 del C. P.

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Cuándo prescribe la acción penal en los casos de concurso real de delitos?

Tesis: En el máximo de la pena señalada para cada uno de los delitos en la respectiva disposición penal.

Fuente: Artículo 105 del C. Penal.

Método: Exegético.

Técnica: Análisis semántico. La Corte determina el alcance de la norma reduciendo su análisis a su texto literal, y específicamente analizando el significado de la palabra “respectiva”.

3.2.2.2. *Análisis gramatical y lógico.* Los análisis gramatical y lógico son técnicas que utilizan los exégetas considerando no el tenor de las palabras, sino la estructura general de la norma, o de las distintas oraciones que la integran.

El análisis gramatical hace referencia al estudio de la estructura de la oración que integra la norma, en cuanto sujeto, verbo rector y predicado, con todos sus complementos. Con base en esta estructura, por ejemplo, puede el jurista concluir sobre quién es el destinatario de la norma y bajo qué condiciones la misma le es aplicable, como cuando se trata de un complemento especificativo o explicativo, en donde, en el primer caso, el complemento circunscribe el ámbito de aplicación de la norma al sujeto de la proposición, mientras que en el segundo el complemento solo cumple la función de darle claridad a éste.

El análisis lógico permite ampliar o restringir el alcance de una norma, de acuerdo con su naturaleza. Así, por ejemplo, se establece que en las enumeraciones meramente enunciativas la interpretación de la norma debe hacerse extensiva para incluir otros casos que quedan comprendidos en el postulado general de la norma, aún cuando no se encuentren en las enunciaciões; y que las normas que implican excepciones o prohibiciones deben ser de interpretación restrictiva, por cuanto van en contra de lo que suele ocurrir normalmente.

También en este tipo de análisis se aplican ciertos principios lógicos que ayudan a desentrañar la voluntad del legislador, como son los siguientes:

- *A Contrario Sensu:* De acuerdo con este principio, si el legislador ha dispuesto algo para un hecho, se concluye que la norma no puede cobijar los hechos contrarios, como cuando en ella se dice que la mayoría de edad es a los 18 años, y en consecuencia los menores de 18 años no son mayores de edad.

- No se debe distinguir donde la ley no distingue. De conformidad con este principio, el supuesto normativo no puede ser ampliado a casos no previstos, para hacer distinciones en donde el legislador no las hace. Así, cuando se establece que “no habrá esclavos en Colombia”, no puede el intérprete hacer distinciones por razones de sexo, raza, nacionalidad u otras.
- El argumento *ad absurdum*: De acuerdo con este principio, deben rechazarse las interpretaciones que tengan consecuencias absurdas o inexactas, como cuando se pretende hacer extensivas normas de carácter territorial por fuera del ámbito que le corresponden.
- El argumento *a maiori ad minus*: Según este principio, si la ley autoriza lo más, implícitamente está autorizando lo menos, como cuando la Constitución Nacional autoriza al Presidente de la República para que cree empleos, implícitamente lo está autorizando para que los suprima.

Ejemplo de análisis gramatical. La Corte Suprema de Justicia dijo en sentencia de noviembre 4 de 1970:

El artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar dice: “La Jurisdicción Penal Militar conoce: 2. De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior ...”. Se puede sustituir el participio “cometidos” por una oración de relativo y entonces el citado artículo 308 quedaría así: “La Jurisdicción Penal Militar conoce de los delitos que se cometen por militares...”, donde el “que” representa a un sujeto paciente, que corresponde a la significación transitiva del verbo cometer. “En tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior” son complementos circunstanciales que determinan la significación del predicado verbal “se cometen” (cometidos), denotando una circunstancia de tiempo. Se patentiza así la relación sintáctica u objetiva de carácter temporal que guarda el verbo “se cometen” y los dichos complementos, que es imposible gramaticalmente que determinen la inflexión verbal conoce, porque, como se ha dicho, en la sintaxis figurada hay libertad casi absoluta para la colocación de los complementos verbales, pero no hasta el extremo de que pueda destruirse o enervarse la relación sintáctica entre éstos y el verbo que modifican con la interposición de otros verbos que oscurezcan el sentido de la oración.

En conclusión, conforme al artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar la Jurisdicción Penal Militar conoce de los delitos establecidos en las leyes penales comunes y cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas.

IV. La Sala acoge el razonado estudio de los académicos de la lengua, y recoge en consecuencia la interpretación diferente que, por el aspecto gramatical, había dado al ordinal 2 del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, entre otros autos, en los de 14 de febrero y 22 de agosto de 1969, y 11 de septiembre de 1970. De conformidad con aquel concepto de autoridad, que la Corte adopta sin ninguna reserva, compete a la justicia castrense el conocimiento de los delitos previstos en el Código Penal ordinario y en las leyes que lo adicionan cometidos en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior por militares en servicio o por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, aunque la normalidad sea restablecida mientras se adelanta el proceso correspondiente.

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Es competente la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos cometidos por militares en servicio, o por civiles al servicio de las fuerzas militares, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior?

Tesis: Sí es competente.

Fuente: Artículo 308 del C. de J. P. M.

Método: Exegético.

Técnica: Análisis gramatical. La Corte desentraña el alcance del artículo 308 con base en el análisis gramatical realizado por los académicos de la lengua.

3.2.2.3. *Análisis histórico*¹². El análisis histórico es la técnica por la cual los exégetas se aproximan al conocimiento de la norma recogiendo la historia de su expedición, para colegir de ella la intención del legislador. En aplicación de esta técnica, el intérprete estudiará, por ejemplo, la exposición de motivos

12 NOTA: Esta técnica no tiene ninguna relación con la Escuela Histórica de Savigny, que corresponde más a las concepciones sociológicas del Derecho, por cuanto concibe a éste como una expresión de un “espíritu popular”, aunque posteriormente esta misma Escuela se orientó al análisis de los principios del Derecho Romano, dando origen a la jurisprudencia conceptual, de carácter abstracto, que corresponde a lo que aquí denominamos como método sistemático. Se puede consultar a este respecto el Capítulo sobre la Metodología de la Ciencia Jurídica del profesor español Elias Díaz atrás citado.

que acompaña el proyecto, las ponencias presentadas en las comisiones y plenarias de Senado y Cámara, y las actas de los debates, y realizará análisis comparativos de las normas anteriores con las que las sustituyeron. Ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia dijo en sentencia del octubre 29 de 1971, con ponencia del doctor Guillermo González Charry:

Primera. En materia de asignaciones para los congresistas, los preceptos vigentes antes de la reforma de 1968, estaban contenidos en los artículos 112 y 113 de la Carta, que decían: Artículo 112. Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretados por el Congreso se hará efectivo sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado.

Art. 113. La remuneración de los miembros del Congreso será fijada y reglamentada por la ley (art. 25 del acto legislativo número 1 de 1945). Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales no tendrán sueldo permanente, sino asignaciones diarias durante el término de las sesiones (art. 8 del plebiscito del 1 de diciembre de 1957).

Dos aspectos de nítida claridad resultaban de los textos transcritos, a saber: uno de carácter técnico, consistente en que la remuneración que la ley señalara debería serlo por sesiones y solo durante ellas, cualquiera fuera el período constitucional de los miembros del Congreso. Y otro, conforme al cual el aumento que se decretara en la vigencia de un período, no podría aplicarse o tener vigor, sino a partir del vencimiento del mismo, para que de aquél no se beneficiaran sus autores. Estos principios no se mantuvieron en la reforma de 1968, como pasa a verse:

El primer proyecto de reforma, presentado por el Gobierno, decía en su artículo 20:

El artículo 112 de la Constitución quedará así:

Los presidentes de cada cámara proveerán todos los empleos que para el servicio de las mismas haya creado la ley; mantendrán el orden interno imponiendo las sanciones reglamentarias; asegurarán la prestación de los servicios auxiliares y técnicos y dirigirán la policía interior. Como se ve, trátase de materia enteramente distinta a la del primitivo artículo 112, ya transcrito.

El artículo 21 del mismo proyecto decía:

El artículo 113 de la Constitución quedará así:

La remuneración de los miembros del Congreso será fijada y reglamentada por la ley. Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Congreso, se hará efectivo sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la legislatura en que hubiere sido votado.

Sobre esta artículo, la exposición de motivos del proyecto dice que “el artículo 113 que se propone, recoge el contenido de los artículos 112 y 113 (de la Carta vigente entonces) sin implicar ningún cambio”. Y en la ponencia para primer debate de éste, que se repite, es el primer proyecto, nada se dice en concreto sobre el tema sino que, en términos generales, se engloba en la proposición final de rutina que pide darle dicho debate (Historia de la reforma. Imprenta Nacional, 1969, páginas 50 y 105).

En la ponencia para segundo debate en el Senado, se dice lo siguiente:

5. Si la competencia del ejecutivo es ampliada y fortalecida en los ámbitos administrativos, financiero y de crisis económica, el Congreso es objeto, en el proyecto, de varias provisiones que, a más de tutelar la necesaria independencia de los congresales frente al Gobierno, robustecerán la institución legislativa en su poderes de control político. Helas aquí: b) Queda sustraídas por completo a la iniciativa del Gobierno todas las leyes relativas a los servicios administrativos y técnicos del Congreso y las referentes a la remuneración, asignaciones y estatutos de seguridad social de sus miembros.

El proyecto que entró para segundo debate no era, en el aspecto que se estudia, igual al presentado por el Gobierno, y cuyo texto ya se conoce. Sufrió modificaciones hasta el punto de que en el solo orden de la numeración el 21 (materia de la discusión) quedó convertido en el 31, que con el 29 vinieron a regular la situación en los siguientes términos:

Art. 20. La remuneración de los senadores y representantes se compondrá de un sueldo fijo y de gastos de representación por asistencia efectiva a las sesiones plenarias de las cámaras o de sus comisiones permanentes. Durante el receso del Congreso y de las comisiones, los miembros del Congreso no tendrán derecho a gastos de representación. La ley determinará el monto del sueldo anual y de los gastos de representación. Será igual la remuneración de los miembros del Congreso, los ministros del despacho, los magistrados de la Corte Constitucional de Casación, de los Consejeros de Estado, del Contralor General de la República y del Procurador General de la Nación.

Art. 31. El artículo 113 de la Constitución quedará así:

La remuneración, asignaciones y estatutos de seguridad social de los miembros del Congreso serán fijados y reglamentados solo por el legislador.

Es de anotarse que los dos artículos transcritos fueron los aprobados por el Congreso en la primera vuelta constitucional del primer proyecto de reforma, como consta en la publicación del Diario Oficial No. 32.347 de 1967, hecha por disposición del Gobierno consignada en el decreto 1734 del 21 de septiembre del mismo año.

Viene luego el que se llamó texto unificado de los tres proyectos de reforma constitucional, uno de los cuales es el que se viene comentado, presentado para la segunda vuelta, al cual pertenece el artículo 39, del siguiente tenor:

El artículo 113 de la Constitución Nacional quedará así:

Los miembros del Congreso tendrán, durante el período constitucional respectivo, el sueldo y los gastos de representación que determine la ley, los cuales no podrán ser pagados cuando, sin justa causa, no asistan a las sesiones de las comisiones y de las cámaras. Los presidentes de las cámaras, o de las comisiones en receso del Congreso, llamarán a los suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales. El régimen de prestaciones y de seguridad social de los miembros del Congreso, será determinado por la ley a iniciativa de éstos, pero no podrá ser superior al que se señale para los ministros del despacho (ob. cit. pag. 452).

En la ponencia para primer debate de este proyecto unificado, en la cual se incluye una resolución interpretativa de las atribuciones del Congreso sobre modificación de los textos objeto de la reforma (páginas 469 y 546), de 28 de septiembre de 1968, y luego de hacer constar que hubo acuerdo sobre el artículo 39 del proyecto, modificatorio del artículo 113 de la Carta, se dice respecto del mismo que la remuneración de los miembros del Congreso será anual, esto es, durante el período constitucional respectivo, y se agrega: Es la fórmula de la reforma constitucional de 1936, y deroga el actual artículo 112 de la Carta (se subraya). La explicación del texto y la derogatoria que implica, se hace así: Esta determinación, que fue iniciativa del Gobierno (sueldo anual), se tomó entre otras, por las siguientes razones: Extensión de las incompatibilidades (artículos 108 de la Carta y 34 del proyecto); aumento del número de sesiones (artículos 104 de la Carta y 33 del proyecto); obligación de asistir a las sesiones que se convoquen como consecuencia del estado de emergencia económica (artículo 122 de la Carta y 46 del proyecto); obligación de asistir a las sesiones extraordinarias que normalmente puede hacer el Presidente de la República (artículos 118, ord. 2, y 42 del proyecto); obligación de asistir a convocatoria del Gobierno, o por iniciativa propia, a las sesiones de la comisión especial permanente (artículos 72 de la Carta y 9, inciso 8); obligación de asistir a las sesiones extraordinarias de las comisiones, cuando el Gobierno las convoque para preparar proyectos de ley (artículos 72 de la Carta, y 9, inciso final), etc. El régimen de prestaciones y seguridad social de los miembros del Congreso será determinado por la ley a iniciativa de éstos, con la limitación de que no podrá ser superior al que se señale para los ministros (inciso final del artículo 9).

Por último, y luego de los debates reglamentarios el texto del artículo 36, refor-

matorio del 113 y derogatorio del 112, queda así:

Artículo 36. El artículo 113 de la Constitución Nacional quedará así:

Los miembros del Congreso tendrán, durante todo el período constitucional respectivo, el sueldo anual y los gastos de representación que determine la ley. Los presidentes de las cámaras o de las comisiones en receso del Congreso, llamarán a los suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales. El régimen de prestaciones de seguridad social de los miembros del Congreso, será determinado por la ley a iniciativa de éstos, pero no podrá ser superior al que se señale para los ministros del despacho (ob. cit. pág. 594). La historia anterior trae plena luz a la Corte sobre las siguientes conclusiones, respecto del primer punto examinado:

4. Fue esencial en la reforma el cambio del sistema de remuneración que, por asistencia diaria, como los prescribió el plebiscito del 1 de diciembre de 1957, se convirtió en permanente, o lo que para el caso es lo mismo, en anual, atendiendo que el actual período de los miembros del Congreso es de cuatro años (artículos 95 y 101). El sentido de este cambio no es otro que el de otorgar derecho a los miembros del Congreso a recibir durante el período constitucional respectivo, una remuneración anual integrada por el sueldo y gastos de representación, avanzando así, por razones de conveniencia, hacia la profesionalización de la tarea parlamentaria.

5. El principio tradicional que se consignaba en el artículo 112 de la Carta modificada, consistente en que el aumento decretado solo debía regir a partir de la legislación siguiente, desapareció en la evolución sufrida por el proyecto entre su presentación inicial por el Gobierno y su aprobación dentro del texto unificado. No solo resulta así de las exposiciones y ponencias, sino de una simple interpretación de sentido común, pues no se entendería una metamorfosis constitucional tan complicada como la que sufrió la reforma, para llegar en el punto de estudio, a una fórmula igual a la antigua (artículo 112) pero redactada en términos completamente distintos. El hecho que la remuneración sea anual, según la norma, y se pague durante todo el período constitucional respectivo, lleva a la conclusión de que decretada dentro de un período en curso, entra en vigor para el mismo o para lo que falte de él, aunque ya no pueda modificarse con efectos para el mismo período. Si otra hubiera sido la intención del constituyente, bien hubiera podido mantener, como parte del texto, lo propuesto por el Gobierno inicialmente, que era solo la reproducción de los términos precisos y diáfanos del viejo artículo 112 de la Carta.

No lo hizo así y la Corte no puede hacer decir a los preceptos lo que de por sí no dicen ni resulta de su naturaleza o espíritu.

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Pueden disponerse incrementos en la remuneración de los congresistas con efectividad para el mismo período en que se decretan?

Tesis: Sí se pueden disponer aumentos con efectividad desde el período en que se decretan.

Fuente: Artículo 113 de la Constitución Nacional.

Método: Exegético.

Técnica: Análisis histórico. La Corte, a partir del análisis de la evolución de la norma, y de los debates adelantados durante su modificación, llega a la conclusión de que si es viable que se decreten aumentos con efectos durante el mismo período en que se disponen.

3.3. Método sistemático

3.3.1. Concepto

El método sistemático parte de la concepción filosófica según la cual el derecho constituye un sistema, y solamente bajo la perspectiva de entenderlo como tal puede el jurista aproximarse a su conocimiento, de tal manera que la norma debe ser comprendida como una parte de ese sistema, y debe ser interpretada, para aplicarla a los casos concretos, teniendo en cuenta su funcionalidad dentro del mismo.

Lo sistemático, como concepto filosófico, aparece como correlativo, a la vez que supuesto, de toda verdad científica en la filosofía de Hegel. Así, dentro de esta concepción, no es posible perder de vista la totalidad, ya que lo general se expresa en lo particular o, lo que es lo mismo, el todo se contiene y se expresa como referencia obligada en la parte.

De acuerdo con esta concepción de la verdad, la certeza científica dentro de cualquier orden de conocimientos como reflejo de una región del ser solo es posible por y mediante el sistema, que nos indica un conjunto de ideas caracterizadas tanto por su coherencia interna y vinculación, como por su referencia a la totalidad. De esta manera, nada es aislado, por cuanto todo está en conexión con todo. Si esto es así, entonces la parte solo adquiere sentido en relación con el todo.

La misma concepción filosófica es adoptada por Kelsen con respecto a la comprensión del derecho, pues piensa él que éste debe ser comprendido como un sistema si quiere ser pensado científicamente.

Si bien el pensamiento de Kelsen no está elaborado a propósito de la interpretación del derecho, puede considerarse como su fundamento teórico, por cuanto la comprensión del mismo como un sistema tiene como consecuencia su interpretación sistemática. Así dice al respecto Kelsen que “el derecho no es, como a veces se cree, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos en un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada.¹³”

Es, pues, esta concepción del derecho como un orden de la conducta humana cuya forma es un sistema cerrado, lo que constituye el fundamento teórico del método sistemático. Es por lo tanto a partir de esta idea del derecho de donde podemos extraer los procedimientos y la técnica para lograr la interpretación de una norma.

Nuestra legislación acoge el método sistemático cuando el artículo 30 del Código Civil dice: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

“Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.”

Más adelante el mismo Código Civil en su artículo 32 agrega: “En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación.”

Bajo los presupuestos indicados, la interpretación sistemática, al aproximarse a la fuente formal en función de la institución jurídica de la cual forma parte, supone en primer término la tipificación de la institución a la cual pertenece la fuente. Una vez integrada aquélla, se interpreta ésta en función de ella, de tal manera que al establecer el alcance de la misma, se incorporan en ella los elementos de la institución de la cual forma parte. Ello supone que al interpretar la fuente formal, es necesario tener en cuenta no solo los elementos explícitos en ella, sino también los implícitos que derivan de insertar la fuente dentro de la institución a la cual pertenece.

¹³ KELSLEN, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado. Traducción de García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1958, pág. 30.

Ese todo puede conformarse de tres maneras diferentes, de donde nacen las distintas técnicas que se utilizan en este método: a) Integración de la institución con base en el precepto constitucional del cual se deriva; b) o en el objeto a que se refiere la división formal del ordenamiento jurídico en la cual se encuentra inserta; c) o en el principio general que se construye a partir de las normas que se refieren a él. Vamos a analizar por separado cada una de ellas.

3.3.2. Las técnicas en el método sistemático

3.3.2.1. Integración de la institución a través del precepto constitucional. Veamos el siguiente ejemplo. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de agosto de 1996, con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía, dijo:

No es un problema de poca monta el que se plantea a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con la solicitud que al unísono presentan defensor y sindicado para que este último sea remitido desde su lugar de reclusión a fin de participar en la práctica de todas las pruebas.

La petición así planteada se resolverá negativamente con fundamento en las siguientes precisiones:

1. El legislador nacional históricamente ha reconocido al procesado facultades para su defensa, las que ha especificado unas veces y en otras ha generalizado, así: El Decreto 409 de 1971, señala en su artículo 116 bajo la nominación de “facultades del procesado en su defensa”, que “los procesados pueden, sin necesidad de apoderado, solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos, desistir de los mismos, solicitar la excarcelación, la condena y libertad condicionales, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que autorice la ley”, detallando de tal manera todas las actuaciones en las que podía participar.

Posteriormente el Decreto 0050 de 1987, varió la fórmula para consagrar en el artículo 126, nominado de la misma forma que el atrás citado, que “el procesado para los fines de su defensa, tiene los mismos derechos de su defensor, excepto sustentar los recursos de casación y de revisión, si no fuere abogado titulado”, generalizando así la actividad que el sujeto pasivo de la acción penal puede tener dentro de la actuación, aunque privilegió la defensa técnica al afirmar que “cuando existan pretensiones contradictorias entre el procesado y su defensor, prevalecerán estas últimas”.

Finalmente, el Decreto 2700 de 1991, consagró en el artículo 137, bajo la nomi-

nación “facultades del sindicado” que “para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de Casación” manteniendo la preferencia por las solicitudes de este último al señalar que ante la existencia de “peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas”.

2. Se tiene entonces que las reglas sobre la participación del sindicado dentro del proceso penal han pasado desde la especificidad del Decreto 409 de 1971 a la generalidad que consagra el actual Código de Procedimiento Penal, donde se le otorgan al sujeto pasivo de la acción penal del Estado, para efectos de su defensa, los mismos derechos que a su defensor.

La fórmula de redacción del artículo 137 del actual Código de Procedimiento, que no ofrece ninguna dificultad en tratándose de sindicados no privados de la libertad, encuentra serios reparos de ejecución cuando se trata de procesados contra los que pesa alguna medida restrictiva de su derecho fundamental a la libertad, como es el caso del Representante...

En efecto, una interpretación exegética con fundamento en la técnica gramatical de la norma en comento llevaría a concluir que la petición del sindicado ... debería ser despachada favorablemente, pues al fin y al cabo la norma le señala al procesado los mismos derechos de su defensor, y éste se halla en posibilidad de asistir a la práctica de las diligencias probatorias que se lleven a efecto. Empero, una interpretación basada en tal método y técnica deviene en irracional e inconstitucional, por desnaturalizar la esencia del proceso penal y los fines primordiales del Estado en cuanto hace a la administración de justicia.

(...)

4. En contrario a la interpretación exegética de la norma de la que parten sindicado y defensor para solicitar el traslado desde el lugar de reclusión de aquel para la práctica de las pruebas, una interpretación sistemática actualiza plenamente el precepto y lo integra como elemento de valiosa utilidad en desarrollo del derecho fundamental al debido proceso.

Partiendo de la definición del derecho fundamental al debido proceso, como la institución a la que debe integrarse la norma cuya interpretación se persigue, las facultades del sindicado para su defensa otorgada en el artículo 137 deben entenderse que tienen como efecto útil garantizar su derecho de defensa.

La Constitución Política privilegia la defensa técnica frente a la autodefensa del sindicado, al otorgar como derecho al procesado el de nombrar un abogado que lo represente y establecer como obligación para el Estado el designarle uno de oficio, cuando aquel no quiera o no pueda postular un profesional que lo

represente, derecho deber que se explica además en el carácter técnico del proceso penal colombiano, dentro del cual es condición sine-qua-non la presencia de un abogado como representante legal del sindicado, para que el proceso sea considerado válido.

Ya sea que se concluya como Bentham que “en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades, es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión para restablecer la igualdad entre las partes respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición del imputado”, o como Gimeno Sendra que el ejercicio de la institución de la defensa penal tiene un carácter dual que integran la defensa privada o material y la pública o formal, es lo cierto que el procedimiento penal colombiano privilegia la presencia del defensor letrado por encima incluso de la del propio sindicado, pues resulta perfectamente probable adelantar un sumario o concluir un juicio sin la presencia física del procesado, pero nunca podrán finiquitarse tales etapas procesales en ausencia de un defensor técnico.

El ejercicio del derecho de defensa que la Constitución y la ley le reconocen al sindicado, no se menoscaba por la restricción a su libertad que deriva de la imposición de una medida de aseguramiento, pues son múltiples los instrumentos que las reglas de procedimiento ofrecen al encartado para defenderse. Nótese al efecto: La audiencia Pública, actuación procesal en la que es obligatoria su presencia, siempre que esté detenido, para que, primordialmente, pueda controvertir las pruebas que obran en su contra o relieves las que favorezcan su posición; la libertad que mantiene, aun estando detenido, de remitir escritos al Funcionario Judicial, ya sea para solicitar la práctica de pruebas, para contradecir las ya existentes o para simplemente dejar conocer su posición sobre determinado elemento probatorio; y la posibilidad de elevar peticiones a través de sus apoderados, titular o suplente, sin dejar pasar de vista el inalienable derecho que mantiene de evaluar la gestión de sus defensores para determinar, si a su juicio, están o no defendiéndolo correctamente, pues en caso de una conclusión negativa tiene derecho a cambiarlos cuantas veces quiera.

Deviene de lo anterior concluir que la presencia física del procesado preso, en la práctica de las pruebas en la etapa del sumario no resulta evidentemente necesaria, tornándose obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la naturaleza de la prueba así lo aconseje o la ley expresamente lo contemple así; verbigracia, la indagatoria, el reconocimiento en fila de personas, en la etapa instructiva; o la audiencia pública, aunque esté detenido por cuenta de otro proceso.

La decisión política de la Carta Fundamental y el Código de procedimiento Penal de privilegiar la presencia del defensor técnico, encuentra actualización plena en tratándose de situaciones como la que enfrenta el peticionario ... que por su condición de detenido, tiene restringido su derecho fundamental de locomoción, sin que ello sea impedimento para ejercer su derecho de defensa a través de su abogado de confianza, o de uno de oficio si fuere el caso, o personalmente mediante la remisión de peticiones por correo, garantizándose de esa manera por el Estado colombiano el respeto al derecho fundamental al debido proceso y a los tratados internacionales suscritos por el país.

Por ejemplo, si lo que el sindicado quiere concretamente es conainterrogar los testigos, tal fin lo puede alcanzar a través de la natural comunicación que debe existir con sus defensores o directamente mediante la remisión de un escrito en el que anexe el cuestionario que desea que absuelva el testigo, eso sí señalando en concreto las razones del conainterrogatorio.

La posición que aquí adopta la Corte, en desarrollo de claros textos constitucionales y legales, es perfectamente conciliable con el ordinal 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se establece que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios para pagarlo”; así mismo con el ordinal 2º del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” cuando señala que “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

Nótese como los acápites de los actos internacionales citados, imponen la obligación de permitir al reo el ejercicio del derecho de defensa a través de dos medios: personalmente “o” por un defensor, por lo que la opción nacional de preferir en el ejercicio del derecho de defensa al defensor técnico resulta mayormente protectora del derecho fundamental del sindicado, habida cuenta del carácter eminentemente técnico del proceso penal.

Similar situación se plantea, desde la perspectiva del derecho comparado, si se observa en la Comunidad Europea la “convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales” que le impone a los

Estados comunitarios la obligación de permitirle al procesado “defenderse él mismo o tener la asistencia de un defensor de su elección o poder ser asistidos gratuitamente por un abogado de oficio”, por lo que la presencia de los abogados titular y suplente del sindicato ... no son como él lo señala “un subterfugio” para desconocerle el derecho fundamental a la defensa, sino al contrario los perfectos garantes de tal derecho por cuanto la ley los presume más aptos que a él para enfrentar los tecnicismos del proceso.

Tampoco puede perderse de vista, desde la perspectiva de los tratados internacionales, que el derecho a contrainterrogar, por ejemplo, como ejercicio del derecho de defensa se estructura sobre el esquema del juicio oral con intermediación de la prueba dentro de la audiencia, característica propia de los procedimientos acusatorios puros, pero en tratándose de un sistema mixto como el nacional, o inquisitivo como el que cobija al aquí procesado (Constitución Política, artículo 235-3), cuya etapa instructiva se desarrolla en diligencias no en audiencias, tal derecho no puede ser absoluto sino que debe hacerse compatible con este tipo de proceso.

En conclusión, el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal no acepta una lectura gramatical que lo desvincule del propósito para el cual sirve, garantía del debido proceso, ni entrega autorización alguna para disminuir los naturales rigores que una medida de aseguramiento conlleva, ordenando el traslado del detenido cada vez que haya de practicarse una prueba, a su favor o en su contra.

El derecho a la defensa del sindicato está debidamente garantizado mediante la probable participación de su defensor, de confianza o de oficio, en las diligencias probatorias; solo de esta manera se pueden conciliar los derechos de defensa, de celeridad del proceso, de eficacia y de eficiencia que componen, entre otros, el derecho fundamental al debido proceso y los principios de la administración de justicia, por lo que no se autorizarán las remisiones solicitadas y consecuentemente solo se le notificarán aquellas decisiones que la ley procesal ordena, debiéndose enterar de las demás por conducto de uno cualquiera de los abogados que lo representan.

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Tiene derecho el sindicato detenido a asistir a la práctica de todas las pruebas que se realicen durante el proceso?

Tesis del sindicato: Sí tiene derecho.

Fuente: Artículos 137 del C. de Procedimiento Penal.

Método de interpretación: Exegético.

Técnica: Análisis semántico

Tesis de la Corte: No tiene derecho.

Fuente: Art. 137 y del C. de P. Penal.

Método de interpretación: Sistemático.

Técnica: Interpretación de las normas en función de la Institución constitucional del *derecho de defensa*, y del bloque de constitucionalidad referida a él.

3.3.2.2. *Integración de la institución en función de la división formal del ordenamiento jurídico.* La legislación se divide por Códigos, y dentro de ellos puede dividirse por Libros, Títulos, Capítulos, Secciones y Subsecciones. Cada división tematiza una materia con disposiciones que guardan relación entre sí, y que tipifican y definen las distintas instituciones. En nuestra legislación, por ejemplo, se distingue la Civil, la Penal, la Laboral, la Administrativa, etc. La Civil se divide a su vez en personas, bienes, contratos, sucesiones. Los contratos se dividen en compraventa, permuta, arrendamiento, etc.

Dentro de esta técnica, para interpretar una norma es necesario mirar el Código, Libro, Título y Capítulo en la cual está inserta, pues su alcance está determinado por el contenido temático de las divisiones dentro de las cuales se encuentra.

Ejemplo:

El doctor Antonio Arcila González¹⁴ criticando la tesis que considera que se configura el delito de corrupción de menores con la sola existencia de la relación carnal con mujer mayor de 14 años y menor de dieciséis, fundándose para ello en la transcripción del artículo 326 del C. Penal de 1936, que dice que “en la misma sanción incurrirá el que tenga acceso carnal con mujer mayor de 14 y menor de 16”, se expresa así:

El artículo 326 es parte integrante del Capítulo V, del Título XII, del Libro II del Código Penal y no se puede, sin ser arbitrarios, suponerse aislado de ellos; él participa esencialmente de las condiciones genéricas definidas en los respectivos títulos y capítulos; negárselo equivaldría a desconocer la ley misma en su esencia y así es lo que ha sucedido por negligencia, descuido o ignorancia.

¹⁴ ARCILA GONZÁLEZ, Antonio. El delito sexual en la legislación colombiana. Librería América, Bogotá, 1947, pág. 193.

Por otra parte el artículo 326 es parte integrante del capítulo que trata de la corrupción de menores, esto es, que para que el acceso carnal con mujeres menores de 16 años constituya delito, se requiere que con él, por medio de él, se corrompa efectivamente a la menor, efecto que no se realiza o por estar la menor corrompida (prostituta, no doncella), o por ser ésta ya madura (desarrollo precoz socialmente estimado), por ser ineficaz (matrimonio social, religioso, legal o de hecho, como en los llanos), o “por no llevar a la conciencia del sujeto pasivo, como dice Manzini, goces aún no sentidos del placer carnal, ni prácticas inmorales o costumbres lascivas, de tal modo, todo ello, de suscitar intempestivamente en la víctima ansias eróticas o desviar viciosamente la sensibilidad erótica (...).

Análisis estructural de la providencia anterior:

Problema jurídico: ¿Qué tipo de delito comete el que tiene acceso carnal con mujer mayor de 14 años y menor de 16, que no es de vida honesta?

Primera tesis: Corrupción de menores.

Fuente: Artículo 326 del c.p.

Método: exegético.

Técnica: Análisis semántico.

Segunda tesis: Ninguno

Fuente: Art. 326 del c.p.

Método: Sistemático.

Técnica: Interpretación de la norma en función del bien jurídico tutelado en el Capítulo al cual corresponde, que es la honestidad del sujeto pasivo de la infracción.

3.3.2.3. *Integración por inducción.* La integración de la institución por inducción se realiza cuando el intérprete, con base en las distintas normas que se refieren a un fenómeno jurídico, determina las características de aquella. Integrada la institución, se refiere a ella la norma en que se funda la solución del problema, para determinar su alcance. La técnica se desenvuelve de manera similar a la anterior, con la diferencia de que en aquella la institución nace de la división formal del ordenamiento jurídico, mientras que en ésta la institución la crea la jurisprudencia o la doctrina.

Ejemplo:

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 27 de enero de 1988, manifestó la corporación en relación con los sujetos destinatarios del artículo 132¹⁵ del Código de Procedimiento Civil:

(...) el término parte referido a quien le corresponde el pago de los portes de correo, según las expresiones del artículo 132 del Código de Procedimiento Civil, no comprende a los varios demandantes o demandados que integran una misma parte, cuando actúan por separado en un proceso; aquella voz significa que es a la parte recurrente a quien le toca cancelar la carga pecuniaria de que se trata, la misma que se multiplica cuando son varios los impugnantes que actúan con distinto apoderado, caso en el cual cada uno debe satisfacerla; o sea, que la susodicha expresión tiene una connotación personal y no cobija el conjunto de los sujetos que conforman las dos o una de las partes en el proceso.

A este respecto, no sobra observar que en distintas normas procesales civiles se utiliza el término “parte” como ligado a personas individualmente consideradas, como ocurre en la regulación del interrogatorio de parte (Arts. 202 y ss.); en la de las notificaciones (Art. 313); o cuando se reglamenta el desistimiento de los actos procesales, incluido el del recurso de casación (Art. 344), etc. Dentro de dicho repertorio cabe incluir, según lo explicado, el artículo 132.

En fin, la consecuencia desfavorable derivada de la no cancelación oportuna de los portes de correo, concertada en la deserción del recurso de casación, no desaparece por el hecho de que otro impugnante haya satisfecho la carga pecuniaria, ni porque el expediente de algún modo pueda ser remitido y regresado, pues si así fuera habría que concluir también que cuando recurren demandante y demandado bastaría con que aquél o éste propiciaran el traslado del mismo de un lugar a otro, lo que a todas luces es insostenible; además, tratase de una sanción individual que recae sobre quien no hace la cancelación dicha, la que ha de tener cumplido efecto, normalmente, en seguida de la concesión del recurso y antes de su admisión, por lo que se debe reconocer su existencia, o se debe imponer, pese a que haya de tramitarse el recurso proveniente de otro

15 Art. 132. Remisión de expedientes, oficios y despachos. La remisión de expedientes dentro del mismo lugar se hará con un empleado del despacho. La remisión a un lugar diferente se hará por correo ordinario. La parte a quien corresponda pagar el porte deberá cancelar su valor de ida y regreso en la respectiva oficina postal, dentro de los diez días siguientes al de la llegada a ésta del expediente o de las copias. Si pasado este término no se han pagado en su totalidad, el jefe de dicha oficina los devolverá al juzgado remitente con oficio explicativo, y el juez declarará desierto el recurso si fuere el caso, por auto que solo tiene reposición.

impugnante.” (Gaceta Judicial, t. CXCII, No. 2431, primer semestre de 1988, p.7, Magistrado Ponente: Dr. Héctor Marín Naranjo).

Problema jurídico: ¿Debe declararse desierto un recurso cuando para su trámite es necesario trasladar el expediente a otra localidad, y el recurrente no pagó los portes correspondientes, aunque otra de las personas también recurrente sí lo hizo?

Tesis de la Corte:

Tesis: Sí debe declararse desierto.

Fuente: Art. 132 del C. de P. Civil, inciso 3.

Método: Sistemático.

Técnica: Integración de la institución por inducción.

En la providencia anterior la Corte define la institución de *parte* a partir de las distintas normas en que aparece esta enunciada, para concluir que ella debe entenderse como cada uno de los individuos que intervienen en el proceso. Con base en este concepto interpreta el artículo 132 del C. de P. Civil, para llegar a la conclusión que quien debe pagar los portes para el traslado del expediente es cada uno de los recurrentes, y que tal exigencia no se entiende cumplida por el pago que haga otro de los intervinientes en el proceso.

3.4. Método sociológico

3.4.1. Construcción del Derecho a partir de la realidad social

3.4.1.1. *Adecuación de las metas políticas a la realidad social.* Un orden jurídico está conformado por dos clases de normas: las que definen los fines políticos del Estado, y las que establecen los medios requeridos para alcanzarlos. Ambas deben construirse a partir de la realidad social.

Los fines políticos no son postulados universales y absolutos, como ocurre en las concepciones idealistas, sino metas que se propone alcanzar un Estado en un tiempo determinado, las cuales constituyen el catálogo de derechos que se consagran a favor de los ciudadanos, y que se van materializando paso a paso en realizaciones progresivas, precedidas inicialmente por un desarrollo normativo que se plasma en leyes, decretos y demás actos administrativos que les van dando concreción, hasta hacerlos viables empíricamente.

Son, por tanto, postulados políticos, y no principios absolutos, universa-

les y eternos. Para realizarse tienen que concretarse en planes de acción definidos en función de la realidad social, y según las posibilidades específicas de ésta. Se trata de metas remotas que jalonan toda la acción de un Estado en su procura, pero que sólo se pueden ir materializando paso a paso, a medida en que las condiciones económicas y sociales lo permitan. Es éste el camino que tiene que recorrer la norma constitucional para materializarse en programas de acción. Nada de ello se puede hacer sin tener un conocimiento claro de la problemática social que se pretende resolver, de los recursos con que se cuenta para ello, y de los medios que se pueden utilizar para lograrlo. Es decir, el Derecho tiene que hundir sus raíces en la realidad social para que pueda ser eficaz.

Por esa razón las metas deben ser claramente definidos en términos cuantitativos y cualitativos, para poder establecer la naturaleza y magnitud de los medios que se deben utilizar.

3.4.1.2. *La inducción de las normas instrumentales a partir de la realidad social.*

Definida y delimitada la meta dentro de la realidad social, es necesario establecer las modificaciones que se deben introducir a dicha realidad para que ella se pueda alcanzar. Su objetivo final es el de formular comportamientos cuya realización conducirá al logro de la meta propuesta. La norma es, en este aspecto, meramente instrumental; es un medio para alcanzar un fin en situación.

Pero esos medios se deben inducir de la realidad empírica; es ésta la que determina cuál de las alternativas posibles es la más adecuada para alcanzar el fin propuesto. Las normas son representaciones ideacionales de lo que se debe hacer para alcanzar la meta propuesta, las cuales se comienzan a construir desde el momento mismo en que se formula la meta política, pasando luego por el estudio de la realidad empírica en donde se empiezan a vislumbrar, hasta formularse como hipótesis normativas construidas a partir del conocimiento de los factores que inciden en la aparición del problema, y de los medios de que se dispone para superarlo.

Pero hay que tener en cuenta que las normas no pasan de ser hipótesis sobre comportamientos que se deben realizar, o instituciones que se deben crear, para alcanzar la meta propuesta, y que sólo el logro de ella puede servir de medida para saber si fueron acertadas o no. Las normas son ideas de lo que “debe ser”, ideas tanto más eficaces, cuanto más próximas estén a la realidad que pretenden regular; son ideas en un permanente proceso de construcción

desde cuando nace la decisión política de alcanzar una meta, hasta cuando se formula como hipótesis de lo que se debe hacer para lograrlo, pasando lentamente por el proceso de decantación de la realidad empírica que le dice a dónde en concreto deben llegar, y cuántos obstáculos deben vencer para ello.

3.4.2. El método sociológico en la Doctrina

En sus inicios el método sociológico constituyó un movimiento crítico contra las deficiencias y exageraciones a que había llegado el método exegético, lo que dio lugar a la formación de escuelas que trataron de establecer nuevas técnicas en la creación, formulación e interpretación del Derecho, todas ellas orientadas a fundarlo en la realidad social. Entre estas escuelas merecen destacarse la de la Libre Investigación Científica propuesta por François Gény en su obra *Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado*, y la formulada por Kantorowicz en su libro *La Lucha por la Ciencia del Derecho*.

Renato Treves resume así el pensamiento del último de estos autores, en los siguientes términos:

Kantorowicz define la sociología del Derecho como la "ciencia teórica que elabora, a través de generalizaciones, la realidad de la vida social en relación al valor cultural representado por los fines del Derecho"; explica después que dicha ciencia puede aportar contribuciones útiles a la jurisprudencia siempre que ésta no se considere ya "como una ciencia de palabras que agota su actividad en la interpretación literal de las normas jurídicas", sino más bien "como una ciencia valorativa al servicio de la vida social". La Sociología del Derecho, a su juicio, puede por tanto indagar sobre los efectos que las leyes pueden producir en la vida social y puede también deducir del análisis de estos efectos cuáles son los fines de las propias leyes, fines que, a su vez, se refieren siempre a la defensa de determinados intereses considerados relevantes respecto a la ley. La sociología del Derecho, en caso de lagunas, debe además asistir al juez en la búsqueda del Derecho libre y en la identificación de los juicios de valor presentes en el medio en que trabaja. La sociología del Derecho debe, finalmente, tratar de identificar el valor cultural, es decir, el conjunto de los fines perseguidos por un determinado ordenamiento jurídico y, para hacerlo, debe proceder a una valoración de los intereses basados en la conformidad o no de uno u otro interés con los fines del ordenamiento jurídico mismo.¹⁶

¹⁶ TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho*. Barcelona, Edit. Ariel, 1988, pág. 85.

En la actualidad el método sociológico ha tenido un desarrollo doctrinario importante. En el sistema anglosajón prima esta concepción sociológica del Derecho. Julio César Cueto Rúa, en su libro *El Common Law*, hace una presentación de esta concepción en uno de los más caracterizados juristas de los Estados Unidos de Norte América, Benjamin Cardozo. Dice así:

Por último, cuando las necesidades sociales demandan cierto ajuste en lugar de otro, se hace necesario torcer la simetría, ignorar la historia y sacrificar la costumbre, con el propósito de realizar fines de mayor importancia. Se trata del poderío de la justicia social, que encuentra su expresión en el método sociológico. La finalidad específica del Derecho, el bienestar social, domina a los demás métodos. Por lo tanto, cuando se recurre a dichos métodos con el objeto de determinar hasta dónde una norma preexistente debe ser extendida o restringida, es necesario que el bienestar de la sociedad sea el que marque el rumbo. Se requiere, en consecuencia, una selección de valores.

(...)

Pareciera, por lo tanto, que el método sociológico presenta dos atributos que no son perceptibles en los tres restantes. En primer término, es "el árbitro entre otros métodos, determinando en último análisis la elección de cada uno, sopesando sus respectivas demandas, poniendo límites a sus pretensiones, equilibrándolos, moderándolos y armonizándolos a todos. Esto equivale a decir que el método sociológico es algo más que método; es algo de naturaleza fundamental, en cuyo mérito se opera la selección metódica para desarrollar los principios y las normas de modo adecuado con los requerimientos del bienestar social. En una palabra, el método sociológico es equivalente a valorización judicial. Cardozo nos está diciendo, con otras palabras, que son razones de orden axiológico las que guían la selección metódica y, con ello, cierta línea determinada de desarrollo normativo¹⁷.

En la segunda mitad del siglo xx, se creó en los Estados Unidos de Norte América el movimiento Derecho y Sociedad (*Law and Society*), dentro de estos mismos postulados empiristas y teleológicos del Derecho. Mauricio García resume el pensamiento de esta Escuela así:

En el movimiento *Law and Society* es posible distinguir al menos tres postulados esenciales: en primer lugar, un marcado énfasis en el estudio del Derecho tal como éste opera en la realidad social (*law-in-action*) en contraste con los enfoques dogmáticos (*law-in-books*); en segundo lugar, una confianza, directa-

¹⁷ CUOTO-RUA, Julio. Óp. cit. pág. 80.

mente derivada de lo anterior, en la investigación empírica basada en las ciencias sociales como instrumento de conocimiento objetivo de la realidad social; y en tercer lugar, una concepción política progresista y reformista destinada a la consolidación de los valores democráticos, liberales y de equidad social¹⁸ (...).

En la actualidad, Jürgen Habermas sostiene en varias de sus obras esta concepción sociológica del Derecho. En un Seminario de Filosofía realizada en la ciudad de Lima presentó una ponencia sobre Derecho y moral, en la cual dice:

(...) Finalmente, el derecho positivo agradece sus rasgos convencionales a la circunstancia de que se le pone en vigencia por las decisiones de un legislador político y que, en principio, puede ser cambiado a voluntad.

Esta dependencia de la política también explica el carácter instrumental del derecho. Mientras las normas morales son siempre fines en sí mismas, las normas jurídicas son también medios para los fines políticos. No sólo sirven, como la moral, para la resolución imparcial de los conflictos de la acción, sino asimismo para la realización de programas políticos. Las metas colectivas y las medidas de implementación de la política agradecen su fuerza obligatoria a la forma jurídica. En esta medida, el derecho está situado entre la política y la moral. En forma correspondiente, en el discurso jurídico se entrelazan –como Dworkin ha mostrado– los argumentos sobre la aplicación de la ley que ofrece la interpretación, con argumentos sobre metas políticas y también con argumentos de fundamentación moral¹⁹.

3.4.3. El método sociológico en la legislación colombiana

Para que un Derecho sea eficaz, se requiere necesariamente formularlo al interior de una concepción sociológica del mismo: No se puede decir de una norma que es eficaz, sino en la medida en que alcance el fin para el cual fue formulada, y ello sólo es posible si la meta se adecúa a las necesidades reales, y si los medios se definen teniendo en cuenta las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ella debe alcanzarse.

¹⁸ GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio (Ed.). Sociología jurídica: Teoría y sociología del Derecho en Estados Unidos. Bogotá, Edit. Unibiblos, 2002. pág. 6.

¹⁹ HABERMAS, J. Derecho y moral. En: El Derecho, la política y la ética. Actas del II Coloquio Alemán-latinoamericano de Filosofía. México, Siglo XXI editores, pág. 41-42.

La idea de un Derecho eficaz campea en nuestro ordenamiento jurídico desde hace muchos años. En el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil se dice: “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”. En el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo se dice: “Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”. En el artículo 9 del Código Penal se dice: “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código”. Y en el artículo 16 del mismo estatuto se dice: “En la actuación procesal los funcionarios judiciales hará prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad”. Toda esta búsqueda de eficacia del ordenamiento jurídico se concreta en el mandato de la Constitución de 1991 de que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial” (art. 228).

Hay pues en el ordenamiento jurídico colombiano una permanente preocupación por lograr la preeminencia del derecho sustancial, de alcanzar la realización material de los derechos establecidos a favor de los asociados, y eso sólo se puede lograr en la medida en que las normas se interpreten en función de las condiciones concretas de tiempo, modo y lugar en que tienen que operar. Es decir, en la medida en que se las interprete sociológicamente.

Por otra parte, la equidad implica la aplicación del orden jurídico teniendo en cuenta las condiciones concretas en que él debe operar, tal como lo explicamos al hablar de ella como fuente formal de Derecho. Es decir, el alcance de las normas hay que establecerlo al interior de la realidad social.

La equidad apareció en nuestro Derecho desde la ley 153 de 1887, en la que ella tiene que ser referencia obligada para “fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”. Este mismo principio se consagra en el artículo 32 del C. Civil. La Constitución de 1991 no sólo le conservó a la equidad este carácter de guía orientadora en el proceso hermenéutico, cuando en el inciso segundo del artículo 230 dice que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, sino que la es-

tableció directamente como fuente formal de derecho cuando en el inciso 4 del artículo 116 prevé que los particulares podrán administrar justicia en derecho o en equidad actuando como conciliadores o árbitros, y en el artículo 247 cuando prevé la creación de jueces de paz, los que administrarán justicia en equidad.

Hay también en la legislación colombiana normas que disponen directamente su interpretación sociológica. La más destacada de todas ellas es el artículo 58 de la Carta que de manera explícita exige que las normas que regulan el derecho de propiedad se interpreten teniendo en cuenta la función social que ellas deben cumplir: Dice así, en los apartes pertinentes:

Quando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad en ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

Igualmente el Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 1 y 18, respectivamente, expresa:

Artículo 1. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.”

Artículo 18. Para la interpretación de este Código debe tenerse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1.

Por otra parte, por más que la legislación penal ha pretendido formularse dentro de los más estrictos supuestos de la dogmática jurídica, muchas de sus normas incorporan elementos de la realidad social, como son las circunstancias que atenúan o agravan la pena, o los llamados “motivos determinantes del delito”.

Finalmente, cuando el artículo 29 del Código Civil dice que las palabras deberán entenderse en el sentido que les pertenezca dentro de una ciencia o técnica, está refiriendo la interpretación de las normas a su contenido empírico, dando así cabida nuevamente al método sociológico, porque el sentido natural de las palabras es el que corresponde a la realidad fáctica, y porque todo conocimiento científico se construye a partir de la realidad empírica.

3.4.4. Las técnicas de interpretación en el método sociológico

Toda interpretación que abra el contenido de la norma en función de la realidad social, está utilizando método sociológico, así como toda interpretación que determina el alcance de una norma al interior del orden jurídico, está utilizando el método exegético o el sistemático. Se pueden identificar tres técnicas en la interpretación sociológica de las normas, las que analizaremos a continuación:

3.4.4.1. *La interpretación de la norma en función del fin pragmático de la misma, y de la realidad social en donde debe operar.* Como ya antes lo anotamos, siendo el Derecho un producto cultural elaborado por el legislador, cuyo fruto es el Derecho positivo, lo primero que hay que determinar para interpretarlo, es el fin concreto para el cual fue formulado, para establecer el alcance de la norma que se está interpretando en función de dicho fin, teniendo en cuenta las condiciones de lugar, tiempo y modo en que él se debe materializar. Este fin es muy distinto de la *voluntad del legislador* a que se refiere la Escuela Exegética. En ésta la norma es exactamente eso: La expresión de la voluntad omnímoda de quien detenta el poder. Mientras que el fin Pragmático de la norma es la conclusión lógica que se induce del estudio de la realidad empírica, en el que se establece que para satisfacer ciertas necesidades de la comunidad se deben alcanzar unas metas definidas tanto cualitativa como cuantitativamente, y que el procedimiento más adecuado para alcanzarlas es el plasmado en la norma, por corresponder a la alternativa seleccionada teniendo en cuenta las circunstancias concretas en el que dicho proceso se debe realizar. Veamos el siguiente ejemplo de interpretación sociológica de una norma:

El Tribunal del Acuerdo de Cartagena, en el proceso 1-IP-88, en sentencia del 25 de mayo de 1988, dijo:

(...)

1. HECHOS RELEVANTES

El 3 de octubre de 1984 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado de la República de Colombia, dictó sentencia negando una demanda de nulidad de actos administrativos. La sociedad actora, *Tauffer Chemical Company*, presentó contra tal sentencia el recurso extraordinario de anulación (artículo 194 del Código Contencioso Admi-

nistrativo), mediante demanda presentada el 19 de noviembre de 1984. Por medio de la sentencia acusada se negaron las peticiones de nulidad de las Resoluciones N° 332 de 7 de setiembre de 1977 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia y de la Resolución 658 de 26 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico. La sociedad actora había solicitado el 9 de octubre de 1973 el otorgamiento de una patente de invención titulada “composición que comprende un producto herbicida activo y un agente modificador de su efecto herbicida” .

La División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la citada Resolución 332 negó la concesión de la patente. Se interpuso el recurso de apelación, el cual fue denegado. Agotada la vía administrativa se demandó la nulidad de aquella Resolución ante el Consejo de Estado, el cual la negó mediante sentencia de 3 de octubre de 1984, cuya anulación ahora se solicita ante la Sala Plena del Consejo de Estado. Consideró el Consejo de Estado que se habían incumplido los requisitos de los artículos 543 y 546 del Código de Comercio y que era por lo tanto aplicable el artículo 5 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, para negar la patente.

Considera la sociedad actora que se aplicó indebidamente el artículo 5 de la Decisión 85 pues se han debido aplicar en cambio normas nacionales anteriores. Sostiene que dicha aplicación de la norma comunitaria viola normas nacionales de procedimiento, porque se aplicó “fuera de la oportunidad procesal correspondiente”.

(...)

2. NORMAS OBJETO DE LA CONSULTA

La Consulta remitida a este Tribunal plantea la interpretación prejudicial de los artículos 5, literal c) y 85, inciso tercero de la Decisión 85. Se observa que la sociedad actora en escrito que de ella emana, presenta una serie de preguntas o-cuestiones, “sobre las cuales” -en su criterio- “ha de versar la interpretación del Tribunal...”.

El Tribunal considera que su Misión, de conformidad con el artículo 30 del Tratado, debe limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

En cuanto a las preguntas formuladas, algunas constituyen interrogantes sobre hechos y requerirían respuestas de la misma naturaleza; otras se refieren a asuntos que deben ser apreciados por el juez nacional, por lo que serán tenidas en cuenta sólo a los efectos de ilustrar el problema de interpretación propuesto.

3. LA DECISIÓN 85: ANTECEDENTES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

La Comisión del Acuerdo de Cartagena en su Décimo Tercer Período de Sesiones Extraordinarias celebrado en Lima del 27 de mayo al 5 de junio de 1974, aprobó por la Decisión 85 el “Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial”. Se daba cumplimiento, con demora es cierto, a una norma programática y a la vez imperativa contenida en el tratado constitutivo de la Comunidad Andina.

En el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, y dentro del capítulo IV “Armonización de las Políticas Económicas y Coordinación de los Planes de Desarrollo”, se estableció:

“Artículo 27.- Antes del 31 de diciembre de 1970 la Comisión, a propuesta de la Junta, aprobará y someterá a la consideración de los Países Miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías”. (subrayado del Tribunal).

Los Gobiernos de los países que suscribieron el Acuerdo de Cartagena, habían destacado, desde las etapas iniciales de su concepción, la especial importancia que tiene la variable tecnológica en la promoción del desarrollo en sus países y en el Mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes.

Este criterio tenía sus antecedentes inmediatos en experiencias nacionales. En efecto, en cada país se habían adelantado estudios, elaborado informes y diagnósticos que precisaban las características de sus sistemas científico-tecnológicos. Se hicieron así evidentes sus carencias y debilidades -por cierto, bastante similares de un País Miembro a otro-, y también sus potencialidades. Una característica relevante era la marcada dependencia externa del sistema y su limitada capacidad de decisión en el fomento, selección e importación de tecnología.

Las experiencias nacionales fueron revalorizadas desde la panorámica integracionista, porque uno de los condicionantes de la viabilidad del esquema reside en el correcto diseño de las políticas tecnológicas y su eficaz implementación. Para reafirmar lo expresado basta hacer una somera revisión de los mecanismos previstos por el Acuerdo para alcanzar sus objetivos. La creación de un mercado ampliado, por ejemplo, implica consecuentemente un crecimiento de la oferta de bienes y un redimensionamiento y especialización de la infraestructura industrial.

Pero este proceso, al agudizar la competencia, si no va acompañado de la optimización del componente tecnológico, más a corto que a largo plazo, puede desencadenar tendencias regresivas en los programas de liberación del intercambio comercial dentro de la Subregión.

De los estudios realizados sobre el comportamiento de la inversión extranjera en muchos países, se derivaron criterios más claros sobre su incidencia en las estructuras científico-tecnológicas locales. Asimismo, se analizaron las relaciones entre la inversión extranjera y el sistema de patentes imperante.

Las leyes de propiedad industrial, inspiradas en las necesidades e intereses de los países desarrollados, habían sido implantadas en los países de la región en momentos en que el desarrollo fabril no había realmente comenzado y la posibilidad de creación tecnológica era inexistente. La protección a los monopolios de explotación, objetivo fundamental de estos sistemas de patentes, producía efectos no deseables para la economía de la región, y favorecía la captura de los mercados para los productos extranjeros, la tenencia de las patentes por los agentes de la economía transnacional, la ninguna o escasa vinculación de la inventiva local con el proceso productivo real, el entorpecimiento del flujo tecnológico externo por la imposición de cláusulas restrictivas, la posibilidad de fijar precios monopólicos al aprovechar la patente para eliminar la competencia, etc.

La constatación de estas realidades en América latina, permitió que se iniciaran acciones de los gobiernos dirigidas a reformar las concepciones tradicionales de las leyes nacionales sobre patentes y marcas, abandonando conceptos obsoletos según los cuales se consideraban a las patentes como un derecho de propiedad caracterizado por su condición monopólica y desvinculado de las políticas de desarrollo.

Dentro de este movimiento reformista se encuadran el Código de Propiedad Industrial de Brasil, adoptado en 1971, y la Ley de Invenciones y Mareas promulgada en México el 30 de diciembre de 1985, en ciertos aspectos inspirada en la normativa andina.

Es pues, dentro de esta orientación programática, expresada en el Acuerdo, que la Comisión adoptó la Decisión 85. Por ello, las precedentes observaciones deben tenerse muy en cuenta al interpretar la Decisión 85, cuyas disposiciones tienen como objetivo fundamental establecer una relación de consecuencia directa entre el desarrollo socio- económico, en especial el tecnológico, y los derechos que se conceden a los particulares. Es decir, que la protección de estos últimos tiene su justificación moral, económica y jurídica en que los mismos sean mecanismos que promuevan el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros y el mejoramiento persistente del nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

(...)

5. LAS EXCEPCIONES A LA PATENTABILIDAD: CASO DE LOS HERBICIDAS

El primer asunto propuesto se refiere a la interpretación del artículo 5,-literal c) de la Decisión 85, el cual transcrito *ad-integrum* dice:

“Artículo 5.- No se otorgarán patentes para:

- a. Las invenciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres;
- b. Las variedades vegetales o las razas animales, los procedimientos esencialmente biológicos para la obtención de vegetales o animales;
- c. Los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal;
- d. Las invenciones extranjeras cuya patente se solicite un año después de la fecha de presentación de la solicitud de patente en el primer país en que se solicitó. Vencido ese lapso no se podrá hacer valer ningún derecho derivado de dicha solicitud;
- e. Las invenciones que afecten al desarrollo del respectivo País Miembro o los procesos, productos o grupos de productos cuya patentabilidad excluyan los Gobiernos.”

Como se deduce de la lectura, el artículo 5 es de fundamental importancia por cuanto establece las excepciones a la patentabilidad, es decir, excluye de manera absoluta la aptitud de un bien o el resultado de una actividad para ser objeto de una protección conferida por el Estado.

Los criterios aplicados atienden a distintos intereses de naturaleza pública, que van desde motivos de orden moral, hasta aquellos que se relacionan con los “objetivos de la estrategia global para el desarrollo de la Subregión” (Anexo N° 2 de la Decisión 24, Disposiciones que deberá contener el Reglamento para la aplicación de normas sobre Propiedad Industrial).

La enumeración del literal c) del artículo 5 abarca campos ligados con la salud de la población, con su alimentación y con la producción agropecuaria.

En el presente caso, el Tribunal considera que la pregunta que se deriva de la solicitud y el expediente anexo es clara y debe expresarse así:

“¿De conformidad con el literal c) del artículo 5 de la Decisión 85, se pueden otorgar patentes para herbicidas?”

De la lectura del referido artículo 5, literal c) se desprende que no podrán otorgarse patentes para los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal. En otras palabras, ningún bien comprendido en esas categorías es susceptible de ser patentado, si es para el uso humano, animal o vegetal. La norma engloba en las categorías señaladas una extensa gama de productos relacionados con la salud, la alimentación y la actividad productiva de insumos

de origen animal o vegetal. Puede apreciarse que en el proceso de elaboración de la misma y ante la ausencia de univocidad en los términos técnicos, se eligió una redacción que comprendiera categorías.

(...)

Podría señalarse que la norma adolece de imprecisión porque ni los productos farmacéuticos ni los medicamentos tendrían aplicación sobre los vegetales. La misma literatura especializada debate esta objeción. Por ejemplo, en la Farmacopea Argentina, se trata de incluir a todos los fármacos, al definir a las drogas como “toda sustancia simple o compuesta, natural o sintética, que pueda emplearse en la elaboración de medicamentos, medios de diagnóstico, productos dietéticos, higiénicos, cosméticos u otra forma que pueda modificar la salud de los seres vivos” Entiende la literatura especializada de ese país, que la definición “no es sólo para aplicación humana, sino animal y vegetal también; pues como es notorio, los animales y las plantas tienen enfermedades y, por lo tanto, necesitan drogas y medicamentos para usarlos terapéuticamente”. Agrega que al decir seres vivos (subrayado del Tribunal), se hace referencia a la Farmacia Clásica, o sea a la Farmacia Humana, a la Zoofarmacia o Farmacia Veterinaria y a la Fitofarmacia o Farmacia Vegetal”. (Helmán, José, Farmacotecnia, Teoría y Práctica, Vol. I).

Observa el Tribunal que en la literatura especializada se da al vocablo “pesticida” una denominación amplia que incluye todos los productos químicos que sirven para destruir a los insectos perjudiciales, así como a las malas hierbas y para proteger además a las plantas contra enfermedades. Esta denominación como es claro incluye a los herbicidas, los cuales a su vez pueden ser definidos como sustancias específicas que destruyen las malas hierbas, favoreciendo al mismo tiempo el crecimiento y desarrollo de otros cultivos beneficiosos.

Con base en todo lo expuesto, el Tribunal considera que de conformidad con el texto del literal c) del artículo 5 de la Decisión 85, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el órgano generador de la norma, a la cual se ha hecho referencia, e igualmente que herbicida es un producto que actúa como un medicamento sobre los vegetales al prevenir el crecimiento o destruir las malas hierbas que afectan al desarrollo o sanidad de aquellas, es necesario concluir que los herbicidas están incluidos en la citada categoría, contenida en la tantas veces señalada norma comunitaria.

(...)

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, CONCLUYE:

1°. Los herbicidas están comprendidos en la excepción a la patentabilidad prevista en el literal c) del artículo 5 de la Decisión 85;

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Se pueden otorgar patentes de invención para herbicidas?

Primera tesis: Sí.

Fuente: Literal c del artículo 5 de la Decisión 85

Método: Exegético.

Técnica: Análisis semántico

Segunda tesis: No.

Fuente: Literal c del artículo 5 de la Decisión 85

Método: Sociológico

Técnica: Interpretación de la norma en función del fin pragmático de la misma. El Tribunal interpreta la norma sociológicamente al desentrañar primero su contenido en función de la realidad empírica a que ella se refiere, reforzando luego su argumentación al interpretarla en función del fin político que con ella se busca, y de las condiciones socioeconómicas en que él se debe alcanzar.

3.4.4.2. Interpretación de la norma en función del contenido sociológico de sus términos.

Una de las técnicas en el Método Exegético es la de determinar el significado y alcance de las normas a partir del análisis semántico de las palabras que las conforman. Pero hay también una corriente que busca desentrañar el significado de las palabras con relación a la realidad empírica. Es la corriente del Positivismo Lógico, que buscó la identidad de los entes empíricos a través del lenguaje, pensando encontrarla inicialmente a través de un lenguaje universal, las matemáticas, pero que luego encontró que en los fenómenos antropológicos su contenido tiene referirse forzosamente al marco situacional dentro del cual se dan. Dentro de esta segunda concepción se encuentran autores como Austin y Hart, quienes formulan una interpretación de las normas a partir del contenido sociológico de los términos que las conforman. Jacobo Bastida Freixedo dice sobre este punto:

En el caso de Hart, el tránsito del lenguaje técnico y altamente formalizado a la flexibilidad – y, por qué no decirlo, cierta indeterminación- de los juegos

lingüísticos nos pone en contacto con otro paso de más alcance: de una visión lógica se pasa a una visión sociológica del derecho. También en esto la teoría de Hart es deudora de la nueva concepción filosófica oxoniense. G. Ryle y, sobre todo, J. L. Austin, proporcionan a Hart las claves para una consideración sociológica del derecho a través del análisis del lenguaje. A raíz del estudio contextual que propiciaba la división de la realidad en una multiplicidad de juegos lingüísticos, J. L. Austin llamó la atención sobre un tipo de enunciados cuyo objeto no era la descripción de ningún hecho, sino la producción de un efecto que transforma la realidad. Nos referimos a los enunciados preformativos. En ellos, lo que resulta fundamental es la comprensión del entorno social en el que se producen y otorga sentido al contenido del enunciado en sí. Si bien es innegable que nos servimos del lenguaje para dar cuenta de la realidad, no es menos cierto que sólo atendiendo a la peculiaridad de la realidad que pretendemos entender podremos dar cuenta del lenguaje. Es una especie de círculo hermenéutico en el que el análisis resulta provechoso para la comprensión de los fenómenos sociales y a su vez los fenómenos sociales se muestran como precondiciones para el entendimiento del lenguaje²⁰.

Esta búsqueda del significado social de las palabras puede hacerse por dos caminos: o de manera intuitiva, con base en el significado cotidiano de los términos, o con base en los estudios que los investigadores de los fenómenos sociales le dan a ellos. Veamos estas dos posibles alternativas:

3.4.4.3. *Interpretación intuitiva de los términos de la norma.* El intérprete debe tener en cuenta que el significado de los términos de una norma está adherido a la realidad social que expresa, y que en consecuencia conceptos tales como familia, trabajador o comerciante apuntan a elementos de la estructura social, y no a entelequias conceptuales abstractas. Ejemplo:

En sentencia de febrero 17 de 1988, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al tratar sobre la responsabilidad de los jueces por sus fallos, manifestó:

(...)

5. El motivo que invoca el demandante para deducir la responsabilidad civil de los Magistrados demandados, se encuentra ciertamente consagrado en el artículo 403 del Código de Procedimiento Civil, según el cual responden por

20 XACOBÉ-BASTIDA, Freixedo. El silencio del emperador. Bogotá, Ed. Unibiblos, 2001, pág. 142.

los perjuicios que ocasionen a las partes 'cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer'.

Entendido como está por la jurisprudencia que para que el Juez o Magistrado comprometa su responsabilidad, es necesario que se demuestre plenamente que el demandante sea o haya sido parte en el proceso, que efectivamente haya sufrido un perjuicio y que exista relación de causalidad entre el daño y uno cualquiera de los comportamientos previstos en la norma citada, debe resaltarse, en torno a la causal expresamente alegada por la parte actora en este asunto, que para su debida estructuración es menester la concurrencia de error inexcusable. (...).

7. (...) es lo cierto que en este caso no se encuentra el error inexcusable, pues es claro que no toda especie de equivocación da lugar a responsabilidad patrimonial, como que, de un lado, siendo así que la administración de justicia es dispensada por personas, éstas, por su misma naturaleza, pueden incurrir en error y, de otra parte, en razón a que las normas jurídicas regulan hipótesis o situaciones abstractas, en la aplicación concreta de las mismas pueden surgir criterios distintos de interpretación a cargo del sentenciador, máxime si se tiene en cuenta la función dinámica del derecho.

De ahí que bajo las anteriores consideraciones se haya dicho que sólo la torpeza absoluta del funcionario, o aquellos desaciertos que no pueden excusarse, es decir, los que no tengan razón válida alguna que pueda exonerarlo o disculparlo, comprometen al Juez o Magistrado.

Sobre el particular ha expresado esta Corporación:

'En verdad que el derecho no es algo acabado y formulado que haya que aplicar literalmente; es algo que hay que buscar e incesantemente investigar, desde luego que Derecho es el juicio sobre la corrección o regularidad, sobre la atendibilidad o sobre el amparo que debe prestarse, de una pretensión. De ahí que las normas legales no son otra cosa que una generalización indicativa en orden a la satisfacción de pretensiones; son apenas una pista para encontrar en cada caso lo que es Derecho.

'Como lo indica Enneccerus, interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para tutelar el derecho de los asociados. Y si el Juez tiene el deber de indagar cuál es la extensión de una norma jurídica, para precisar la posibilidad de aplicarla al conflicto que se le ha sometido a su decisión, ha de hacerlo sin desviaciones o errores.

'Pero éste, que en verdad constituye el punto de mira ideal, no siempre se logra, desde luego que la hermenéutica, como actividad humana, es susceptible

de errores: la norma jurídica puede por tanto ser aplicada por el Juez al caso concreto que decida, pero dándole una inteligencia o un sentido que en verdad no tiene.

‘Ese yerro de interpretación, frente al cual hay por supuesto remedios para corregirlo y hacerlo desaparecer mediante la información de la providencia que lo contiene, sólo compromete la responsabilidad civil del Juez que lo ha cometido cuando, según lo proclama el antecitado artículo 40 tiene la categoría de inexcusable.

De ahí que, como ya lo dijo esta Sala, ‘muy sabia resulta la disposición al exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse. Si la comisión de yerros, sin calificativo alguno, pudiera servir de estribo a procesos de responsabilidad contra los jueces, tales contiendas judiciales proliferarían de una manera inusitada y podrían menguarse ostensiblemente la independencia y libertad que tienen para interpretar la ley y se abriría ancha brecha para que todo litigante inconforme con una decisión procediera a tomar represalia contra sus falladores, alegando simples desatinos en faena tan difícil como lo es la de administrar justicia.’

Análisis estructural de la providencia:

Problema jurídico: ¿Debe responder el juez que causa perjuicios a las partes?

Tesis de la Corte: El juez sólo debe responder cuando su comportamiento obedezca a error inexcusable, según las circunstancias concretas en que él se cometa.

Fuente: Numeral 3 del artículo 40 del C. de P. Civil.

Método: Sociológico.

Técnica: Contenido sociológico del término *inexcusable*.

La Corte llega a la conclusión de que el error inexcusable es solo aquél que no permite ofrecer motivo válido para disculparlo, porque “siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse”. Aquí interpreta la norma sociológicamente utilizando para ello dos técnicas: el significado que en la realidad social tiene el término *inexcusable*, y las consecuencias prácticas que se desprenden de su interpretación.

3.4.4.4. Interpretación de la norma al interior de una institución social científicamente definida.

Los elementos constitutivos de las normas pueden haber sido objeto de estudio científico por parte de profesionales de distintas áreas del saber (sociólogos, economistas, etc.), como fenómenos empíricos que son, y sería entonces en función de los resultados de estos estudios como se deben definir los términos que la integran. Por ejemplo, una norma sobre la patria potestad no puede ser interpretada lo mismo para la familia patriarcal santandereana, que para la familia matriarcal de la costa atlántica, de acuerdo con la tipología que de esta institución hace doña Virginia Gutiérrez de Pineda.

Ejemplo:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 17 de 1970, con ponencia del H. Magistrado José María Velasco Guerrero, dice:

Cabe preguntarse entonces si, como lo afirma el Procurador Primero Delegado en lo Penal, los artículos 4, 11 y 432 del C.P.21 derogan los artículos 1 y 2 de las leyes 89 y 72 de 1890 y 189222 respectivamente, y si los hechos de los indígenas, configurantes de infracciones penales a la ley del Código vigente caen bajo su imperio...

La diferencia de los salvajes con los hombres cultos radica en el grado de su evolución diferente, que los extraña de un mundo contemporáneo suyo en el tiempo cronológico, cuya tabla de valores obedece a un orden de jerarquía conceptual compleja, de elaboración lenta y difícil, pacientemente trabajado por la historia y procesado con el concurso y experiencia de plurales culturas, orden de valores, en fin, cuya confrontación demanda la existencia de una persona ética, incompatible con el estado salvaje, de contenido social rudimentario, determinante del yo indiferenciado de sus gentes caracterizadas por una complejidad diversa en la forma peculiar y difusa de intuir, sentir, y pensar, configurante de una estructura síquica en que la persona y los objetos se determinan mutuamente. De este carácter complejo y difuso de la personalidad primitiva -dice Karl Venden Steinen- depende la escasa centralización de los momentos

21 En el artículo 4 se dispone que la ley penal rige para todos los habitantes del territorio nacional; el artículo 11 que todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable penalmente, y el artículo 432 deroga el anterior Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias al nuevo estatuto. Todas estas normas son del Código Penal de 1936.

22 El artículo 1 excepcionó a los indígenas de la legislación general, y el artículo 2 facultó al Gobierno para delegar en los misioneros la competencia judicial en los campos civil y penal.

esenciales, por lo que esa personalidad no se destaca en su núcleo, y por eso, respecto a una estructura evolucionada, aparece como una forma muy importante, más lábil. Refiriéndose a sus personales experiencias en Indoamérica, da noticia de que entre los brasileños son comunes expresiones como: “Tenemos que prescindir completamente de los límites que existen entre el hombre y el animal. Un animal prodilecto puede ser más sensato o más tonto, más fuerte o más débil, que un indiano; puede tener otro género completamente diverso de vida, pero a sus ojos son una persona exactamente como él mismo.

Los animales como los hombres, tienen diversos lenguajes como las tribus humanas”.

Los pueblos primitivos se regulan en su personalidad por la ley *pars pro toto*. Cada parte corresponde esencialmente al entero síquico y lo determina. No hay partes accesorias en el yo primitivo, como no es accesorio el yo mismo. Toda parte del yo corporal y espiritual representa hasta cierto punto la totalidad síquica. El hombre no es una parte de la persona, sino la persona misma. El vestido, la flecha, los cabellos, las sombras, los pilones, no son atributos o pertenencias de la persona. Se confunden con el yo del que se proyectan, mágicamente, sin contraponérsele. Lo mismo ocurre con el yo difuso e indiferenciado del hombre y su mundo circundante, frente al cual su personalidad se limita escasamente, pues con él se confunden. El hombre, el jaguar, la cabra, el pez, todos son personas con diferentes propiedades y aspectos, “La razón profunda de esta forma indiferenciada de ser el yo primitivo o salvaje se deriva de la inexistencia de una personalidad ética.

Tampoco existe así la posibilidad de que el indígena ostente el sentido del bien y del mal. Su concepto sobre el particular es grosero y se confunde con lo agradable y perjudicial. Su conocimiento del ideal y de lo moral, estimulados por la recompensa o por el temor del castigo, no forman parte de su conducta” (H. Werner, *Sicología evolutiva*).

Existencialmente, su tiempo no coincide con el del mundo civilizado del cual es cronológicamente contemporáneo. Coexiste con él en tiempos diferentes, a la manera como, paradójicamente, pudieran coincidir dos esferas en periferia y volumen, pero con centro diferente. García Bacca hace notar cómo dentro de la fenomenología social y jurídica este absurdo geométrico es apenas aparente. Los sociólogos dirían que por tal modo coincide lo contemporáneo y lo no contemporáneo. Biológicamente coinciden igualmente el hombre primitivo y el hombre civilizado. Pero el primero no es una categoría social. Por ello, aunque los dos coexisten al tiempo en el ámbito de la nacionalidad, no conviven culturalmente y se gobiernan por normas diferentes. Apretando un

poco los hechos pudiéramos decir que cronológicamente tampoco coinciden el aborigen y el nombre civilizado. El aborigen es un hombre anacrónico, un hombre sin tiempo. Raúl Haya de la Torre apuntaba, con sobrada razón, que para realizar un viaje a través del tiempo era suficiente cruzar uno y otro confin del continente nuestro americano. Las distancias se profundizan y ensanchan, aún más si cabe, cuando pensamos que en los últimos treinta años el mundo civilizado ha evolucionado en proporción geométrica en comparación con los siglos anteriores que nos preceden. En la época de la fisuración del átomo, de la ingeniería genética, cuando la biología molecular promete para las próximas décadas revolucionar el comportamiento de los grupos animales, sin excluir al hombre, el salvaje es el pretérito irreversible, o cuando más, el prehistórico actual. Nuestras leyes dictadas para el mundo contemporáneo no lo alcanzan, a menos que contemplen expresamente su específico estado. El Código Penal vigente no tiene categorías jurídicas ni mentales para confrontar la situación de los salvajes...

Análisis estructural de la providencia anterior

Problema jurídico: ¿Quién es competente para juzgar a los indígenas no civilizados que cometen delitos?

Tesis de la Procuraduría: La Justicia Ordinaria.

Fuente: Arts. 4, 11 y 432 del C. de Procedimiento Penal

Método: Exegético

Técnica: Análisis semántico.

Tesis de la Corte: Los misioneros.

Fuente: Arts. 1 y 2 de las leyes 89 de 1990 y 72 de 1992 respectivamente.

Método: Sociológico.

Técnica: Interpretación de los artículos 4, 11 y 432 del c. de p.p., en función de una institución social definida científicamente.

3.5. Crítica jurídica

La interpretación de una fuente formal de derecho se realiza con base en dos juicios, así: En primer lugar el intérprete debe asumir una postura ideológica, manifestando su afiliación a una de las tres escuelas filosóficas que acabamos de exponer -la exegética, la sistemática y la sociológica-, pues como en todo proceso de investigación científica, el investigador debe definir con claridad los supuestos epistemológicos del método que va a utilizar.

Infortunadamente la falta de formación metodológica de los abogados hace que éstos no tengan conciencia de los supuestos teóricos que subyacen en su razonamiento hermenéutico, por lo que el discurso jurídico carece de precisión en estos aspectos. Es por eso excepcional que se encuentren en los textos doctrinales o de jurisprudencia frases que permitan conocer la postura filosófica del intérprete, por lo que es necesario inferir el método utilizado en la elaboración de la providencia, a partir de la técnica que sirvió para desenvolver el proceso hermenéutico.

En segundo lugar, se debe utilizar un procedimiento técnico de interpretación, según el método que se haya adoptado. El desarrollo de este procedimiento puede ser muy simple, como es, por ejemplo, la pura transcripción del texto de la fuente formal en que se funda la solución en una de las técnicas del método exegético, o muy complejo, como cuando se interpreta sistemáticamente una fuente en función de una institución construida por inducción de la normatividad, o sociológicamente, al interior de la realidad social.

La crítica se encamina a evaluar el método y la técnica que según la persona que la hace, son las que se deben utilizar. Veamos el siguiente ejemplo: La Corte Suprema de Justicia, en providencia de mayo 12 de 1939, de la cual fue ponente el H. Magistrado Arturo Tapias Pilonieta, dijo:

HECHOS

El día 9 de julio de 1934, a eso de las ocho y media de la mañana, ocurrió un violento choque de vehículos en la carretera que de la ciudad de Barranquilla conduce a la población de Baranoa, departamento del Atlántico, en una curva del lado occidental de la mencionada carretera, en el punto conocido con el nombre de El Tamarindo, entre el automóvil marcado con la placa número 2005, matriculado en Baranoa, que manejado por su propietario el chofer ..., se dirigía a Barranquilla con pasajeros, y un camión de propiedad de la Compañía de ..., marcado con la placa número 271, matriculado en Barranquilla, el cual, manejado por el chofer ..., llevaba una dirección contraria a la del automóvil. Del choque resultó gravemente herida la niña..., quien murió a las pocas horas en el hospital de caridad de Barranquilla, así como herida también su madre la señora..., y los demás pasajeros del automóvil.

EL RECURSO DE CASACIÓN

La empresa demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. Invócase la primera causal del artículo 120

del Código Judicial, “por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea” de la misma ley, y además, “por falta de apreciación de la prueba” que adelante se indica, falta que indujo al tribunal sentenciador a un doble error de hecho y de derecho.

“La responsabilidad de un acto por parte de una persona, supone necesariamente la imputabilidad del mismo a cargo de la propia persona. ¿A quién es imputable el hecho del cual ha resultado el daño en este caso? Es evidente que, si se trata de un acto humano, hay que imputarlo a un hombre: no es posible achacárselo a una sociedad anónima. ¿Quién conducía el vehículo en el momento del accidente? La persona que lo conducía no era desde luego una persona jurídica, es decir, una ficción legal; porque los vehículos de cualquier clase que sean no pueden ser conducidos por ficciones sino por seres racionales. De consiguiente, no cabiéndole, como no le cabe en este caso la imputabilidad a la persona jurídica del Consorcio de..., tampoco le cabe la responsabilidad del hecho dañoso

“El artículo 2341 del C.C., aplicado por el tribunal, contempla el caso de responsabilidad directa, pero no se refiere en manera alguna a la persona natural o jurídica de la cual era empleado el delincuente o culpable. Por lo tanto al aplicarlo al caso de autos en sentido contrario al demandado, el tribunal de Barranquilla incurrió en violación de esa disposición por indebida interpretación y aplicación errónea.

“Por otra parte, el acto humano -delito o culpa- es indivisible, e indivisible ha de ser en general su imputabilidad y, llegado el caso, su responsabilidad. No sería cuerdo que la ley civil, a diferencia de la penal, castigara a terceros inocentes de la culpa o del delito. Más aún: semejante división o separación de la responsabilidad civil y la penal, para el efecto de aplicar la primera al inocente y la segunda al culpable, está en abierta pugna con el artículo 2341 del C.C.

“... La enumeración de los artículos 2347 y 2349 del C.C. es taxativa en virtud de la máxima *praesumptiones sunt strictissimae interpretationis*, agrega el apoderado de la empresa demandada.

“Así pues, para que una persona sea responsable del hecho culposo o dañoso ejecutado por otra, es necesario que la segunda esté al cuidado de la primera, y que ésta, ‘con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad’ le confiere, ‘hubiere podido impedir el hecho’. ¿Qué personas están, para los efectos de tales artículos al cuidado de otras? los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 2347 y el mismo texto del 2349 satisfacen la pregunta. Estar al cuidado de otra persona es, a no dudar, estar bajo su potestad familiar o cuasifamiliar, como el hijo respecto del padre, el pupilo del guardador, la mujer

respecto del marido, etc. En cuanto a los dependientes, es claro que por tales se entiende no empleados cualesquiera, sino aquellos que mantienen relación con el empresario, están bajo su inmediata dependencia y reciben de este, instrucciones para desempeñar una labor determinada.

“Ahora bien, el chofer que entre al servicio de una empresa no pierde su capacidad ante la ley; no está al cuidado de la empresa en el sentido de los artículos citados. El chofer cuando manejaba el vehículo no estaba al cuidado de...; estaba manejándolo en virtud de capacidad propia para ello, reconocida y acreditada en el pase o carnet correspondiente. . .”

ANÁLISIS DEL RECURSO

El título xxxiv del libro cuarto del Código Civil, consagrado a dar normas sobre la responsabilidad común por los delitos y culpas, divídese por materias en tres partes: la primera, que son los artículos 2341 y 2345, contiene los principios directores de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; la segunda, constituida por los artículos 2346, 2348, 2349 y 2352, regula todo lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y la tercera, agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas.

Cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo.

El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer grupo. Es apenas natural que todo el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, indemnice a la víctima. Este es el hecho directo producto de la actividad personal de los individuos.

Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección. Cierto es que en estas faltas hay ya una culpa, pero esta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, el demente, el empleado, el animal o cosa; mas como la actividad de

dichas personas o el hecho del animal o de las cosas deben estar sometidas al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta sin la cual el daño no se hubiera ocasionado.

Por causa de responsabilidad indirecta ocasionada por el hecho ajeno, de los daños causados por los menores de diez y ocho años y los dementes responden las personas a cuyo cargo se hallan aquellos (artículo 2346): el padre, y a falta de éste, la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa; el guardador lo es de la conducta del pupilo que vive bajo su cuidado o dependencia (caso 2º, del art. 2347); el marido, de la conducta de su mujer (caso 3º, ibídem); los directores de colegios y escuelas responden del hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en las mismas circunstancias (caso 4º, ibídem); y los amos son obligados a reparar el daño causado por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por aquéllos a éstos, a menos que apareciera que en tal ocasión los segundos se han comportado de un modo impropio que los primeros no tenían medio de prever empleando el cuidado y la autoridad competente (art 2349).

Para los efectos del recurso de casación solo interesa el alcance y contenido del caso 4, del artículo 2347, y el del artículo 2349, frente al hecho dañoso a terceros del empleado o dependiente de una empresa -persona moral- realizado en el ejercicio de la función que al empleado le corresponde o se le ha confiado.

Ese hecho no podrá ser gobernado por el artículo 2341 porque no es hecho personal del empresario. Tendrá necesariamente que serlo por las citadas disposiciones concernientes a la responsabilidad de empresarios y empleadores por daños resultantes de actos de sus subalternos.

Ya se ha dicho que el dominio de la responsabilidad legal proveniente del hecho que no es propio, es de alcance excepcional, porque como dice la máxima citada en la demanda de casación, *praesumptiones sunt strictissimae interpretationis*. Es evidente, en efecto, que no es dable aplicar las reglas especiales que consagran la responsabilidad por el hecho ajeno a casos que carecen de toda relación con esas reglas. Desde este punto de vista las mencionadas reglas son limitativas Mas interpretación restrictiva no significa interpretación literal. Y así en este orden de ideas, asignarles a los vocablos y a los conceptos empleados por el legislador en el caso 4º del artículo 2347 y en el artículo 2349 la genuina interpretación científica que les corresponde ante la realidad cambiante de cada época, no es romper el cerco de las limitaciones, sino exprimir de los preceptos la savia vivificante que los inspira y anima; desentrañarles su verdadera razón de ser y el verdadero objeto que persiguen.

En el caso 4° del artículo 2347, en cuanto a empresarios y dependientes se refiere, y el contemplado por el artículo 2349, orientados ambos por la misma idea, se complementan entre sí. El primero hace responsables a los empresarios del hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado; y el segundo a los amos del hecho de sus sirvientes con ocasión del servicio que presten, pero empresarios y empleadores dejarán de ser responsables si probaren que no tuvieron medio de prever e impedir el hecho.

Se llama empresario en el lenguaje usual el que toma por su cuenta algún negocio o actividad, poniendo su capital, con el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria. Y quien coloca bajo su dirección y mando a otra persona aprovechándose de sus servicios mediante determinada remuneración, es amo con relación a esta persona, para emplear el lenguaje del artículo 2349, lenguaje resentido de la tradición feudal.

De consiguiente, en el sentido del artículo 2349, el empresario también es amo de sus empleados y dependientes, por cuya razón responde no solo del daño causado por éstos cuando trabajan bajo su cuidado, es decir bajo su vigilancia inmediata y directa, ya que tal es el sentido que fluye del texto regulador del caso 4° del artículo 2347, sino también cuando de cualquiera manera que sea, el daño se infiere a terceros con ocasión del servicio prestado, es decir, aún lejos de la vista y de la vigilancia inmediata del empleador. Basta pues que el empleado esté realizando su tarea en virtud de las órdenes del amo, patrón o empresario, que las dicta por la existencia de un vínculo de subordinación, para que el segundo responda del daño causado con motivo del cumplimiento de esa tarea. En esas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador, *quien* es así el sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia.

No obstante, el empleador puede escapar a la responsabilidad demostrando que no tuvo medio de prever o impedir el hecho de sus subalternos. En lo cual nuestro sistema se aparta de lo que al respecto dispone el derecho francés, en donde según el aparte 5° del artículo 1384 del Código de Napoleón, los amos y comitentes están expresamente excluidos del derecho de librarse a la presunción de culpa con la prueba de no haber podido impedir la ejecución del hecho dañoso por parte de sus dependientes o nuncios (*préposés*).

Análisis estructural

Problema: ¿Son responsables los patronos por los perjuicios que causan culposamente sus empleados en cumplimiento de sus funciones?

Tesis del recurrente: No son responsables.

Fuente: Arts. 2347 y 2349

Método: exegético

Técnica: Análisis semántico

Tesis de la Corte: Sí son responsables.

Fuente: Arts.2347 y 2349.

Método: Sociológico.

Técnica: Interpretación de las normas en función de la realidad social.

Obsérvese que en esta providencia no se hace una clasificación de los distintos grupos de responsabilidades civiles extracontractuales para interpretar en función de uno de ellos los artículos 2347 y 2349, sino para determinar cuáles son las normas aplicables al caso en estudio; es decir, la argumentación se inicia con un juicio de pertinencia material de la fuente. Luego se interpretan las normas que se consideran aplicables en función de la realidad social.

Crítica jurídica:

El 9 de julio de 1934 hubo un choque en la carretera que conduce de Baranoa al punto conocido con el nombre de El Tamarindo, en el departamento del Atlántico, entre un camión de propiedad de la empresa..., manejado por el señor..., empleado de dicha empresa, y un automóvil de servicio público. Como consecuencia del accidente murió una niña que viajaba como pasajero en el automóvil, y su madre quedó también herida. Demostrada la responsabilidad del conductor del camión, se plantea el problema de saber si el patrono está obligado a responder por los perjuicios que causen culposamente sus empleados con ocasión del cumplimiento de sus funciones.

La empresa demandada considera que ello no es posible jurídicamente, por cuanto que el artículo 2341 del C.C. solo estatuye la responsabilidad directa, pero no incluye en manera alguna a la persona natural o jurídica de la cual sea empleado el delincuente o culpable. Igualmente los artículos 2347 y 2349, agrega el apoderado de la empresa, al establecer la responsabilidad por otros lo hace mediante una enumeración taxativa que no puede ser ampliada por el intérprete en virtud de la máxima *praesumptiones sunt strictissimae interpretationis*.

En estas últimas normas se dice con claridad, continúa el memorialista, que para que una persona sea responsable del hecho culposo o dañoso ejecutado por otro, es necesario que la segunda esté al cuidado de la primera, y que ésta, “con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad” le confiere, “hubiera podido impedir el hecho”, situación que, según él, solo se da en la relación familiar o con los empleados que están bajo la inmediata dependencia del empresario, recibiendo instrucciones de éste para desempeñar una labor determinada, evento que no se configuró en el caso del chofer, pues él no estaba “al cuidado de la empresa” en el sentido que tiene esta expresión en las normas citadas, ya que él manejaba el vehículo por su propia capacidad reconocida o acreditada con el pase correspondiente.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, al conocer del recurso de casación interpuesto por la empresa contra la sentencia del tribunal, considera que los patronos están obligados a responder por el hecho culpable de sus empleados, fundándose para ello en el artículo 2347 que establece la responsabilidad por el hecho de los dependientes mientras estén bajo el cuidado del empresario, y en el 2349, que establece la responsabilidad por los hechos de los sirvientes con ocasión del cumplimiento de sus funciones. La Corte reconoce obviamente que esta interpretación no se desprende del tenor literal de las normas, pero considera que ella es “la genuina interpretación que corresponde a los artículos 2347 y 2349, ante la realidad cambiante de cada época”.

Nosotros compartimos la tesis de la Corte, porque como lo anota muy atinadamente esta Corporación, la interpretación del derecho debe ser el instrumento que permita adecuar las normas a las necesidades reales de cada momento histórico, para garantizar que él pueda cumplir su función reguladora dentro del continuo devenir social. Si el artículo 2349 hace responsable al amo por los hechos realizados por sus sirvientes con ocasión del desempeño de sus funciones, hay que entender que estos términos que correspondían a la estructura feudal del siglo pasado, como bien lo anota la Corte, corresponden hoy al concepto moderno de empresario. Si éste se usufructúa del trabajo de sus subalternos, es lógico que a la vez deba responder por los perjuicios que éstos causen en cumplimiento de las funciones propias de su empleo.

3.6. Ejercicios prácticos

3.6.1. *En salvamento de voto a la sentencia de junio 28 de 1984, dijo el H. Magistrado Jorge Salcedo Segura:*

El objeto del control constitucional por los jueces no es mantener petrificados los textos de la ley fundamental sino, al contrario, vivificarlos, ampliarlos; extenderlos a las nuevas circunstancias de la vida real. La Corte debe guardar la Constitución, pero no como un cadáver momificado, sino como un organismo vivo que, por lo mismo que es vivo, cambia sin cesar. Su oficio es, pues, hacer flexibles los textos, acoplarlos a las situaciones nuevas, imprevistas o imprevisibles. Pero, ¿cuál es el criterio que debe orientar esta adaptación? La dificultad resulta de la antinomia que consiste en esta doble y simultánea necesidad: la de conciliar el orden jurídico y la vida social, por una parte, y la de mantener, por otra parte, a la regla del derecho, su carácter firme, preciso e imperativo”- Sitúo por delante este párrafo escrito por el maestro Echandía en el prólogo a la obra “Defensa del orden jurídico” de César Castro Perdomo, 1974, porque fue sencillamente premonitorio de la evidente contradicción entre la realidad social y el apego al frío texto normativo que se echa de ver como resulta de la sentencia de cuya parte motiva discuerdo. Porque ciertamente la norma declarada inexecutable, con variantes cuantitativas, venía rigiendo desde el siglo pasado sin causar ningún traumatismo social, por el contrario, siendo factor de orden cuando quiera que era aplicada; al paso que al declararse inconstitucional crea un tal vacío, una tan grande laguna en materia penal, que paradójicamente el trastorno social se produce precisamente cuando se intenta guardar la integridad de la Constitución y no durante la centuria en que la norma supuestamente inconstitucional estuvo rigiendo. ¿Cuál de los dos extremos de la dicotomía *echandiana* debía prevalecer? ¿El orden social? ¿La norma superior? Ninguno. O, mejor, ambos conciliándolos, armonizándolos. Tal fue lo que propuse.

A mi modo de ver la norma legal que le otorgó competencia a las autoridades de policía para conocer del delito de lesiones personales hasta con incapacidad de 30 días y de los delitos contra el patrimonio que no excedan de \$30.000.00 es inconstitucional, pero no como consecuencia de la teoría de la separación de los poderes, que la Corte invocó, sino por razones muy otras. Primeramente explicaré por qué no comparto la motivación de la sentencia y luego daré los fundamentos sobre los cuales apoyo la decretada inexecutable, que de haber sido acogidos hubiesen evitado el caos actual.

El verdadero motivo de inconstitucionalidad de la Ley 2²³, en punto a competencias de la policía. Todo hasta aquí expuesto conduciría a votar negativamente la ponencia en cuanto a la inexecutable de los artículos que le atribuyen competencia a la policía para conocer de delitos leves. Empero, no es así. Voté afirmativamente la parte resolutive pero por motivos diferentes, que paso a explicar. Parto de una base, es a saber que el legislador sí puede otorgarle competencia a la policía para conocer de contravenciones o delitos leves; lo primero porque es propio de la ley otorgarla; lo segundo, porque el conocimiento de esos delitos leves en nada interfiere con el funcionamiento de las distintas ramas del poder público; por el contrario, contribuye a la armónica colaboración que deben prestarse entre sí; lo tercero, porque no hay ninguna norma constitucional que lo impida. Empero, surge este interrogante: ¿Qué es el delito leve, o qué es la contravención? ¿Hay autonomía del legislador para calificar este aspecto tan fundamental? La respuesta no puede ser otra que la que dicta al sentido común. No puede haber, no hay, un parámetro que alindere con precisión lo que es leve o grave, lo que es delito o contravención. Así, por ejemplo, existen infracciones que antaño eran contravenciones y hoy son delito, como el contrabando, y antiguos delitos que hogaño son contravenciones, como el consumo de estupefacientes; los cambios los ha ordenado autónomamente el legislador. Son cuestiones de hecho.

Es necesario respetar hasta cierto punto el sano criterio del legislador. Empero, no se puede abusar de esta prerrogativa, como ha venido ocurriendo con la competencia a la policía para conocer de delitos de lesiones personales. Inicialmente fueron cinco días, luego diez y finalmente quince días de incapacidad. Cuando ello ocurrió la norma fue acusada de inconstitucionalidad y la Corte hubo de declarar su executable, constituyendo una evidente cosa juzgada, sobre la cual la Corte no puede entrar a variar el criterio.

Pero posteriormente, en virtud de la Ley 2a. ahora acusada, se dobló esa incapacidad y se señaló competencia policiva hasta para lesiones que produjeran treinta días de incapacidad. He ahí un evidente movimiento legislativo que en forma progresiva va tomando la competencia normal de los jueces para trasladarla a la policiva. Es esa conducta la que considero reñida con la Constitución. Cuando se dobló el término de la incapacidad observo una extralimitación que juzgo contraria a la Constitución y por tal razón voté afirmativamente la parte resolutive de la sentencia de cuya parte motiva he venido discrepando.

23 NOTA: La Ley 2 elevó la competencia de los funcionarios de policía para conocer de delitos de lesiones de incapacidad de 15 días a 30 días, y hurtos de \$ 3.000 a \$ 30.000, y cambió la palabra *contravención* por *delito*.

Habría, a manera de ejemplo y como argumento *ad absurdum*, un caso en que la inconstitucionalidad saltaría de bulto: si el legislador declarara que el homicidio es una contravención o un delito leve y a tal título su competencia se le adscribiera a la policía. ¿Quién sería osado de afirmar que tal disposición se enmarcaría dentro de la norma superior? No estamos ciertamente en un caso extremo como el del ejemplo, pero si se advierte el deseo paulatino del legislador de mermarle competencia a la justicia ordinaria para trasladarla a la policía, y ese procedimiento debe necesariamente tener un límite. Tal frontera es la que ha debido trazar la Corte declarando la inexecutable de la disposición legal que le otorga competencia a la policía para conocer de lesiones causantes de incapacidad hasta de treinta días; pero no de toda la competencia, como resulta ahora, creando los absurdos a que precedentemente se hizo referencia. ¿Cuál sería el límite máximo? Lo ya decidido por la Corte en la sentencia de 9 de septiembre de 1966, es decir, hasta quince días. Esa situación, que se mantuvo por muchos años, fue tácitamente aceptada por el constituyente primario, por la gente, y esa tradición no puede desconocerla la Corte, aun cuando la nuestra sea una Constitución escrita y rígida; los hechos son a veces superiores a las normas. Lo que se dice de las lesiones personales puede igualmente predicarse de los delitos contra la propiedad, limitando la competencia de la policía en los parámetros en que fueron encontrados executable en el citado fallo, sin perjuicio de que la Corte, por vía de interpretación hubiese podido hacer un ajuste racional de las cuantías atendido el fenómeno notorio de la desvalorización de los signos puramente monetarios. ¿Que con lo anterior la Corte se convierte de fallador en jurisfaciente? Si, es cierto. Pero así debe proceder, como lo predica el maestro Echandía en el prólogo citado. Veámoslo: “Es posible que no falten contradictores pero me parece claro que la llamada guarda de la Constitución atribuida a la Corte Suprema de Justicia, comprende mucho más que la pasiva y literal aplicación de un texto; tiene, además, el alcance de realizar ese texto; es decir, de desarrollarlo aplicándolo a las concretas realidades cambiantes, adaptándolo a una concepción de lo que debe ser la vida social y económica del país, en cuanto dicha concepción se conforme con la que domina la total estructura constitucional, pero también en cuanto no resulte incoherente con los hechos reales y concretos a que aquella se aplica”.

Más adelante agrega el maestro: “La vida -ya lo había dicho Spencer- no es sino una continua adaptación de las relaciones internas a las externas; todos nuestros actos corresponden a otros tantos problemas; son una tentativa de resolverlos, que nunca alcanza la plenitud total. Qué es en derecho lo que se adapta continuamente y a que se adapta? Lo que se adapta es la norma y aquello a que

se adapta es una noción o sentimiento de justicia. Cuando el legislador crea la norma precisándola en el texto escrito, busca la realización de la justicia; cuando el juez aplica esa norma en un caso real, concreto y determinado, busca también la justicia. Pero como la realidad cambia incesantemente nunca se logrará aquella definitiva adaptación. Pero hay más: no solo los hechos de la realidad ambiente cambian, sino que uno de esos hechos cambiantes es el sentimiento mismo de la justicia. Lo que significa que el derecho escrito expresión en la cual deben comprenderse no solo las leyes producidas por el órgano o los órganos legisferantes, sino también la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina - es insuficiente para reflejar la realidad siempre renovada y encontrar soluciones aptas para todas las nuevas, imprevistas emergencias de la vida social. Sólo que, en nuestro tiempo, en el mundo moderno, gracias al cambio rápido e incesante de las condiciones de la vida por la aparición de nuevas formas de actividades que producen, de continuo, nuevos problemas y contrastes, se necesita que el jurista haga un esfuerzo más grande para interpretar cabalmente las leyes, es decir, para adaptar su sentido a las nuevas relaciones sociales. Es necesario -dicho de otra manera- que preste una mayor contribución al progreso del derecho, a su continua renovación.

En síntesis, declarando la inexecutable de la norma acusada únicamente en cuanto aumentó de quince a treinta días de incapacidad la competencia de la policía se hubiese evitado los trastornos que ha producido la incompetencia total; se hubiese convertido la Corte en verdadera colaboradora armónica de la rama legislativa, dándole un contenido conveniente a las normas; las cosas hubiesen quedado en el estado en que estaban antes de la extralimitación de sus facultades por parte del legislador; en síntesis, con tal solución, la Corte, convertida como es su deber, cuando se necesita, en verdadera jurifaciente, hubiese sido factor de sosiego y armonía social. Solución con la cual, de paso, se hubiese respetado la cosa juzgada creada por la sentencia de la Corte de 9 de septiembre de 1966.

3.6.2. En sentencia del 10 de febrero de 1988, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al tratar sobre los requisitos de los edictos emplazatorios, manifestó:

Al proceder a decidir el grado de consulta ordenado en este proceso abreviado de separación de cuerpos promovido por Segundo Félix González Angulo, contra Asteria Rivera Sinisterra, encuentra la Sala que se ha estructurado la causal 8a. de nulidad que consagra el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por las siguientes razones:

1. De acuerdo con la ley rituarial civil, cuando al demandado no es posible vincularlo al proceso mediante la notificación personal del auto admisorio de la demanda, procede hacerlo a través de un curador *ad litem* que se le designe al efecto, en orden a lo cual es preciso emplazarlo conforme a las prescripciones que en su caso preceptúan los artículos 318 y 320 de este estatuto.

2. En cualquiera de las modalidades emplazatorias apuntadas de rigor es, empero, obligatorio que se dé estricta observancia a todos y cada uno de los requisitos exigidos por dichas normas, manera única de garantizar el ineludible postulado constitucional del debido proceso. No caben en el punto, por tanto, interpretaciones laxas, pues cada uno de los pasos que deben cumplirse en orden al llamado edictal, ineluctablemente forman parte del mecanismo legal, de suerte tal que su omisión o cumplimiento defectuoso, por mínimo que sea, hace que el emplazamiento no sea cabal. No se remite a duda, pues, que el juzgador está en el deber de extremar el análisis de tan particularísima situación, impidiendo así que el proceso se adelante sin una correcta formación de la relación jurídica procesal. Poderosos motivos de interés público claman porque se procure que a los sujetos de derecho se les vincule legalmente a los procesos, tanto más cuando se cumple a través del citado emplazamiento.

3. De entre los diversos requisitos que puntualiza el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, bien amerita destacarse en esta oportunidad el de que al expediente se deben agregar ‘... sendos ejemplares del diario’ en que se publicó el edicto, para significar, tal como lo tiene entendido la doctrina y la jurisprudencia, que él no se satisface más que adjuntando los diarios completos de la publicación; o, lo que es lo mismo, no allana esa exigencia el arrimar parcialmente dichos diarios, como sucede cuando se agregan simplemente alguna o algunas secciones de los mismos.

Es comprensible que el celo del legislador patentizado en esa disposición, tiene como finalidad la de que se asegure, en lo posible, la inserción del edicto en el diario que efectivamente sale a circular y que precisamente, por integrarlo varias partes o secciones, sea de especial interés para el mayor número de lectores, lo cual, como es obvio, redundará en beneficio de emplazado quien así tendrá un amplio margen de enterarse de su citación.

Así lo expresó la Corte, al enfatizar:

‘Entre tales requerimientos se halla el de que el edicto emplazatorio permanezca fijado por el término de un mes en un lugar visible de la Secretaría del despacho judicial y que el mismo se publique en un diario de amplia circulación en la localidad, por tres veces, durante el mismo término y por medio de

radiodifusora del lugar, si la hubiere, con intervalos no menores de cinco días. 'Agrega además la norma, que al expediente se allegarán sendos ejemplares del diario y certificación auténtica del administrador de la emisora.

'Sin ningún esfuerzo se colige que es exigencia legal, la de que se allegue no copia parcial del diario, sino su ejemplar completo.' (Auto de 21 de abril de 1987, proferido en proceso abreviado de separación de cuerpos de Elsa Gutiérrez Tovar contra Hernando Prada Londoño).

A lo cual cabe añadir que la sola expresión 'ejemplares' utilizada por la ley, confirma el anterior aserto, pues la naturaleza de la materia tratada hace entender que su significación no puede ser otra que la que trae el Diccionario de la Lengua Española en su quinta acepción: 'Cada uno de los escritos, impresos, dibujos, grabados, reproducciones, etc., sacados de un mismo original o modelo', citando como ejemplos los siguientes: 'De este libro se han tirado mil ejemplares; ayer compré dos ejemplares de aquella estampa', lo que de suyo pone de manifiesto que un ejemplar es la reproducción completa, acabada, del respectivo escrito, grabado, estampa, etc. Y no lo es, por exclusión su reproducción fragmentaria o parcial.

4. Como corolario se sigue que en el sub lite al haberse adjuntado, no los diarios completos, sino apenas alguna de sus partes, el emplazamiento se revela menudado y no podía adelantarse, por tanto, válidamente el proceso; debe notarse que tal situación no varió pese a los requerimientos hechos en las instancias.

Con arreglo a lo discurrido, se ha configurado la nulidad apuntada (numeral 8o. del mencionado artículo 152 del Código de Procedimiento Civil). Y como tal vicio no ha podido sanearse por ninguno de los motivos que ofrece la ley, entre otras razones porque el emplazado aún no ha comparecido, impónese su declaratoria oficiosa." (Gaceta Judicial, T.cxcii, No. 2431, Primer Semestre de 1988, p.27, Magistrado Ponente: Dr. Rafael Romero Sierra).

3.6.3. La Corte Suprema de Justicia, por auto de octubre 4 de 1988, con ponencia del Magistrado doctor Jorge Carreño Luengas, dijo:

Por auto del 12 de julio de este año, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot planteó colisión de competencias negativas al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, por considerar que éste era el funcionario competente para conocer del proceso que cursa por los delitos de acceso carnal abusivo con menor y secuestro simple.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, por auto del veintiuno de julio rechazó el conflicto planteado y ordenó la remisión del cuaderno correspondiente a esta Corporación.

Decide la Sala lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

En la vereda Barzalosa perteneciente al municipio de Girardot, entablaron relaciones de noviazgo la menor de once años... y el ciudadano..., quienes en vista de contratiempos puramente familiares decidieron escapar de la región para dirigirse a la ciudad de Pereira donde luego de unos días, tuvieron relaciones sexuales perfectamente voluntarias.

Por los trámites del procedimiento abreviado, por existir confesión simple, el Juzgado 83 de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra el sindicado, dando apertura al trámite correspondiente por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

El Juez Penal del Circuito de Girardot, consideró que se había perfeccionado el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no así el de secuestro simple porque el sujeto activo de la conducta no arrebató, no sustrajo, no retuvo ni ocultó a la menor, puesto que la huída fue iniciativa de ésta, para concluir finalmente que como el acceso carnal tuvo lugar en Pereira, son los funcionarios de esta ciudad quienes por el factor territorial tienen la competencia. Por su parte, el Juzgado del Circuito de Pereira consideró que si se había perfeccionado el delito de secuestro simple, pues hubo retención de la menor y que en tales circunstancias el hecho punible contra la libertad individual tuvo su iniciación en Girardot y que tanto por el factor territorial como por la competencia a prevención es al funcionario de esta ciudad a quien le corresponde el conocimiento del proceso.

Cita como fundamento a su posición, jurisprudencia de la Corte con ponencia del Honorable Magistrado Pedro Elías Serrano, donde se acepta en un caso similar la posibilidad de que pueda estructurarse el delito de secuestro simple.

CONSIDERACIÓN DE LA SALA

El problema de competencia que se debe resolver por esta providencia, en realidad se genera en la diversa opinión que expresan los funcionarios que están en conflicto, porque mientras el uno niega la posibilidad de que además del delito sexual pueda darse el que afecta la libertad, el otro afirma la existencia concursal de ambos. En tales circunstancias de discrepancia, el conflicto se habrá resuelto una vez se determine cuál es el delito o delitos que en el presente caso se hayan podido configurar con la conducta realizada por el sujeto activo que ahora es sometido a proceso penal.

(...)

Dos formas de secuestro contempla nuestro Código Penal: El secuestro extorsivo

y el secuestro simple. El primero de estos tipos penales se estructura cuando el sujeto agente, arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad o para que se haga u omita algo con fines publicitarios de carácter político (art. 268 del C.P.)-

El secuestro simple exige la misma forma de comportamiento para realizar la conducta, pero no demanda en el actor un propósito determinado, pues es indiferente para los fines de la Justicia el objeto que se proponga con su acción del delincuente.

El Decreto 180 del presente año, denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia, involucra en un solo título penal el delito de secuestro, haciendo consistir la conducta en sustraer, arrebatar o retener a una persona, convirtiendo los ingredientes subjetivos del secuestro extorsivo en meras circunstancias de agravación punitiva (art. 23).

Es por tanto, indispensable, para que se tipifique el delito de secuestro, tanto en la legislación penal ordinaria como en el Decreto Legislativo que haga presencia en la conducta del sujeto activo, una cualquiera de las formas verbales, a que se refieren las normas citadas como medio de ejecución para obtener el resultado ilícito, esto es, que se arrebate, sustraiga, retenga u oculte al sujeto pasivo de la infracción.

Estas conductas alternativas entrañan conceptos de presión, fuerza física o moral o engaño que descartan la conducta punible, cuando el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento, porque el rapto consentido como delito que tutelaba el bien jurídico de la familia en el Estatuto Penal de 1936 desapareció en la legislación punitiva de 1980, que sanciona únicamente la sustracción, arrebatación o retención de una persona como delito violento o engañoso, que no surge por tanto a la vida del derecho penal cuando el presuntamente sustraído o retenido ha prestado libremente su consentimiento.

Sin embargo, el legislador tanto en el ramo penal como en el civil, ha considerado que la autodeterminación de una persona requiere cierta madurez física y psíquica y por eso el C. Civil establece en su art. 1503 que “toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

Los menores de dieciocho años, que no han obtenido habilitación de edad, son relativamente incapaces. No obstante, tanto la ley civil como la penal, los autoriza a consentir un acto que no solo produce efectos jurídicos sino que además pueden ocasionar consecuencias de trascendental importancia en su vida futura. Así en el campo civil la mujer mayor de doce años y el varón mayor de catorce, pueden consentir para contraer matrimonio y a esa expresión de voluntad la ley le otorga plena validez.

En el campo penal, la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en materia sexual, por encima del límite de la edad tutelada por la ley, es decir, los catorce años sin que constituya abuso sexual el acceso carnal realizado con el consentimiento de ella.

Pero existe en cambio, una interdicción absoluta en los menores impúberes a todo acto que pueda producir efectos jurídicos o lesionar los bienes tutelados por la ley penal como la autonomía individual, la libertad y el pudor sexuales. Por eso establece la Ley Civil en su art. 1.504 que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito...” y agrega la norma: “sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución”.

De ahí que pueda afirmarse, que las personas relativamente incapaces, entre ellas las personas menores de 18 años pueden prestar consentimiento válido en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes, mientras que las personas absolutamente incapaces como los impúberes (varón menor de catorce años y mujer menor de doce), no pueden dar ese consentimiento válidamente en ningún caso, y el que otorgaren meramente aparente, no puede producir efectos de ninguna naturaleza en materia penal o civil.

Concluyese de lo anterior, que los impúberes no tienen capacidad para consentir o autodeterminarse y que la sustracción, que de ellos se haga de su domicilio o su retención aún con su aparente consentimiento, puede ser punible, porque al sujeto agente para realizar su propósito, se está aprovechando de la inmadurez de las condiciones de inferioridad psíquica que deben pregonarse de las personas absolutamente incapaces.

De ahí que si los impúberes son absolutamente incapaces y no pueden prestar su consentimiento válido, el hecho de que sean sustraídos de su hogar, retenidos fuera de él, con su consentimiento o incluso con su agrado, constituye una conducta punible que se subsume dentro del tipo penal del secuestro. Si el consentimiento del impúber no es válido, porque la Ley no le otorga ningún efecto, no puede afirmarse que medie el consentimiento del sujeto pasivo para la sustracción o retención.

(...)

Este criterio de sana hermenéutica, se ratifica hoy, separándose la mayoría de la Sala de doctrinas anteriores (auto del 30 de noviembre de 1983), para afirmar que la sustracción o retención de una menor impúber constituye delito de secuestro aún mediando para la comisión del hecho la aquiescencia del menor porque a ese consentimiento no le otorga la ley validez y por tanto, no puede producir efectos jurídicos.

No puede entenderse, que con este criterio se está arbitrariamente fijando límites de edad para la realización de la conducta ilícita, modificando el tipo penal. Sencillamente, se está interpretando la norma penal a la luz de los preceptos que regulan y tutelan los intereses, bienes y derechos del menor, en búsqueda de su verdadero alcance y sentido.

(...)

3.6.4. El Consejo de Estado, en sentencia del 9 de junio de 1961, de la cual fue ponente el doctor Carlos Gustavo Arrieta, resuelve un caso con base en una fuente contractual:

El 28 de mayo de 1949 se suscribió un contrato entre el jefe de la zona técnica-administrativa del Norte de Santander y el señor ..., por medio del cual éste dio en arrendamiento al gobierno, con destino al establecimiento de un vivero de frutales, un lote de terreno de diez hectáreas de extensión situado en el municipio de Chitotá.

Se estipuló que el término del convenio sería el de cinco meses comprendidos entre el 1 de enero de 1949 y el 31 de mayo del mismo año. El gobierno se reservó el derecho de resolver el contrato y entregar el terreno cuando lo estimara conveniente, dando aviso anticipado de quince días. El pago de los cánones de arrendamiento quedó subordinado a las apropiaciones presupuestales y la validez de la convención sujeta a la aprobación del Ministerio de Agricultura y Ganadería. Este despacho se la impartió el 14 de junio del mismo año

El 22 de octubre de 1949 se suscribió un nuevo acuerdo entre las mismas partes y sobre bases semejantes a las anteriores. En la cláusula séptima se estipuló que sería de propiedad del arrendador las mejoras que se hicieran en el predio.

Concluido el término de arrendamiento, el gobierno hizo entrega al propietario. El 30 de noviembre de 1949, fecha de la entrega del inmueble, existían en el lote no menos de once mil (11.000) árboles de frutas que quedaron de propiedad del arrendador en razón de la cláusula séptima citada. Cuando ya el señor... estaba en regular y legítima posesión de los árboles que habían quedado plantados en el inmueble, algunos funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería despojaron de tales bienes al arrendador en los meses de enero a abril de 1950.

Tan pronto se consumaron estos actos, el señor Carvajal pidió al Ministerio de Agricultura y Ganadería el pago del valor de los árboles retirados. Por resolución del 29 de febrero de 1952, este despacho no negó los hechos constitutivos del atropello, pero con base en informaciones y probanzas deficientes,

solamente reconoció el valor de unos pocos árboles en mal estado de producción. El doctor ..., apoderado especial del arrendador, interpuso el recurso de reposición contra el proveído anterior y éste fue desatado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería por medio de la resolución de 31 de marzo de 1954, negando la revocación impetrada. La anterior es la síntesis de los hechos del libelo. Con base en los hechos relatados, el doctor..., obrando en representación de... y..., presentó el 27 de agosto de 1954 demanda ante el Consejo de Estado en ejercicio de la acción de plena jurisdicción para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

1. Que se declaren nulas las resoluciones proferidas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería con fecha 23 de febrero de 1952 y 31 de marzo de 1954, que en copias auténticas acompañó a esta demanda.

2. Que se declare que los demandantes tiene derecho, conjunta o separadamente, o uno solo de ellos, a que el Estado colombiano, por conducto del Ministerio de Agricultura y Ganadería o al que corresponda, le pague, dentro del término que señale el fallo, el valor de los perjuicios a que se hace referencia en el presente escrito,

Al expediente no se trajeron las copias del contrato o contratos celebrados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería con los demandantes con anterioridad al año de 1949, circunstancia que impide a la sala conocer si en realidad se estipuló desde esa época cláusula sobre mejoras. Solo aparecen los convenios suscritos en 23 de mayo de 1949 y 22 de octubre del mismo año. En el primero nada se expresa sobre este punto, pero en el segundo sí se dice que “una vez terminado el contrato por voluntad expresa de las partes contratantes, los cercados de alambre que el gobierno construya para utilización del terreno y demás mejoras quedarán de propiedad del contratista”.

En los antecedentes administrativos del negocio aparece claramente establecido cuál fue el alcance que el Ministerio de Agricultura y Ganadería dio a la cláusula séptima de ese convenio. En efecto, a folios 42 y 43 del cuaderno de antecedentes figura el oficio de 25 de mayo de 1953, dirigido por el doctor..., jefe de la División Nacional de Agricultura, al secretario general del Ministerio, en el cual expresa lo siguiente...”(1°...)

“2°) Como mejora en este caso se entiende la plantación de árboles frutales, sembrados en sitio definitivo. Lo otro son plantas pequeñas sembradas en semillero o vivero, para injertar y repartir al público, ya injertadas....

“3°) Según el informe ‘oficial’ que rindió el práctico agrícola señor ..., como encargado del vivero y jefe de la zona, con fecha 5 de mayo de 1949, y que

como ‘informe anual de labores’ es la información más completa y exacta de que pueda disponerse como antecedente, ‘el número de árboles plantados en sitio definitivo, y que es lo único que puede considerarse en mi concepto como mejoras, suma entre las diferentes especies, la cantidad total de 270’.

“4º) La Dirección de Agricultura, en aquella época a mi cargo, pudo haber ordenado que se continuaran repartiendo los árboles de semillero, y si así lo hizo, fue de acuerdo con instrucciones y conceptos de sus superiores y del Departamento Legal del Ministerio, pues en realidad era ese y no otro el destino que debía darse a los arbolitos de semillero, porque, repito, la mejora en ese caso es la plantación sembrada en sitio definitivo; así como en una casa la mejora es un techo, una pared y no muebles o una mata sembrada en una jardinera como adorno.

“Por lo anterior, me parece muy fácil aclarar cuántos árboles se encuentran sembrados en sitio definitivo.

“Si en mayo había 270 y en esa época ya se sabía que el Ministerio debía entregar el lote, es lógico suponer que no se sembraran más árboles. Estos árboles, sembrados en sitio definitivo, son lo único que constituye la mejora a la propiedad. Es fácil también comprobar cuántos de esos se arrancaron o destruyeron irresponsablemente, y por lo tanto, llegar a un acuerdo sobre su valor para efectos del reconocimiento de perjuicios a que pudiera tener derecho el señor...”

Además, en la segunda de las resoluciones demandadas se lee lo siguiente:

“Por otra parte, el reclamante no ha demostrado, ni el Ministerio acepta, que la forma concentrada de árboles de un vivero constituya por sí una mejora del terreno que ocupan”.

La misma idea se expresa en el primero de los actos administrativos acusados, cuando dice, “Tampoco se ha demostrado que la forma concentrada de arbolitos de un vivero, constituya Ministerio de Agricultura y Ganadería y los propietarios del inmueble arrendado sabían, desde la iniciación del contrato, que esas plantas tenían un destino especial, que no era propiamente el de quedar arraigadas en el predio sino el de retirarlas cuando el gobierno lo juzgara oportuno. En tales condiciones no se podría sostener con razón valedera que los árboles se sembraron con criterio distinto. Por el contrario, el propósito que se perseguía con la plantación de los frutales descarta esa posibilidad. Si el arrendador conocía la destinación que tenían las plantas, y si a pesar de ello contrató, no puede alegar que todas las unidades existentes en el momento de la entrega del inmueble le pertenecieran por concepto de mejoras y en razón de la aplicación de la cláusula séptima del acuerdo. Por otra parte, la cláusula sobre mejoras solo se introdujo en el último mejora permanente del terreno que ocupa”.

La interpretación dada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería a la cláusula séptima del último contrato se ajusta estrictamente a la naturaleza de esa convención y al texto de la estipulación mencionada. En efecto, el objeto del convenio no fue otro que el de dedicar el terreno arrendado al establecimiento de un vivero de frutales. Los árboles que allí se plantaran estaban destinados a ser repartidos entre el público para fomentar el cultivo de esa clase de plantas. Esta conclusión se infiere no solamente del texto del contrato sino también de la aplicación continuada que se le dio. Existen en el expediente pruebas de que durante el curso de la ejecución del convenio, los funcionarios retiraban del predio arrendado las cantidades de árboles que estimaban conveniente para distribuirlos entre los particulares.

La destinación que tenían las plantas no desaparece por el hecho de que el gobierno las hubiese dejado transitoriamente en el sitio en que estaban arraigadas y con posterioridad a la fecha del vencimiento del contrato de arrendamiento, porque la imposibilidad de retirarlas oportunamente no podía trocar en mejoras lo que jamás había tenido esa calidad jurídica.

De esta manera, el criterio a seguir por la Sala para efectos de la interpretación de la cláusula séptima del contrato es el de la destinación que en el convenio se dio a las plantaciones hechas en el vivero. Si los árboles estaban sembrados en sitio definitivo, ellos tenían calidad de mejoras del terreno y pertenecían al arrendador; pero aquellos que no estaban plantados en lugar fijo y estaban destinados a distribuirlos entre los particulares para fomentar su cultivo, no constituían mejoras y el gobierno podía sacarlos en cualquier tiempo, aún después de terminado el contrato de arrendamiento.

3.6.5. En sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, se dice:

Estando para revisión de esta sala, por recurso de apelación la sentencia proferida con fecha 10 de octubre de 1967 por el señor juez primero civil municipal de Melgar (Tolima), en juicio especial de servidumbre, queda establecido:

El doctor..., abogado titulado e inscrito, presentó demanda para obtener una servidumbre de tránsito en beneficio de la finca denominada El Lobo, en la región de Cañaduzal, jurisdicción del municipio de Melgar, en nombre y representación del señor..., quien es usufructuario de la mencionada finca.

La servidumbre se pretende establecer sobre un fundo de propiedad del señor..., colindante de la susodicha finca El Lobo, para salir a la vía carretable que comunica con la región.

Por sentencia de fecha 29 de mayo de 1965 a la finca El Lobo le fue concedida

servidumbre de tránsito por un predio distinto del que ahora quiere gravarse. La mencionada servidumbre, según dictamen pericial, resulta insuficiente, pues no es lo bastante amplia para permitir el transporte de vehículos automotores, a más de que su paso se fijó por la orilla de una corriente de agua, resultando peligroso el acarreo de maquinaria, especialmente en la época de invierno.

Con fundamento al anterior considerando, el señor... solicita un nuevo gravamen sobre fundo distinto, pues es su pretensión explotar técnicamente la finca que se halla usufructuando.

Admitida la demanda y corrido el correspondiente traslado, el dueño del predio sobre el que se quiere establecer la servidumbre, por medio de su apoderado doctor..., se opuso a las pretensiones del demandante por considerar que (...) dicha finca ya tiene constituida a su favor una servidumbre de tránsito que le da salida, precisamente, a la vía carretable, y por un tramo más corto.

Por sentencia de 7 de septiembre de 1967 el señor juez del conocimiento se pronunció en contra del demandante, señor..., atendiendo las razones aducidas por el demandado. Se dice allí (...) Por otra parte, tampoco puede concederse cuando el predio goza de una servidumbre ya constituida en forma judicial.

(...)

Por otra parte, y con base en el artículo 905 del mismo estatuto, considera el señor juez que no es del caso acceder a las pretensiones del demandante, dado que en dicho artículo se establece que hay derecho a constituir servidumbre a favor de un predio cuando “se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios. (...)

El doctor..., como apoderado del demandante, y no satisfecho con la decisión judicial, interpuso oportunamente el recurso de apelación, y tramitada que fue la instancia, es necesario entrar a decidir, previas las consideraciones siguientes:

(...)

En cuanto a la segunda consideración que hizo el señor juez a quo para negar la servidumbre, podemos decir que sí es cierto que el artículo 905 del C.C. establece como requisito para la constitución de servidumbre de tránsito el hecho de “hallarse destituido de toda comunicación con el camino público” el predio dominante. Y está demostrado que la finca El Lobo sí tiene salida al camino público que es la vía carretable a la que pretende salir ahora por otro predio. Sin embargo, precisa observar que la aplicación del artículo 905, disposición invocada para fundamentar la sentencia apelada, ha sido interpretada de una manera exegética, interpretación que no se compadece con las nuevas orientaciones que se imponen a la propiedad privada y a la función que ésta debe cumplir, porque siendo el fin de la servidumbre lograr la explotación del predio

dominante, lo que se traduce en producción de riqueza, no puede negarse una nueva servidumbre si la que tiene constituida resulta insuficiente para tal fin.

Ahora bien, resulta imposible olvidar que nuestra Constitución Nacional consagra la función social que debe cumplir la propiedad; en estas condiciones aparece de bulto lo inadecuado de hacer una interpretación aislada del artículo 905. Dicha norma, pues, debe guardar concordancia con el mencionado artículo 30 de la Constitución Nacional, ya que debe considerarse como el trasunto del pensamiento filosófico del constituyente que trazaba la política a seguir por el Estado en materia de propiedad privada. Es obvio, entonces, que si un predio no puede ser explotado adecuadamente por el solo hecho de resultar insuficiente la servidumbre de tránsito de que goza, tal situación puede equipararse a una carencia de gravamen, debiéndose por tanto, concedérsele uno nuevo que sí satisfaga la necesidad.

3.6.6. La Corte Constitucional en la sentencia C93-93 del 27 de Febrero de 1993, en la que se decidió sobre la constitucionalidad del Estatuto para la defensa de la Justicia, dice:

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

(...)

Se trata de la una expresión normativa compleja en la que están presentes tanto la voluntad del Gobierno Nacional, como la de la Asamblea Nacional Constituyente y la Comisión Especial Legislativa, fundada en la idea de rodear de garantías y seguridades a los jueces, funcionarios y empleados de la Rama Judicial del Poder Público, para hacer efectivas sus actuaciones y sus decisiones. Dicha expresión política de los poderes públicos se funda también en la necesidad de fortalecer la acción de los organismos judiciales en las labores de investigación, acusación y juzgamiento en un ámbito especial de las modalidades criminales contemporáneas en las que están de por medio grandes poderes de organización y financiación, y que por las acciones realizadas de manera sistemática denotan propósitos conscientes de ataques a la vida y a la integridad de los funcionarios judiciales y de sus familias; por lo mismo, se trata de proteger también a los testigos y colaboradores eficaces de la administración de justicia y a los miembros de la fuerza pública que participan en el ejercicio de funciones de Policía Judicial.

Basta examinar los antecedentes y las persistentes situaciones de amenaza, atentados y crímenes para percibir con claridad que se trata de una grave condición de presión que debe ser atendida con medidas especiales que respondan a ella.

Es necesario advertir en primer término que las normas a las que pertenecen las disposiciones acusadas tienen como propósito final el de permitir a los funcionarios judiciales condiciones de protección y de agilidad suficientes y necesarias para el cabal cumplimiento de las tareas que le encomienda la Constitución a todos los órganos del Estado en general y a la Rama Judicial en particular, la que en condiciones ordinarias no ha sido suficientemente efectiva para contrarrestar los ataques al orden jurídico, a la paz pública y a la convivencia ciudadana.

Los sucesos que ha conocido el país, los magnicidios y los atentados terroristas están en la base de la mencionada reflexión del Constituyente y han conducido a elaborar, dentro de la estructura normativa de la Constitución, soluciones jurídicas de carácter orgánico y procedimental especial como las que se examinan.

(...)

B) LA MATERIA DE LAS NORMAS ACUSADAS.

(...)

6.) Respecto del artículo 48 que se complementa por el artículo 49 del Decreto 2790 de 1990, también incorporados como legislación permanente, debe entenderse que es función del “Director Regional de la Fiscalía” o de su asistente, mantener la reserva de los expedientes o providencias en copia autenticada en la que no aparezca la firma del Fiscal o del Juez. Esta disposición mantiene su vigencia por cuanto obedece a la necesidad de preservar la identidad de los Jueces y Fiscales Regionales, en atención a las condiciones generalizadas de orden público que actualmente mantienen su persistente acción y que han conducido a rodear a los funcionarios judiciales de medidas extraordinarias enderezadas a proteger su integridad e independencia. Estas disposiciones deben siempre entenderse como garantías encaminadas a asegurar el ejercicio imparcial y autónomo de la función del Juez, sin que se advierta en ello violación de las garantías procesales propias de estos trámites. La Corporación encuentra que a la luz de la nueva organización constitucional de la Rama Judicial del Poder Público, las disposiciones que se examinan aparecen reforzadas por la naturaleza judicial de la Fiscalía General de la Nación (art. 116 de la C.N.), y por el carácter autónomo de las actuaciones orientadas a mantener la reserva en las actuaciones judiciales.

(...)

12.) En atención a que las partes acusadas del artículo 83 del Decreto 2790 de 1991 (literales a., c., d., y f., y su párrafo), establecen disposiciones similares a las arriba mencionadas para regular las especiales competencias administrativas al interior de la organización de la rama judicial en materia de la actividad y funcionamiento de las diferentes dependencias y de los funcionarios y

empleados que prestan sus servicios ante las fiscalías y juzgados regionales, así como para adoptar las medidas para garantizar la reserva y la seguridad de los expedientes, de los jueces, de los fiscales y de las demás personas intervinientes en los procesos de competencia de los mencionados despachos judiciales en el orden seccional, lo mismo que en lo que se refiere a los sistemas internos y externos de información de los mismos despachos, radicadas en cabeza de los anteriormente llamados “directores de orden público”, y ahora denominados Directores Regionales de Fiscalías, esta Corporación extiende las anteriores reflexiones y consideraciones a esta clase de normas y por tanto habrá de declarar igualmente su exequibilidad.

(...)

El Párrafo del artículo 5° que se examina contempla varias medidas orientadas a asegurar el carácter reservado de la identidad de los funcionarios judiciales que conocen de los delitos de que se ocupa la legislación especial, ya que se dispone que las providencias se notificarán o comunicarán en copia en donde no aparezcan las firmas del funcionario, las que deberán ser certificadas por el Presidente del “Tribunal de Orden Público” ahora denominado Tribunal Nacional; así, se establece una presunción legal sobre la conformidad legal de la asignación y adopción de las decisiones, con el procedimiento señalado. Este precepto se orienta a asegurar la firmeza de las providencias, pero no inhibe la posibilidad de que los afectados puedan acusarlas por vicios en su expedición, en consideración a que se vería desconocido, en caso contrario, el derecho de defensa consagrado en la Carta Fundamental.

Se trata de una medida de evidente carácter preventivo que se adopta con el fin de que sea aplicada al interior de una corporación judicial para efectos de garantizar la integridad física de los magistrados y que en nada se opone a las garantías constitucionales del debido proceso público; lo que se reserva es la identidad del funcionario que suscribe la providencia para que pueda actuar con independencia e imparcialidad, sobre la base de que el presidente de aquella corporación está habilitado por su investidura para garantizar que las actuaciones internas del tribunal se adelantaron conforme a la ley.

3.6.7. La Corte Constitucional, con ponencia de los Magistrados Cepeda y Montealegre, en la sentencia C 1064 de 2001, dice así:

(...)

5.1.2.2. La igualdad protegida por la Constitución no es matemática sino material. Es cierto que el aumento salarial para todos los servidores públicos co-

bijados por la Ley 547 de 1999 no obedeció exclusivamente a consideraciones relativas a la Ley 4 de 1992. La Corte en la C-1433 de 2000 estimó que el derecho a la igualdad impedía que se le aumentara a algunos servidores públicos y no a otros siendo que todos eran igualmente afectados por el fenómeno inflacionario. Sostuvo la Corte:

“2.9. Conviene recabar que el proyecto de ley de presupuesto para la vigencia de 2000, se concibió ajustado a una serie de criterios macro-económicos, dentro de los cuales tuvo un peso determinante la necesidad de restringir los aumentos salariales. Es así como la ley acusada, reconoce dos franjas de servidores públicos en relación con el incremento, o mejor, con el ajuste del salario: quienes devengaban hasta dos salarios mínimos mensuales, que lo recibieron, y los demás que fueron excluidos del beneficio de tal derecho.

Lo anterior implica, sin duda, un tratamiento discriminatorio en perjuicio de un vasto sector de servidores públicos, bajo el criterio de que la mayoría de los trabajadores deben hacer un sacrificio como contribución al saneamiento de las finanzas públicas.

Dicho tratamiento rompe el principio de igualdad en la medida en que la situación de todos los trabajadores está igualmente afectada por la situación económica y, en especial, por el fenómeno inflacionario. Y si el Estado debe preservar el valor real del salario, como se ha visto, no existe fundamento razonable para que solamente en relación con determinados servidores se logre este propósito y en cambio se desatienda con respecto a otros”.

Este análisis del principio de igualdad se separa de una línea de precedentes sostenida por esta Corporación en la cual se ha dicho que del artículo 13 de la Carta se deduce que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y no son igualmente afectados por el fenómeno inflacionario los servidores públicos que ganan el equivalente a 1 o 2 salarios mínimos que aquellos que reciben entre 10 y 20 salarios mínimos, por citar tan sólo un ejemplo. Aunque en términos matemáticos abstractos el fenómeno inflacionario es igual para ambos grupos, en términos cualitativos reales el impacto de éste es sustancialmente diferente puesto que la inflación incide en mucho mayor grado sobre la capacidad de las personas de menores ingresos para acceder a los bienes y servicios. Partir de una concepción matemática de la igualdad no se compadece con una jurisprudencia consistente en la cual ésta ha sido desestimada.

Por esta razón, en la presente sentencia la Corte no reitera esta concepción de la igualdad plasmada en la C-1433 de 2000 sino que acoge la línea jurisprudencial de la cual se desprende que la igualdad debe ser entendida en sentido material o sustancial, apreciando la situación semejante o diferente entre grupos

de personas, de tal manera que los desiguales sean tratados de manera desigual y los iguales de manera igual.

5.1.2.3 Ningún derecho constitucional es absoluto. Hay un tercer aspecto respecto del cual la C-1433 de 2000 se apartó de una línea de precedentes sostenida desde 1992 por esta Corporación. Se trata del carácter limitable de los derechos constitucionales. La Corte ha reiterado que los derechos, aún los fundamentales, no son absolutos, como se anotó en el numeral 4.2.2 de esta sentencia.

Por eso, el entendimiento del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario (art. 53 C.P) como derecho, no absoluto sino relativo, está acorde y es consistente con toda una línea de precedentes de la Corte Constitucional en la cual los derechos constitucionales se conciben como derechos limitables.

Por el contrario, una decisión como la de la C-1433 de 2000 que parte del carácter absoluto del derecho de los trabajadores al reajuste salarial según un criterio fijo – la inflación causada – y considera que dicho derecho, formulado en términos de una regla inflexible, no puede ser limitado por razones constitucionales justificadas, no se ajusta a la práctica reiterada y homogénea de interpretación y aplicación de los derechos constitucionales según la cual éstos son susceptibles de ponderación con otros derechos, fines y principios constitucionales.

(...)

5.2. Criterios constitucionales para ponderar el derecho constitucional en el contexto jurídico y real relevante

El problema jurídico que plantea el actor será analizado a partir de los referentes constitucionales por él invocados, pero también a la luz de toda la Constitución como lo autoriza expresamente el Decreto 2067 de 1991 en su artículo 22. Así, la Corte tendrá en cuenta la Constitución en su totalidad para defenderla en su integridad y para interpretar en forma sistemática las normas relevantes. Además, la ponderación se hará a partir del contexto jurídico relevante, sin desatender el contexto real reflejado y regulado en la ley anual de presupuesto parcialmente demandada y el goce efectivo de los derechos, principios y deberes constitucionales dentro de dicho contexto.

El control de constitucionalidad abstracto de una norma no es incompatible con la apreciación del contexto real del país. Por el contrario, la naturaleza y el contenido de algunas normas o de algunos cargos, hacen ineludible que la Corte verifique la situación real dentro de la cual la norma acusada fue expedida. Así lo ha hecho esta Corte de manera consistente cuando revisa la constitucionalidad de los decretos mediante los cuales se declara un estado de excepción con el fin de registrar la magnitud de la anormalidad, o cuando sopesa

el grado de impacto en un derecho fundamental a causa de una decisión o de una actuación de una autoridad pública. También ha sido frecuente que esta Corporación analice las pruebas sobre la formación de una ley demandada por vicios de forma.

Adicionalmente, la Corte ha ponderado las consecuencias reales de sus fallos, en cuanto éstas puedan llegar a comprometer la efectividad de principios o derechos constitucionales, razón por la cual ha modulado los efectos jurídicos de algunas sentencias de constitucionalidad.

En las sentencias atinentes al presupuesto y a los salarios de los servidores públicos, el contexto real también es especialmente pertinente. La ley anual de presupuesto es un reflejo de la realidad social y económica, así como de las políticas del Estado para responder a esa realidad. La fijación del aumento de los salarios de los servidores públicos y, en general, de quienes conforman el mercado laboral, debe responder, por mandato de las leyes sobre la materia, a condiciones reales de orden social, administrativo y económico. Dentro de estos fenómenos se destaca la inflación que reduce el poder adquisitivo real de los salarios. Por eso, el cargo principal elevado en la demanda en el presente proceso, parte de una premisa económica, v.gr. que los salarios de todos los servidores públicos cobijados por la ley de presupuesto general demandada no podrían ser pagados con los recursos apropiados si todos fueran aumentados por lo menos en un porcentaje igual a la inflación causada en el año 2000.

Además de estas consideraciones, atinentes a la naturaleza y al contenido de la norma demandada, a las características de la política salarial implícitamente cuestionada, y al fin y a las premisas de la demanda, hay otras que justifican que la Corte aprecie el contexto real en el cual ha de interpretar la Carta. La Constitución no es un invento artificioso sino un pacto político fundamental concebido a partir de nuestra realidad y adoptado por una Asamblea Constituyente popularmente elegida y pluralista, y acordada para orientar la atención que las autoridades brinden a los problemas concretos de los colombianos. Por su origen y su función, la interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado responda a las realidades nacionales. Por eso, el artículo 2° de la Carta dispone que el Estado, del cual forma obviamente parte la Corte Constitucional, tiene como uno de sus fines esenciales “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Pasa la Corte a determinar cuáles son los criterios constitucionales que determinan cómo ha de protegerse el derecho de los servidores públicos a mantener el poder adquisitivo real de los salarios, teniendo en cuenta, como se dijo, el

contexto real del país y que se debe respetar el principio de igualdad en términos materiales.

5.2.3. Aplicación del juicio de razonabilidad. Se pregunta entonces la Corte qué podría justificar que se limitara, en medio de una situación socioeconómica crítica como la de los últimos años, el derecho de un servidor público ubicado en las escalas salariales superiores a que su salario por lo menos mantenga su poder adquisitivo real. Como ya se señaló, ello no es posible en este caso respecto de aquellos servidores que ganan salarios inferiores al promedio ponderado mencionado, pues su derecho es intangible. Pero en cuanto a los demás servidores, para responder la pregunta es preciso aplicar un juicio de razonabilidad, metodología que ha seguido la Corte en casos anteriores para establecer si una limitación es razonable o no, a la luz de la Constitución²⁴.

El juicio de razonabilidad supone tres pasos. El primero de ellos consiste en analizar el fin buscado por la decisión adoptada por el Gobierno; el segundo, en analizar el medio adoptado para llegar a dicho fin; y el tercero, en estudiar la relación entre el medio y el fin. La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores que podrían ponerse en riesgo con la medida que sea objeto de análisis. Advierte la Corte que en este caso debe aplicarse un juicio estricto por cuanto la norma demandada ha sido cuestionada precisamente porque puede llegar a afectar derechos constitucionales como el salario móvil, el mínimo vital o la dignidad.

5.2.3.1. *Estudio del fin de la medida.* El primer paso del juicio de constitucionalidad, cuando su intensidad es estricta, consiste en establecer si el objetivo que busca la medida constituye un fin imperioso, desde el punto de vista constitucional. Es decir, sólo la búsqueda de un fin de tal magnitud y trascendencia haría razonable limitar el derecho constitucional en las condiciones del caso.

Al respecto, de los argumentos presentados a lo largo de este proceso se identifican varias finalidades invocadas por las autoridades que han defendido la exequibilidad de la norma acusada. La primera es la de reducir el déficit fiscal. Aunque la Corte no desestima la importancia económica de esta finalidad, subraya que no se aportaron al proceso argumentos suficientes para mostrar que a la luz de la Constitución este objetivo es imperioso. La segunda finalidad es evitar que un aumento indexado de salarios conduzca al despido de servidores públicos ante la necesidad de liberar recursos para sufragar los incrementos salariales. Sobre este objetivo cabe decir lo mismo que respecto del anterior.

²⁴ Sobre el juicio de razonabilidad y su evolución en la jurisprudencia de la Corte puede verse la sentencia C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Aunque la Corte no desestima la importancia social de esta finalidad, subraya que no se aportaron al proceso argumentos suficientes para mostrar que a la luz de la Constitución este objetivo es imperioso. La tercera finalidad es asegurar que no se disminuya la inversión social como consecuencia de asignar recursos escasos en una situación de déficit fiscal a pagar aumentos salariales muy onerosos. En este caso, la Corte encuentra que el carácter imperioso de este fin surge directa y expresamente de la Constitución. Al respecto dice el artículo 366 de la Constitución:

Artículo 366 —El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será *objetivo fundamental* de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, *en los planes y presupuestos de la nación* y de las entidades territoriales, *el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.* (Resaltado fuera del original)

El primer inciso de esta norma, que hace parte del Capítulo 5 (De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos) del Título XII (Del régimen económico y de la hacienda pública), define el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como derroteros sociales del Estado colombiano. Precisa además, que el objetivo, calificado de fundamental, de la actividad estatal es diseñar e implementar las políticas públicas que sean necesarias para atender las necesidades insatisfechas de la población, en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Es decir, literalmente, la Constitución define la consecución de los fines sociales del Estado como un objetivo imperioso. De hecho se trata de una decisión del constituyente que se refleja a lo largo de la Carta Política.

Una vez concluye la Corte que en este caso la medida sí busca un fin de tal relevancia constitucional que se justificaría eventualmente una limitación del derecho, pasa a la segunda etapa del juicio de razonabilidad.

5.2.3.2. *Estudio del medio elegido por la medida.* El segundo paso del juicio de razonabilidad estricto consiste en establecer si el medio empleado no está prohibido en el ordenamiento jurídico, pues así el fin buscado sea legítimo constitucionalmente, no es de recibo que sea alcanzado por un medio excluido del ordenamiento jurídico.

En este caso el medio no sólo no está prohibido sino que está previsto por la propia Constitución. En efecto, el segundo inciso del artículo 366, citado previamente, señala que con el objeto de que el Estado pueda alcanzar las finalidades sociales que le fueron encomendadas por la Constitución, “(...) en los

presupuestos de la nación (...) el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.” Es decir, el propio constituyente ordenó al Estado preferir las partidas presupuestales dirigidas al gasto público social, por encima de cualquiera otra, en una situación en la que los recursos con que se cuenta no sean suficientes para cubrirlas todas de manera óptima. Este mandato constitucional claramente se enmarca dentro del contexto de un Estado Social de Derecho, en el que el deber de solidaridad adquiere relevancia en situaciones económicas críticas. En conclusión, el medio empleado en este caso, no es un medio prohibido; es más, se trata del medio contemplado por el propio constituyente. Pasa entonces la Corte a la tercera etapa del juicio de razonabilidad.

5.2.3.3. *Estudio de la relación entre el medio y el fin.* El tercero y último paso del juicio de razonabilidad estricto consiste en establecer si el medio es necesario y proporcionado para alcanzar el fin propuesto. En efecto, no basta con que el fin buscado sea imperioso y que el medio no esté prohibido. Para justificar constitucionalmente la limitación de derechos como los que se encuentran en juego, se requiere que el medio sea necesario para alcanzar el fin y que no sea desproporcionado.

5.2.3.3.1. *Análisis de la necesidad del medio para alcanzar el fin.* La necesidad de la medida se aprecia no sólo formalmente, lo cual haría en este caso irrelevante todo análisis puesto que la Constitución hace necesario el gasto social, sino materialmente atendiendo el contexto del caso. En ese orden de ideas la Corte ha constatado elementos de juicio fácticos que indican que un elevado porcentaje de colombianos no sólo siguen viviendo en una situación de pobreza y desempleo sino que éste ha aumentado, y que la deuda social no es sólo presente sino que puede agravarse ante una deuda pública elevada y creciente que crea cargas pesadas sobre las generaciones futuras que habrán de pagarla. Estos elementos de juicio relativos al contexto tendrían otro peso si la pobreza estuviera disminuyendo y su nivel actual indicara progresos en la superación de las desigualdades y en la conformación de un orden social justo, y si los recursos disponibles fueran los provenientes de un superávit fiscal o de una tendencia decreciente de la deuda pública. Sin embargo, el contexto real que vivifica el significado de la Constitución indica que es necesario que el Estado deje de destinar recursos para cubrir ciertos gastos, con miras a poder contar con los dineros que le demanda el gasto público social. Es, entonces, una medida necesaria en el presente contexto, limitar ciertas erogaciones en beneficio de las personas que se encuentran en una situación de penuria para que se cumplan los mandatos de intervención del Estado en la economía para que todos pue-

dan acceder a los bienes y servicios y se atiendan las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Aunque usualmente se entiende que un medio es necesario si no existe otra vía alternativa menos gravosa para el derecho limitado, que sirva para alcanzar el fin propuesto, en materia presupuestal deben advertirse ciertas especificidades. No es competencia del juez constitucional entrar a concebir e imaginar todos los posibles cambios y caminos alternativos respecto a las partidas y rubros de la ley anual de presupuesto, con miras a saber si existen otras mejores formas de distribuir los recursos del Estado. Lo que debe verse, entonces, es el peso que tiene el medio seleccionado para llegar al fin imperioso, que en este caso consiste en cumplir con las finalidades sociales del Estado. Así pues, en materia presupuestal un medio se considera necesario cuando su peso es de tal magnitud, que es una condición necesaria para obtener el fin determinado, así no sea a su vez condición suficiente, esto es, que requiera en todo caso la concurrencia de otros medios.

En el caso que se estudia, dada la crítica situación económica actual y las grandes demandas que impone el gasto social ordenado por la Carta Política, por una parte, y que el gasto de personal es uno de los que más pesan dentro de los gastos de funcionamiento del Estado, por otra, considera la Corte que el medio elegido por el Congreso es necesario. El peso que ocupa esta decisión para poder alcanzar el fin propuesto, en el contexto actual, la hacen necesaria.

CAPÍTULO CUARTO

La formulación del problema jurídico

4.1. La formulación de los problemas jurídicos en la praxis profesional

A pesar de que en la investigación jurídica los problemas son abstractos, en la práctica profesional los casos que se plantean son concretos, por lo que es necesario formular el problema jurídico mediante un proceso de inducción, realizado a partir de los hechos empíricos.

Los problemas jurídicos que se plantean en un proceso se formulan con base en los hechos concretos presentados por las partes que intervienen en el mismo. Para formular dichos problemas, el jurista debe determinar los aspectos jurídicos considerados, y con relación a ellos, los hechos que son relevantes.

El aspecto jurídico considerado es el punto en donde se centra la controversia entre las partes, o mirado desde otra perspectiva, la consecuencia jurídica que la ley atribuye a determinados hechos jurídicos. Por ejemplo, cuando se discute la validez de un nombramiento, o el tipo de delito cometido, los aspectos jurídicos considerados son la validez y el tipo de delito, respectivamente.

Los hechos relevantes son los hechos jurídicos (no empíricos), que corresponden a las distintas alternativas que contempla el derecho para el aspecto jurídico considerado. Por ejemplo, una persona pone una denuncia por la sustracción de un bien mueble. El funcionario competente formulará entonces distintas hipótesis como posibles tipos delictivos: hurto, abuso de confianza o estafa. Para cada hipótesis determinará los hechos jurídicos que

integran cada una de estas modalidades delictivas, que son precisamente los hechos jurídicos relevantes.

El problema jurídico está conformado por la sumatoria del aspecto jurídico considerado y los hechos relevantes. Así, cuando nos preguntamos qué delito comete el que se apodera de un bien mueble ajeno con el ánimo de apropiarse de él, el aspecto jurídico considerado es el tipo de delito cometido, mientras que los hechos jurídicos que permiten su concreción son: el apoderamiento, un bien mueble, ajeno, el ánimo de apropiarse de él. Obsérvese bien que todos estos hechos son jurídicos, no empíricos. Es decir, corresponden a una conceptualización jurídica sacada de la norma que define el tipo penal, y no a una realidad fáctica. *Apoderarse* es un concepto sobre cuyo alcance discuten ampliamente los juristas: Para unos hay apoderamiento desde cuando el bien sale de la esfera de disponibilidad del dueño, mientras que para otros sólo lo hay cuando el bien entra dentro de la esfera de disponibilidad del sujeto activo de la infracción. Los hechos empíricos de los que se puede inferir si se da o no el apoderamiento son el haber cogido directamente el bien, el mandar a alguien a cogerlo, etc., etc., con todas las características complementarias que permitan establecer si el bien salió o no de la esfera de dominio de su dueño, o si entró o no en la esfera de dominio del autor de la infracción, según la teoría que se haya adoptado sobre este concepto.

En tanto el aspecto jurídico considerado constituye el elemento constante del problema jurídico, los hechos son el elemento variable en donde pueden recaer las posibles discrepancias de las partes en un pleito. Por ejemplo, una parte puede considerar que la otra omitió tener en cuenta un hecho relevante; por ejemplo en el caso anterior, que la persona que se apoderó del bien lo tenía en su poder a título precario. En ese caso el problema se formularía así: Qué delito comete el que se apodera de un bien mueble, ajeno, que tiene en su poder a título precario, con el ánimo de apropiárselo. Obsérvese que cuando cambia alguno de los hechos jurídicos, simultáneamente varía el problema planteado, y por consiguiente, la respuesta que a él se deba dar.

Finalmente, al recordar que en un proceso se presentan múltiples problemas, debe tenerse en cuenta que la solución de algunos de ellos exige que otros hayan sido resueltos previamente, o hayan sido aceptados sin discusión por las partes intervinientes. Así, por ejemplo, si se plantea el problema de saber si un patrono debe responder por los perjuicios causados por uno de los

empleados, es necesario a su vez haber establecido previamente si el empleado fue responsable o no de haber causado tales perjuicios. Una vez resuelto este problema positivamente, su solución se agrega como hecho al segundo. En el ejemplo anterior el problema se plantearía así: *¿Debe el patrono responder por los perjuicios causados culpablemente por sus empleados?*

A partir de los hechos jurídicos relevantes, se escudriña la realidad empírica, para ver cuáles de ellos están probados. Los hechos jurídicos relevantes son entonces el faro que orienta la búsqueda de los hechos empíricos. Por ejemplo, cuando se trata del apoderamiento de un bien mueble, se deberá buscar si dicho bien fue sustraído de la esfera de dominio de la víctima, o si él estaba bajo la tenencia de quien realizó el acto, o si se obtuvo que se entregara mediante engaño. La prueba de cualquiera de estos hechos empíricos va a implicar su subsunción en un hecho jurídico que conforma alguna de las hipótesis planteadas, con la correlativa eliminación de las otras alternativas.

Por eso el segundo paso que se da en la inducción del problema jurídico a partir de los hechos concretos es determinar cuáles de éstos están probados o se pueden probar, por cuanto los hechos que no reúnan esta condición no existen para el derecho. Bajo esta premisa, los hechos jurídicos que correspondan a hechos empíricos que no resulten probados o no se pueden probar dentro del proceso, deben también ser desestimados para el planteamiento del problema jurídico.

Por último, no todos los hechos empíricos probados pueden ser subsumidos directamente en el correspondiente hecho jurídico, pues cuando se trata de hechos subjetivos o juicios de valor, es necesario hacer un raciocinio lógico que permita referir el uno al otro. Por ejemplo, para predicar si una conducta es culposa o dolosa, se tiene que hacer un análisis del acontecer concreto para ver cuál de estos calificativos se le puede dar. Si una persona dispara a otra y le pega el tiro en el abdomen, muriendo por esta causa, una parte podría alegar que la intención del autor fue de matar, por haberle disparado a un órgano vital, y otra que sólo era de herir, pues a pesar de tener seis tiros el arma, sólo le hizo uno.

Al plantear el problema jurídico a partir de los hechos empíricos, pueden entonces los juristas disentir en cuáles son los relevantes para un aspecto jurídico considerado, o en cuáles de los relevantes están probados, o en cuál es la connotación jurídica de los probados.

Como el problema se integra con el aspecto jurídico considerado y los hechos, la discrepancia con relación a éstos implica necesariamente la formulación de problemas jurídicos diferentes. Si una parte en un proceso discrepa con relación a la otra en que un hecho no es relevante, o que siéndolo no está probado, o que estando probado no le corresponde la connotación jurídica que se le quiere asignar, acabarán ambas formulando problemas jurídicos diferentes. Por ejemplo, si una de las partes considera que de determinados hechos empíricos se infiere la intención de matar, y otra la de herir, los problemas jurídicos formulados serían: “Qué tipo de delito comete el que con intención de matar ocasiona la muerte a otro”, y “Qué tipo de delito comete el que con intención de herir ocasiona la muerte a otro”. Obviamente las respuestas van a ser diferentes, pero no por problemas de fuente o de método, sino porque se trata de problemas distintos. Vamos a analizar cada uno de los tres eventos enunciados.

4.2. Determinación de los hechos relevantes

Partiendo de los hechos empíricos conocidos, el jurista determina el aspecto jurídico que quiere dilucidar. Se trata de determinar, por ejemplo, el tipo de delito cometido con el apoderamiento de un bien. Con relación a ese aspecto jurídico se formulan la totalidad de hipótesis posibles (hurto, abuso de confianza, o estafa), y para cada una de ellas establece los hechos jurídicos (no los empíricos) que son relevantes: si el bien es mueble o inmueble; si fue sustraído del dominio de la víctima, o estaba en poder del autor de la conducta, o fue obtenido mediante engaño, etc. etc. Cuanto más amplia sea la formación jurídica de quien hace el análisis, tanto más hechos relevantes podrá encontrar, y menos riesgos tendrá de hacer una calificación errónea de la conducta.

Para determinar si un hecho es relevante o no, se debe poner y quitar, y si en ambos casos la posible respuesta dada al problema es la misma, el hecho es irrelevante. En el ejemplo anterior sería irrelevante plantear el estado civil del autor de la conducta, porque ninguna incidencia tendría en el tipo de delito cometido; pero sí es relevante saber si el autor del ilícito tenía el bien a título precario o no, porque eso puede cambiar la conducta de abuso de confianza a hurto.

En ocasiones las partes o los funcionarios que participan en un proceso

puede discrepar en qué hechos son relevantes o no para un determinado aspecto jurídico considerado. Es obvio que en tales eventos los problemas que se plantearán serán distintos, y por consiguiente, lo será igualmente la solución que a ellos den.

Ejemplo de conflicto planteado sobre la base de considerar como relevantes hechos diferentes: En sentencia del Consejo de Estado de noviembre 27 de 1978, con ponencia del Magistrado doctor Ignacio Reyes Posada, se dice: Para decidir se considera:

Se encuentra probado en autos que el doctor... fue declarado electo diputado a la asamblea de Cundinamarca para el período de 1976 a 1978 por la Corte electoral en sesión del 24 de agosto de 1976; que presentó renuncia de este cargo ante el señor gobernador de Cundinamarca el día 29 de septiembre del mismo año, y que el gobernador, por decreto número 02986 bis del 30 de septiembre del mismo año le aceptó la renuncia y llamó a la suplente para que entrara a desempeñar las funciones de diputado. La asamblea inició sus labores el día 1 de octubre, y en la misma fecha señaló el día seis del mismo mes para hacer la elección de contralor del departamento. Se encuentra igualmente probado por medio de las declaraciones de los diputados ..., ... y ..., quienes en forma detallada relatan los antecedentes de la elección del contralor por haber sido actores de los hechos, que el señor Carrillo Burgos en su condición de diputado electo actuó durante todo el mes de septiembre en las reuniones, compromisos y acuerdos a que se llegó entre los diputados de las distintas tendencias para escoger la persona que debía ser elegida como contralor del departamento, estando ya escogido el mismo ... cuando presentó la renuncia al cargo.

No obstante estos hechos el tribunal del conocimiento fundamenta así la sentencia recurrida:

‘De otra parte, no hay constancia alguna que demuestre que el doctor... hubiese desempeñado, un momento siquiera, las funciones de diputado, y, antes por el contrario, la hay de que su suplente respectivo entró a actuar en su reemplazo, tanto en la sesión inaugural de la asamblea como en la que se efectuó el 6 de octubre de 1976, fecha de elección de contralor.

‘En las anteriores circunstancias, no puede hablarse que la asamblea de Cundinamarca incurrió en la prohibición de que trata el numeral 6 del artículo 98 del c.de r.p. y m., ya que para la fecha en que se produjo la elección de contralor recaída en la persona del ya por entonces exdiputado..., legalmente resulta impropcedente decir que la asamblea estaba eligiendo a uno de sus miembros para

el cargo remunerado que le competía proveer. El tenor literal de esta norma es claro al establecer la prohibición en mención, pues la hace recaer única y exclusivamente en un miembro de la asamblea, entendido como tal el que para ella hubiese sido elegido y no haya perdido su investidura, no para quien, como en el caso del doctor..., dejó de serlo antes de la respectiva elección en virtud de habersele aceptado la renuncia.’

Las anteriores consideraciones se apartan radicalmente de la jurisprudencia largamente sostenida en esta corporación que en términos inequívocos está contenida en la sentencia proferida en el expediente número 759, con fecha 29 de abril de 1960, con ponencia del magistrado Carlos Gustavo Arrieta, que en lo pertinente dice:

‘La tesis de que la pérdida de la investidura de diputado por razón de la renuncia aceptada poco antes de la votación habilita para ser elegido por la asamblea, implicaría un típico fraude a la ley, porque dejaría al arbitrio de los interesados en burlarla los medios necesarios para hacerla inoperante e inocua.

‘Por otra parte, el acto de la elección es generalmente la culminación de un proceso complejo de selección en cuyo desarrollo se ponen en juego todo género de intereses. Ese proceso electoral se inicia muchas veces desde la fecha misma de apertura de las sesiones y cobra especial importancia en aquellos casos en que se trata de escoger funcionarios que, como los contralores departamentales, desempeñan en la vida administrativa y seccional funciones de singular trascendencia. Esa etapa preparatoria de la elección es la oportunidad que tienen los diputados para hacer valer las influencias que les da el cargo y para sacar adelante sus personales intereses, y precisamente uno de los objetivos de la ley es el de impedir que durante ese lapso los diputados aspirantes a los cargos remunerados que deba proveer la asamblea pongan en movimiento los poderes legales y los privilegios de que dispongan para hacer triunfar sus aspiraciones.

‘Si lo que el legislador buscó al establecer la norma prohibitiva comentada es que las posiciones administrativas no se utilicen como instrumento de medro personal, sino como medios de servir a la comunidad, y si esos fines específicos pudieran ser burlados mediante el artilugio de la renuncia aceptada después de que se ha cumplido el proceso electoral y de que los propósitos torticeros han tenido éxito, había que llegar a la conclusión de que la elección hecha después de haberse cumplido esa maniobra implicaría un típico fraude a la ley.’

(...)

Cabe destacar en este punto que lo que determina la inhabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 98 del C. de R.P. y M. es la calidad de diputado

adquirida por el hecho de la declaratoria de la elección, y la especial situación de privilegio en que tal declaración coloca al elegido para influir en su propio beneficio inclinándolo favorablemente a sus colegas para la escogencia de su nombre para el desempeño de cargos remunerados que deban ser provistos por la misma corporación.”

(...)

En el caso transcrito, el aspecto jurídico considerado es el de la validez del nombramiento. Para integrar el problema jurídico se tomaron como relevantes, tanto por el Tribunal como por el Consejo de Estado, los siguientes hechos: a) Una persona fue electa Diputado. b) Esa misma persona fue electa Contralor por la Asamblea para la cual había sido electa.

El Tribunal, por su parte, acepta además como relevante el siguiente hecho: c) Esa persona renunció a su investidura de diputado antes de la elección como Contralor, y la renuncia le fue aceptada. El Consejo de Estado, por su parte, no considera como relevantes los anteriores hechos, pero sí el siguiente: d) Dicha persona participó en las reuniones previas que se realizaron para escoger el candidato a Contralor.

Como las partes discrepan en cuanto a los hechos que son relevantes, forzosamente formulan problemas distintos, pues ya hemos dicho que éste está integrado por el aspecto jurídico considerado y los hechos. Por esa razón, el problema se formula así:

Para el Tribunal: ¿Es válido el nombramiento como Contralor hecho por una Asamblea, a una persona que ha sido electa para ella, pero que antes del nombramiento había renunciado a su investidura y la renuncia le había sido aceptada? La respuesta que da el Tribunal a esta pregunta es que sí puede ser nombrada.

Por el Consejo de Estado: ¿Es válido el nombramiento como Contralor hecho por una Asamblea a una persona que había sido electa para ella, y que en tal calidad participó en el proceso de escogencia del candidato a Contralor? La respuesta del Consejo de Estado es que no puede serlo.

Obsérvese como para el Consejo de Estado es irrelevante que el Diputado hubiera renunciado a su investidura, y que dicha renuncia le hubiera sido aceptada; y para el Tribunal, que dicha persona hubiera participado en las reuniones realizadas para escoger el candidato a la Contraloría.

4.3. Prueba de los hechos

A partir de los hechos relevantes de cada una de las hipótesis formuladas se analizan los hechos empíricos, para verificar cuáles de ellos se dieron en el caso concreto en estudio. En esta confrontación permanente entre las hipótesis jurídicas formuladas y la realidad empírica, se van eliminando unas hipótesis y definiendo las que van a constituir el problema definitivo.

Lo primero que hay que establecer es si los hechos empíricos a los cuales apuntan los hechos relevantes, están debidamente probados, o se pueden probar dentro del proceso, en atención al principio de que en el derecho no existen los hechos que no tienen prueba, salvo algunas excepciones especiales, como cuando se trata de hechos notorios.

Desde esta perspectiva, los hechos jurídicos que no correspondan a hechos empíricos que estén probados, o puedan probarse, deben ser excluidos para la formulación del problema jurídico.

Igualmente, los hechos empíricos probados que no apunten a hechos relevantes, son inconducentes para definir el problema jurídico correspondiente. Esta es la razón para que las pruebas que apunten a establecer hechos inconducentes o superfluos deban ser rechazadas, por cuanto únicamente dilatan sin justificación alguna los procesos, en la medida en que no aportan nada a la formulación de los problemas que se plantean.

Dentro del proceso, debe tenerse en cuenta que los medios probatorios utilizados deben tener eficacia jurídica, es decir, deben ser idóneos para llevar al juez al convencimiento de las posiciones sustentadas por las partes. Esa eficacia depende de que la ley acepte el medio como apto para la demostración de los hechos en que se fundan las pretensiones. Así, por ejemplo, en un proceso civil no son eficaces las declaraciones de testigos para demostrar el estado civil de las personas, pues la ley dispone que en tales procesos él solo se puede probar con el registro civil, o con las pruebas supletorias que ella misma establece.

Las distintas pruebas aportadas deben ser valoradas por el juez. Hay tres sistemas para valorar la prueba: el de la tarifa legal, de conformidad con el cual la ley previamente ha señalado los medios probatorios y les ha asignado a cada uno de ellos un determinado valor, que el juez debe respetar; el sistema de la persuasión racional, de acuerdo con el cual el legislador hace una enumeración meramente ejemplificativa en cuanto a los medios de prueba

y no asigna un valor determinado a ellos, sino que faculta al juez para que según los principios imperantes de la sana crítica, aprecie y valore las pruebas de una manera razonable; el del íntimo convencimiento, en donde no existe siquiera una enumeración de los medios de prueba, y el juzgador falla sin aplicar un método preestablecido, guiándose por razones de conciencia. En nuestro ordenamiento jurídico se acepta el segundo sistema, es decir, el de la persuasión racional, y en algunos casos especialmente señalados por la ley, el de la tarifa legal.

Desde el punto de vista de la estructura del discurso jurídico, las partes pueden estar de acuerdo en los hechos que son relevantes para un punto específico de derecho que estén discutiendo, discrepando en cuanto si alguno o algunos de ellos están o no probados, como cuando, por ejemplo, tratándose de un homicidio, discuten las partes si está o no probada la relación de causalidad entre el comportamiento del procesado y la muerte de la víctima, sin que hayan puesto en duda la importancia que tiene para el proceso dicha relación de causalidad, es decir, su relevancia para el fallo definitivo. Ejemplo en que la discrepancia de las partes se funda en la prueba de los hechos:

4.3.1. El Tribunal Contencioso-Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 22 de marzo de 1990, con ponencia del H. Magistrado doctor Darío Quiñones Pinilla, dijo:

CONSIDERACIONES

En este proceso se pretende la declaración de responsabilidad de la Nación por la muerte del señor... ocurrida el 13 de enero de 1982 en la esquina de la calle 42 con carrera 13 de esta ciudad de Bogotá, y con fundamento en el hecho de que el deceso se produjo al ser arrollado por un vehículo oficial asignado a la Policía Nacional y que conducía el Agente...

De manera que en este caso la declaración de responsabilidad de la Nación que se pretende se apoya en la realización de un hecho que en opinión de los demandantes es constitutivo de falla del servicio de la Policía Nacional. Como lo ha definido la jurisprudencia el Estado es responsable de los perjuicios que cause a los ciudadanos con los hechos y omisiones en que incurra en desarrollo de su actividad administrativa, pues en ese caso se presenta la falla del servicio. Y para que se estructure esa responsabilidad estatal con fundamento en la falla del servicio se requiere la reunión simultánea de tres elementos: un

hecho u omisión constitutivos de la falla del servicio, un daño causado a una persona o al titular de un derecho y una declaración de causalidad entre esos dos elementos.

En estas condiciones se ha establecido, por regla general, que para la procedencia de las declaraciones de responsabilidad de una entidad pública con fundamento en la tesis de la falla del servicio se requiere la demostración en el respectivo proceso de los tres elementos mencionados. Pero ocurre que el Consejo de Estado ha considerado que cuando los perjuicios se causan con vehículos automotores oficiales resulta aplicable el denominando régimen de la falla del servicio presunta que la misma Corporación, por intermedio de su Sección Tercera, ha venido aplicando conforme a los planteamientos expuestos, entre otras en la sentencia de fecha 31 de julio de 1989,

(...)

De modo que con la anterior tesis del Consejo de Estado sobre la falla del servicio presunta (...) esta Sala del Tribunal considera que para establecer la responsabilidad de la Nación en el presente caso es preciso determinar, en primer lugar, si se encuentran demostrados los elementos daño y relación de causalidad, es decir si se comprueba que con un vehículo oficial el señalado por el demandante se le ocasionó la muerte al señor Luis Alberto Romero Rodríguez y, en segundo lugar, para el caso de que ello sea así, analizar si por la circunstancia particular de que el Agente conductor del vehículo fue absuelto penalmente por esos hechos, mantiene operancia dicha tesis de la falla del servicio presunta.

Con base en las pruebas que obran en el proceso, resulta comprobado lo siguiente:

1. La muerte del señor ... ocurrida el día 13 de enero de 1982 a la una (1) de la mañana en la esquina de la carrera 13 con calle 42 de esta ciudad de Bogotá, pues así se desprende del acta de defunción, del Acta de Levantamiento del cadáver número 028 de la Unidad Especial de Tránsito Turno "B" de la Policía Judicial y del protocolo de autopsia número 0156/82 del Instituto de Medicina Legal (folios 2, cuad. 1 y 72 y 73, cuaderno 3).

2. Que la muerte del señor... se produjo como consecuencia de las lesiones recibidas en el accidente de tránsito ocasionado con el carro taller panel de siglas 04-471 asignado a la Policía Nacional y conducido por el Agente... Esto se deduce del Acta del levantamiento del cadáver, así como del protocolo de la autopsia en el cual se consignó que falleció "... en paro cardio-respiratorio central por sección bulbo espinal por trauma raquídeo compatible con accidente de tránsito". Así mismo el hecho lo corrobora el informe suministrado

por el Jefe de Grupo de Apoyo Motorizado al Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, de fecha 25 de febrero de 1987, así como lo consignado en las fotocopias de los documentos que reposan en el archivo del Grupo de Apoyo Motorizado y remitidas a este Tribunal por el mencionado Comandante (Folios 112 a 120, cuad. 2). Además los testimonios de..... y... rendidos en este proceso coinciden en lo fundamental de la descripción que hicieron sobre la ocurrencia de los hechos en el sentido de que un vehículo oficial conducido por un miembro de la Policía Nacional arrolló y le produjo la muerte al señor... (Folios 127 a 131 y 136 a 138, cuad. 2).

3. Para la fecha de los hechos que produjeron la muerte del señor..., el conductor del vehículo se encontraba vinculado a la Policía Nacional como Agente Conductor. Así se desprende del acta de nombramiento, del acta de posesión, y del extracto de la hoja de vida correspondientes al Agente de la Policía Nacional ... y de los informes rendidos a este Tribunal por los Jefes de Archivo, de la División de Transportes y bindi memodgg de la Policía Nacional, mediante oficios de marzo 10, marzo 14 y marzo 15, todos de 1989, respectivamente pues, según esos documentos, dicho agente ingresó a esa institución el 5 de diciembre de 1977 y su separación absoluta del servicio se produjo el 12 de septiembre de 1985 (folios 52 a 54 y 104 a 110, cuad. 2).

4. En el momento en que el Agente ... atropelló al señor ... ocasionándole la muerte con el carro taller de siglas 04-471 aquel se encontraba en una misión de servicio, según se desprende de los informes suministrados por el Jefe de Grupo de apoyo motorizado mediante oficio del 25 de febrero de 1987 y por el Comandante de la Décima Cuarta Estación de Policía de Bogotá, mediante sendos oficios de enero 12 de 1982 dirigidos al Juez de Instrucción Penal Militar de Reparto y al Subcomandante del Departamento de Policía Bogotá (folios 112 a 115, cuad. 2).

5. El vehículo con el cual se ocasionó la muerte al señor... estaba asignado a la Policía Nacional, pues así lo indican los mencionados informes del Jefe del Grupo Motorizado de la Policía Nacional del 25 de Febrero de 1987 y, del Comandante de la Décima Cuarta Estación de Policía de fechas 12 de enero de 1982.

De manera que del conjunto de pruebas que hacen parte del expediente surge, sin duda alguna, la conclusión de que con un vehículo oficial asignado a la Policía Nacional –carro taller panel de siglas 04-471- se ocasionó un daño: La muerte del señor... cuando éste se encontraba en una caseta de comestibles ubicada sobre el andén de la esquina de la calle 42 con carrera 3 de esta ciudad

de Bogotá ejerciendo su trabajo de vendedor estacionario. Se reúnen, pues, dos de los elementos requeridos para establecer la responsabilidad de la Nación por la muerte del señor Luis Romero Rodríguez como son el hecho dañoso causado con un vehículo oficial y la relación de causalidad. Según la tesis de la falla presunta del servicio, la reunión de esos dos elementos sería suficiente para declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios ocasionados a los demandantes con la muerte del señor ... Sin embargo en este caso resulta necesario dilucidar la situación derivada de la decisión adoptada por la Justicia Penal Militar en el sentido de sobreseer definitivamente al Agente Conductor ... por el delito de homicidio en accidente de tránsito y en razón de los hechos que produjeron la muerte de ..., pues en el expediente obra fotocopia autenticada de la providencia del juzgado de primera instancia del Departamento de Policía de Bogotá, de fecha 11 de abril de 1983, mediante la cual se tomó esa decisión, así como la del Tribunal Superior Militar de fecha 21 de junio del mismo año, que confirmó la anterior. Para adoptar esa decisión la Justicia Penal Militar tuvo en cuenta la versión suministrada por el Agente ... en la indagatoria en el sentido de que el accidente se produjo en razón a que un bus que competía con otro paró bruscamente y lo obligó a salirse del carril izquierdo y de la vía, lanzando el vehículo que conducía contra una caseta ubicada en la mencionada esquina, momento en el cual el transeúnte se estrelló contra la panel que conducía, pues, además, en el proceso no se recibieron testimonios de personas que hubieran presenciado los hechos. Por lo anterior el Tribunal Superior Militar consideró que se había presentado un caso fortuito con la conclusión de que como el hecho no fue querido por el sindicato no se le podía deducir responsabilidad penal.

Es cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado, con apoyo en el artículo 55 del Código Penal, ha entendido que las copias de las providencias penales absolutorias ejecutoriadas allegadas a un proceso contencioso administrativo tienen valor de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicato no lo cometió o que este obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. Esto significa que en un proceso contencioso administrativo no puede discutirse ni desconocerse la decisión tomada en un proceso penal adelantado contra un agente estatal en el sentido de absolverlo por alguna de las causales anotadas. Por el contrario, si la providencia absolutoria no obedece a la configuración de ninguno de esos extremos, sino a la de otras causales de justificación del hecho distintas al cumplimiento de un deber legal o de legítima defensa, como las otras previstas en el artículo 29 del Código Penal en cumplimiento de orden legítima de autoridad

competente emitida con las formalidades legales, en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público o en estado de necesidad, o porque se presenta una de las causales de inculpabilidad establecidas en el artículo 40 *ibídem* fuerza mayor o caso fortuito, la insuperable coacción ajena, la realización del hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación o con la convicción errada e invencible de que no concurre en la acción o en la omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, la consecuencia es la de que no se producen los efectos de cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo.

De modo que a pesar de que un juez penal absuelva a un agente estatal por la comisión de un hecho con fundamento en circunstancias o causales de justificación distintas a las previstas en el artículo 50 del Código Penal, para el Juez Contencioso Administrativo deben obrar las pruebas que le permiten al juez realizar la correspondiente valoración para determinar si hubo o no falla del servicio, pues la sola copia de las providencias penales no le permitirían llegar a una conclusión sobre el particular.

En el caso de estudio, como se anotó, para la absolución del Agente de la Policía Nacional que ocurrió en el hecho causante del perjuicio se consideró la configuración de un caso fortuito apoyado en la circunstancia de que el hecho se produjo, según la versión del mismo agente, por la actitud asumida por el conductor de un bus que lo obligó a salirse con el vehículo de la vía y a lanzarlo hacia una caseta. Pero la calificación dada a ese hecho por el Tribunal Superior Militar no significa que en este proceso se deba tener por establecido como una causal exonerativa de la responsabilidad de la Nación por la muerte del señor... Y no lo es, por cuanto como ya se consignó, la providencia absolutoria penal indicando la presencia de un caso fortuito, no tiene los efectos de cosa juzgada, con la consecuencia de que el juez contencioso administrativo puede realizar la valoración de las pruebas que obran en el proceso con respecto a esa figura. Además, la circunstancia que en el caso en concreto tuvo en cuanto a la justicia penal militar para considerar la presencia de un caso fortuito no reúne los requisitos exigidos en la ley para la configuración de esa figura, como son las de la imprevisibilidad y la irresistibilidad, pues no es imprevisible que dentro de las condiciones normales de tránsito de una ciudad como Bogotá se produzcan frenados bruscos e intempestivos de los vehículos ni irresistible, pues la condición de los mismos exige cuidado y atención de los conductores para que dichas acciones no produzcan resultados perjudiciales con los automotores que circulan cerca de aquéllos.

Y como, de otro lado, en este proceso la parte demandada no aportó prueba alguna orientada a establecer la presencia de una causal exonerativa de responsabilidad o de la diligencia y cuidado que debió observar el agente... en la conducción del vehículo, la conclusión es la de que no se desvirtuó la presunción de falla del servicio que se configura en el presente caso de acuerdo con la aludida tesis del Consejo de Estado. Esta conclusión releva a la Sala del examen de las pruebas que hacen parte de este proceso para determinar si el Agente... realizó el hecho dañoso con culpa o no, pues para los efectos de la responsabilidad de la Nación se presume la falla del servicio.

En estas condiciones la sala considera reunidos los elementos que configuran la responsabilidad estatal y, por tanto, la declarará con respecto a la muerte del señor..., con la consiguiente indemnización de perjuicios que se hayan pedido y estén demostrados en el proceso.

En el caso anterior el aspecto jurídico considerado es la *responsabilidad de la Nación*. El Consejo de Estado ha tenido buen cuidado de enunciar los hechos relevantes junto con las pruebas de cada uno de ellos, en los numerales que trae la providencia. Con relación al hecho de la culpa del autor del daño, hace una larga argumentación para establecer que como se trata de una *falla del servicio*, dicha culpa se presume, y que la Nación no desvirtuó esta presunción. Los hechos relevantes y su prueba aparecen así:

- El daño. Su prueba se consigna en el numeral 1.
- La relación de causalidad entre el daño y la acción de una persona se establece en el numeral 2.
- El carácter de empleado de la Nación del autor del daño se establece en el numeral 3.
- El hecho de que el autor del daño estaba cumpliendo funciones inherentes a su cargo de empleado de la nación se establece en el numeral 4.
- El hecho de que el vehículo con el cual se ocasionó el daño había sido asignado a la dependencia en donde trabajaba, aparece probado en el numeral 5.
- La culpa de la persona que produjo el daño aparece establecida en la argumentación que trae la providencia para establecer que por tratarse de una falla del servicio esta culpa se presume, y que la Nación no desvirtuó dicha presunción.

El problema jurídico se plantea entonces para el Consejo de Estado en los siguientes términos: ¿Debe responder la Nación por el daño causado por uno de sus empleados en ejercicio de las funciones del cargo que desempeña, y en un vehículo asignado a la dependencia en donde prestaba sus servicios, cuando dicho daño se produjo por una falla del servicio? La respuesta del Consejo de Estado a este problema es que sí debe responder.

A su vez el apoderado de la Nación considera que no es responsable la Nación, por cuanto el daño se produjo por caso fortuito, según la sentencia que exoneró a quien lo produjo de la correspondiente responsabilidad penal. El problema que plantea entonces el Defensor de la Nación es: ¿Debe responder la Nación por el daño causado por uno de sus empleados en ejercicio de las funciones que desempeña, y en un vehículo asignado a la dependencia en donde presta sus servicios, cuando el daño se produjo por caso fortuito? Obsérvese bien que las distintas respuestas que se dan, depende de que respondan a problemas distintos.

Como nota marginal anotamos que a nuestro juicio el hecho 5 que plantea la sentencia, de que el vehículo con que se cometió el hecho hubiera sido asignado a la oficina en donde prestaba sus servicios el empleado, es irrelevante, pues si él hubiera sido arrendado para realizar la gestión, o prestado por uno cualquiera de los funcionarios, la respuesta no variaría. Recuérdese que para saber si un hecho es o no relevante, basta quitarlo, y si la respuesta sigue igual, es porque no lo es. Esto obviamente no cambiaría la decisión del Consejo de Estado, pero se quiere poner de presente que se hizo un esfuerzo probatorio innecesario.

4.4. Connotación jurídica de los hechos

El problema jurídico se integra con los hechos relevantes que estén probados. Pero los hechos relevantes son de carácter jurídico, pues corresponden a los distintos elementos de las hipótesis normativas que sirven para aproximarnos a la realidad. Por consiguiente, los hechos relevantes son abstractos.

Por regla general los hechos abstractos que integran una institución jurídica coinciden con los hechos concretos que se dan en el mundo de la realidad empírica. Por ejemplo, cuando se habla de muerte en sentido jurídico, este término coincide con el de muerte en sentido fisiológico. Sin embargo, en ocasiones el concepto jurídico puede no coincidir con el concepto empí-

rico, como cuando la ley hace ficciones, tal como ocurre con la muerte por desaparecimiento, que no coincide con el fenómeno fisiológico de la muerte.

Igual pasa en todos los fenómenos subjetivos y en todos los juicios de valor. Los conceptos jurídicos de culpa, dolo, vida honesta, buena fe, etc., no se dan en el mundo de lo empírico de una manera lineal, sino que son conceptos que se inducen a partir de hechos concretos. Por eso bien puede acontecer que con base en unos mismos hechos, debidamente probados, una persona colija que alguien actuó con culpa, y otro considerar que fue con dolo. Estos son los problemas de connotación jurídica de los hechos.

Hay pues una tercera fuente de discrepancia entre las partes en un proceso, y es cuando a partir de los mismos hechos empíricos probados, una colige determinado fenómeno jurídico, y otra uno diferente, por lo que necesariamente el problema que cada una de ellas planteará, será distinto. Por ejemplo, si se trata de determinar sobre la responsabilidad penal de una persona por las lesiones causadas a otra, serán muy diferentes las respuestas si una parte considera que se actuó con intención de herir, y otra con intención de matar, a pesar de que los hechos en que se fundan las inferencias sean iguales para ambas partes. En la práctica judicial se dice que no está probada la intención de herir, o la de matar, según el caso, pero lo que lógicamente se da no es la falta de la prueba de los hechos, sino la discrepancia de su connotación jurídica con relación a los hechos relevantes.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia distingue claramente entre estos dos fenómenos jurídicos en la prueba de los hechos relevantes, al definir el primero, la falta de prueba del fenómeno empírico concreto, como error de existencia, y el segundo, la discrepancia en cuanto a la connotación jurídica del hecho probado, como error de identidad. Una cosa es que no exista la prueba de que A haya disparado a B (error de existencia), y otra muy diferente es que una parte colija de los hechos que rodearon la agresión intención de herir, y la otra intención de matar (error de identidad).

Conviene aclarar que la determinación de los hechos relevantes, los hechos probados y la connotación jurídica de éstos, no son problemas que se den de manera separada o sucesiva. Se trata de un proceso sincrético en el que el jurista, a medida que va teniendo conocimiento de los hechos empíricos, los va ubicando dentro de los hechos jurídicos de las distintas hipótesis que va formulando, determinando para ello su connotación jurídica,

y simultáneamente mirando si en la realidad concreta se pueden verificar a través de los distintos medios probatorios, en un proceso continuo de análisis y síntesis jurídicos, que solo termina cuando se establece la veracidad de lo acontecido, y su connotación jurídica. Con estos elementos se formula el problema, integrando para ello al aspecto jurídico considerado, los hechos jurídicos que correspondan a los hechos empíricos debidamente establecidos dentro del proceso. Ejemplo de connotación jurídica de los hechos: La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 10 de 1947, con ponencia del doctor Agustín Gómez Prada, dijo:

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de 11 de marzo del año pasado, condenó a... a la pena principal de trece años de presidio, como responsable de la muerte de....

Contra esa sentencia interpusieron el recurso de casación tanto el procesado como su defensor y éste presentó oportunamente la demanda, que se fundamenta en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea, en la indebida aplicación de la ley.

HECHOS

A vivía en buenas relaciones con su tío y padrino B, pero resulta que unos meses antes de los sucesos que dieron causa para el proceso, éste (B) rindió una declaración desfavorable a C, tío político de A, en algún asunto de policía. Parece que fue este hecho el que produjo en el delincuente profundo desagrado y no perdía ocasión de agredir a B de palabra y aún de obra.

El 27 de noviembre de 1940 se encontraron tío y sobrino en la plaza de Guateque y el segundo atacó al primero, que resultó con las narices reventadas. Ya por la tarde se dirigían B y su esposa hacia su casa, situada en la región de Tincachoque, cuando al llegar al Alto de las Cruces vieron que A estaba frente a la casa de D, por lo cual resolvieron tomar una vía diferente. No valió, sin embargo, la medida de precaución tomada por B, porque A luego de tirarle unas pedradas, lo agarró, lo derribó y luego de alguna lucha, le causó cuatro heridas con un cuchillo, una de ellas en la región abdominal, que le produjo la muerte. (...)

En el caso presente, el estudio ha de ser muy circunscrito a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, por haber sido la base del recurso. (...)

Circunstancias de mayor peligrosidad. a) El parentesco. El ordinal 4 del artículo 37 del Código Penal considera como circunstancia de mayor peligrosidad que se hayan violado “los deberes especiales que las relaciones sociales o las de

parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado”.

El acusado declara que B era medio hermano de su padre y, por consiguiente, su tío medio y además, que era su padrino de confirmación. Y aquel grado de parentesco aparece demostrado con las partidas de estado civil que obran a los folios 34 y 181 del cuaderno primero del expediente.

Cierto es que los vínculos del parentesco serán tanto más respetables cuando más estrechos y cuanto mayormente se hayan cultivado. No siendo muy cercanos y no habiéndose fortalecido o exaltado por mutuas acciones que susciten el efecto o estimulen el cariño, pudiera suceder que no llegaran a figurar en el cómputo de una sanción penal. Y en esto tiene razón el recurrente, al decir que no es el simple vínculo del parentesco el que pueda hacerse valer como índice de peligrosidad, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada uno.

En el presente, las relaciones entre tío (medio) y sobrino ahijado eran cordiales, pero se cambiaron hasta llegar a una clara animosidad. Porque varias pruebas acreditan que A llegó a las vías de hecho contra B, y varios declarantes aseguran también que éste motejaba a aquél de “ladrón” y que expresaba su deseo de eliminarlo.

(...)

En el caso transcrito, el aspecto jurídico considerado es la pena que pueda corresponder al sindicado. Las partes aceptan como hechos relevantes el homicidio y el parentesco entre el sindicado y la víctima, pero discrepan al considerar si el parentesco en sentido jurídico es igual al parentesco en sentido fáctico, pues para el Tribunal basta demostrar éste, es decir, el simple vínculo de consanguinidad, para que se configure el agravante jurídico del parentesco, mientras que para la Corte es necesario además demostrar que había afecto entre ellos. En otras palabras, un mismo fenómeno empírico puede tener connotaciones jurídicas diferentes. Por eso son distintos los problemas que ambas Corporaciones formulan, así:

Tribunal: ¿Qué pena corresponde al homicidio agravado por el parentesco?

Corte: ¿Qué pena corresponde al homicidio?

Conviene destacar que en la formulación de estos problemas hemos tomado el homicidio como hecho, a pesar de que él mismo esté conformado por una serie de hechos, como son la muerte intencional de una persona producida por otra. Pero como en el proceso hay una serie de problemas para resolver,

algunos de los cuales sirven de fundamento a otros, los primeros se integran a los segundos cuando ya están resueltos, como simples hechos. En el caso analizado, por ejemplo, primero hubo que preguntar por “qué tipo de delito comete el que intencionalmente ocasiona la muerte a otro”. Definido este problema, al averiguar por la pena se pregunta: Qué pena corresponde al homicidio... y se continúa con los demás hechos que sean relevantes para definir la pena.

4.5. La naturaleza integral del raciocinio jurídico

Por razones didácticas hemos separado los juicios sobre relevancia, prueba y connotación de los hechos, de los juicios de fuente, de método y de técnica, y hemos tratado de buscar ejemplos en los que aparezcan cada uno de ellos lo más autónomamente posible. Sin embargo, en algunos casos todos estos juicios se dan simultáneamente, por lo que es difícil separarlos. Veamos algunos ejemplos:

Con frecuencia es necesario interpretar primero una norma, para luego hacer el juicio de pertinencia, una vez que se haya establecido su significado y alcance. Tal ocurre en el siguiente ejemplo, en donde el doctor Luis Carlos Pérez²⁵ hace una interpretación sociológica del numeral 3 del artículo 23 del C. Penal de 1936 para descartarlo como norma aplicable al problema planteado. Dice así:

La ignorancia de que el hecho es considerado como delito por nuestra ley penal está expresamente prevista como eximente de responsabilidad en el numeral segundo del artículo 23 de nuestro estatuto penal, siempre que dicha ignorancia sea invencible y no provenga de negligencia. El numeral 3²⁶ del mismo artículo no le quita fuerza a esta causal de inimputabilidad, por las siguientes razones:

a. La presunción del conocimiento de la ley no puede ser absoluta, por utópica, pues ni los mismos jurisperitos están enterados íntegramente de sus preceptos. Luego de esta realidad debe concluirse que el conocimiento de la ley que debe suponerse es de los delitos naturales, como el robo, el homicidio, etc., pero no de los de creación legal o de los que requieran cierta información no corriente, que no pueda pedirse a una persona dentro de su ambiente o modo de vida.

(...)

²⁵ PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal colombiano. Temis, Bogotá, 1959, t. IV, pág. 314.

²⁶ Art. 23. El hecho se justifica... 3. Por ignorancia que el hecho esté prohibido en la ley penal. Tal ignorancia no podrá alegarse sino tratándose de contravenciones.

Igualmente en muchas ocasiones no se puede definir si un hecho es o no relevante para un aspecto jurídico determinado, sino después de que se interprete la norma. Recuérdese, por ejemplo, que en el método sistemático se incorporan como hechos relevantes, además de los de la fuente que sirve para resolver el problema, los de la institución en función de la cual ésta se interpreta. De tal manera que si una persona interpreta una norma exegéticamente, encontrará como relevantes unos hechos; pero si la misma norma se interpreta sistemáticamente, se encontrarán también como relevantes los de la institución que sirvió de marco conceptual para interpretarla. Tal es el caso del ejemplo sobre la interpretación del artículo 326 del C. Penal anterior al de 1980, en el que se tipifica una de las modalidades de corrupción de menores, el cual, si se interpreta exegéticamente, solo tiene dos elementos, la edad del sujeto pasivo de la infracción y la relación sexual, pero si se interpreta sistemáticamente, tendría tres: la edad, la relación sexual, y el carácter de mujer de vida honesta del sujeto pasivo de la infracción.

Es por eso importante tener en cuenta que aunque la estructura lógica del discurso jurídico se compone de tres juicios de hecho (hechos relevantes, hechos probados y connotación jurídica de los hechos), y tres de derecho (fuente, método y técnica), ellos no son autónomos, sino que, por el contrario, se dan en una unidad integral que no permite escindirlos de manera mecánica en el proceso de razonamiento jurídico. Al inicio del razonamiento jurídico hay siempre una hipótesis jurídica, que corresponde a una norma debidamente interpretada, la cual dirige la búsqueda de los hechos relevantes, y éstos a su vez orientan la búsqueda de la prueba de los hechos y el razonamiento sobre su connotación jurídica.

4.6. Crítica jurídica

Cuando la discrepancia de dos partes en un proceso se fundamenta en que consideran como relevantes o probados hechos diferentes, o que la connotación jurídica de los hechos es distinta, dicha diferencia se concreta en la formulación de problemas jurídicos diferentes, por cuanto, como ya lo hemos dicho, éstos se formulan con base en la integración del aspecto jurídico considerado y los hechos que se refieren a él.

Por consiguiente, para asumir una postura crítica con relación al punto de derecho que se discute, es necesario establecer primero cuáles son los he-

chos relevantes y probados para cada una de las partes, y cuál es su connotación jurídica, y luego se asume una postura personal sobre estos mismos tres puntos. La primera parte constituye el análisis estructural de la providencia, y la segunda la crítica jurídica. Veamos el siguiente ejemplo:

En la noche del 19 de marzo de 1961 estuvieron reunidas varias personas en una casa de ubicada en la vereda de San Miguel, corregimiento de San Antonio, municipio de Jamundí, dedicándose todos a libar y a ingerir alcohol hasta que amaneció, luego de lo cual se trasladaron a la fonda a continuar las libaciones; de este sitio se dirigieron a otra casa, donde se les agregaron otros señores. En este lugar se continuó la farra, hubo baile e ingestión de bebidas. A eso de las cuatro de la tarde del 20 de marzo A se dedicó a servir a los parrandistas sendas porciones de chicha, la cual no alcanzó para B, quien por tal hecho se disgustó con su sobrino, provocándose entre ellos un cambio de palabras y golpes. Para evitarles una más seria contienda, C cogió por detrás al sindicado y éste sacó entonces una navaja con la cual logró herir levemente a aquél, pero como C insistió en detenerlo le lanzó un nuevo navajazo que no dio en su objetivo sino en la región femoral izquierda de D que estaba cercano “como pacífico espectador” y quien poco después murió a consecuencia de dicha herida, según aparece de la correspondiente diligencia de autopsia, del acta de levantamiento de su cadáver y del certificado individual de su defunción expedido por los señores médicos forenses de esta ciudad.

El homicidio cometido en estas circunstancias fue calificado en el auto de proceder como un homicidio preterintencional perpetrado bajo la modalidad de la *aberratio ictus*, prevista en el artículo 14 del C. P.²⁷. Al respecto se dijo en esa providencia: ‘La calidad del arma usada y las circunstancias en que el hecho ocurrió, hacen presumible que B no tuvo intención de dar muerte a D sino de lesionarlo para que lo soltara. Esta presunción que se establece con base en el artículo 365 del C. P., toma mayor fuerza y se hace más convincente si se tiene en cuenta la pequeña y única lesión recibida por el occiso ...’.

Tal situación no fue alterada por los elementos de convicción allegados al proceso en el término probatorio de la causa, y bien se puede decir que los señores miembros del jurado emitieron su veredicto en este asunto de acuerdo con el material probatorio considerado por el señor juez de derecho al calificar el mérito de la investigación.

²⁷ En el Código de 1936 se contemplaba esta figura, según la cual cuando por error o accidente el golpe alcanzaba a una persona distinta de quien iba dirigido, se consideraba como si hubiere alcanzado a ésta para todos los efectos legales.

El cuestionario que se propuso al jurado se redactó en conformidad con el cargo que se le formuló al inculpado en dicha providencia, y durante la audiencia el señor fiscal solicitó que se contestara afirmativamente. La defensa por su parte sostuvo diversas tesis: el caso fortuito, la legítima defensa y luego, como tesis principal, la culpa, y como subsidiarias la legítima defensa o el homicidio preterintencional cometido en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

El jurado contestó el cuestionario en estos términos: ‘Sí, por culpa’, desplazando así el hecho del terreno en que había sido situado al terreno de la culpa que por su propia naturaleza excluye la *aberratio ictus*.

Sobre la base de ese veredicto que el a quo no halló manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos, se pronunció la sentencia recurrida.

La Sala considera que el honorable juez del primer grado procedió legalmente al acogerlo, ya que él se funda en las pruebas que por un lado acreditan la existencia material del hecho *sub judice*, y por otro en la apreciación en conciencia de las demostrativas de la responsabilidad del acusado, ya que según estas pruebas hubo de su parte, al utilizar la navaja en la forma que lo hizo, un acto de imprevisión, por imprudencia, no propiamente respecto de C, contra quien intencionalmente iban dirigidos sus tiros, sino en relación con D, a quien alcanzó a lesionar en las mismas circunstancias sin que respecto a él mediara esa intención. Subjetivamente es menester también tener en cuenta el estado de conmoción anímica y de avanzada embriaguez aguda que en ese momento engeguécian su mente y que lo inhibían para controlar en debida forma sus movimientos, dándole cierto cariz maquinal a su acción. Ese veredicto es, pues, una interpretación muy humana de lo ocurrido.

Análisis estructural del texto anterior:

Para hacer el análisis estructural es necesario determinar el aspecto jurídico considerado, es decir, el punto de derecho sobre el cual recae la controversia. En el caso concreto es “tipo de delito”. Con relación a este aspecto jurídico considerado se determinan los hechos relevantes y probados, y su connotación jurídica, para cada una de las partes, así:

Juzgado en la calificación del sumario:

Hechos relevantes: Intención (de herir o de matar) a una persona.

Muerte de un tercero.

Hechos empíricos probados: B lanzó un navajazo a C con una navaja pequeña.

El navajazo alcanzó a D, quien murió por dicha causa.

Connotación jurídica de los hechos: B agredió a C con intención de herirlo.

Aberratio ictus

Problema jurídico planteado: ¿Qué delito comete el que con intención de herir a una persona, causa la muerte a otra?

Tesis: Homicidio preterintencional en la modalidad de *aberratio ictus*.

Tribunal en la sentencia:

Hechos relevantes: Intención (de herir o de matar)

Muerte de tercero.

Estado psíquico del autor

Hechos probados: B lanzó un navajazo a C, que produjo la muerte de D.

El comportamiento de B fue imprudente.

B estaba en estado de conmoción anímica.

B estaba en avanzado estado de embriaguez.

Connotación Jurídica: Muerte de D por B.

Culpa de B.

Conmoción anímica de B.

Avanzada embriaguez de B.

Problema: ¿Qué tipo de delito comete el que por culpa causa la muerte a otro, estando además en estado de conmoción anímica y embriaguez aguda?

Tesis: Homicidio culposo.

Critica jurídica

Con fundamento en este análisis estructural, se determina si la discrepancia obedece a que las partes consideran como relevantes hechos diferentes, o si estando de acuerdo en su relevancia discuten en cuanto a si están probados o no, o sobre su connotación jurídica, y con base en él se formula la propia tesis. Veamos un ejemplo referido al caso que estamos analizando:

El día 20 de marzo de 1961 se encontraban en la casa de... un grupo de personas que venían ingiriendo licor desde el día anterior. A eso de las 4 de la tarde, A se dedicó a servir a los contertulios sendas porciones de chicha, la cual no alcanzó para B, quien por este motivo se disgustó con A, hecho que provocó entre ellos un cambio de palabras y de golpes. Para evitar una más seria contienda, C cogió a B, y como aquél insistió en detenerlo, le envió un navajazo que no

alcanzó a C sino a D, quien estaba sentado como “pacífico espectador”, lo que le produjo una herida en la región femoral izquierda, que originó su deceso.

El juzgado calificó el delito como homicidio preterintencional en la modalidad de *aberratio ictus*, fundándose para ello en el hecho de que la intención de B no fue en ningún momento la de matar a C, persona con respecto a la cual había que definir la responsabilidad penal, pues fue a ella a la que le dirigió el golpe que alcanzó a D.

El tribunal por el contrario consideró que se trataba de un homicidio culposo, fundándose en el hecho de que hubo de parte de B un comportamiento imprudente al no prever las consecuencias que su comportamiento tuvo en relación a D, teniendo en cuenta al mismo tiempo que el sindicado actuó en “estado de conmoción anímica y de avanzada embriaguez aguda, que en ese momento enceguecían su mente y lo inhibían para controlar en debida forma sus movimientos”.

Nosotros compartimos la tesis del juzgado por las siguientes razones:

1. Por mandato del artículo 14 del C.P., “cuando por error o accidente se cometa un delito en persona distinta a aquella contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiera cometido en la persona contra quien se dirigía la acción”. Es evidente que B lanzó un navajazo a C, y es con relación a este comportamiento sobre el cual se debe estructurar el tipo de delito cometido, según lo ordena el artículo transcrito.

Sobre esta base, se debe tener en cuenta que la intención de B era únicamente la de herir a C, como se colige del tamaño del arma con que lo agredió, a pesar de que se hubiera ocasionado la muerte de D, por lo que el delito cometido se encuadra en la denominación de homicidio preterintencional; y la modalidad de este delito es la de la *aberratio ictus*, por cuanto el golpe alcanzó por accidente a persona distinta de aquella a la que iba dirigido.

2. Conviene anotar que el tribunal para tipificar la conducta delictiva como culposa, toma en cuenta, además de la imprudencia del actor, dos hechos que son absolutamente irrelevantes para este propósito, como lo es la conmoción anímica y el avanzado estado de embriaguez en que se encontraba B. Tales hechos solo podrían jugar un papel en la definición de la pena que le pueda caber al sindicado, pero no en el tipo de delito cometido por él. Si B, por ejemplo, hubiera realizado el acto sin estar airado y en sano juicio, el tipo delictivo cometido por él no hubiera sido distinto.

4.7. Ejercicios prácticos sobre hechos

Haga el análisis estructural y la crítica jurídica en los siguientes casos:

4.7.1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Febrero 14 de 1941.

Magistrado ponente: Doctor José Miguel Arango.

El día 13 de marzo de 1934 se encontraba..., quien llevaba en brazos a su hija..., en la puerta del almacén de los señores..., situado en la calle de Colombia en Medellín, cuando el señor..., empleado del municipio, que manejaba una aplanadora del distrito, por descuido o imprudencia, dice el demandante, dejó deslizar la máquina hacia aquel lugar, causando la muerte de la señora... y la mutilación de la pierna derecha de su hija.

Este hecho dio a... base para demandar al municipio por los daños causados a su cónyuge y a su hija.

Considera el recurrente que el fallo viola la ley sustantiva en cuanto desecha las pruebas exculpativas de la entidad demandada y desconoce la existencia del caso fortuito comprendido en la excepción genérica que opuso el señor agente del Ministerio Público, ya que en la sentencia no se tomaron en consideración las pruebas presentadas por el municipio para demostrar fuerza mayor o caso fortuito.

A esta acusación del recurrente, se hace el siguiente reparo: El tribunal en su sentencia examinó las pruebas a que hace referencia el recurrente consistentes en las declaraciones de ... y ..., y los conceptos periciales de..., y de este estudio, en conjunto, dedujo que las palancas de la cilindadora al hacer un reverso se desengranaron por lo cual vino a quedar la máquina sin control y sin dirección, lo cual indica que el aparato tenía una pieza sustancial en mal estado y que no fue revisada debidamente para constatar que al efectuarse la maniobra tan frecuentemente como la de reversar, la cilindadora continuaba debidamente engranada y obedeciendo en un todo a la dirección y control que le imprimiese el conductor, lo que está indicando que hubo, por parte del municipio, por lo menos descuido o negligencia para revisar la máquina que prestaba servicios en las calles de Medellín.

Se ve, pues, que el tribunal si estudió las pruebas presentadas por el municipio, pero de su estudio dedujo la conclusión de que ellas no servían para demostrar la fuerza mayor o el caso fortuito. Si el recurrente considera que con ellas sí se demuestra ese caso fortuito o esa fuerza mayor, ha debido hacer la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas probanzas, pero esa acusación no aparece en el alegato de casación.

Considera el recurrente que la sentencia del tribunal acepta que la culpa es factor esencial para la creación de un vínculo jurídico en casos como el presente, de tal manera que al desestimar las pruebas plenas de que el distrito obró con

la mayor diligencia violó los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que cesa la responsabilidad de las personas allí mencionadas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, y el segundo, que solo en caso de malicia o negligencia del agente, hay lugar a la reparación del daño.

Observa la Corte que la violación de estas disposiciones resulta necesariamente de la comprobación de dos hechos: a) Que la persona obligada a responder por el daño puso toda su autoridad y cuidado que su calidad le confería, sin que ello obstare para impedir el hecho culposo. 2) Que no hubo malicia ni negligencia en el agente que causó el daño.

Se ha visto que el Tribunal consideró que el municipio no obró con sumo cuidado y sí con negligencia, al no haber reparado la cilindadora antes de haberla puesto bajo el comando de ... para que prestara sus servicios en las calles de Medellín, y en una muy transitada, como en la que tuvo lugar el siniestro de que dan cuenta estos autos, puesto que al ejecutar la maniobra que se denomina “reversar”, los piñones se desengranaron dejando la máquina sin control ni dirección, de donde deduce el tribunal la negligencia o falta de cuidado, de parte del municipio, dueño de la aplanadora.

Visto lo anterior, es fuerza concluir que si no prospera la acusación por la apreciación de las pruebas en que fundó su fallo el tribunal, la violación de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, ha de tener idéntico resultado.

4.7.2. En sentencia de febrero 17 de 1988, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al tratar el tema del *exequatur*, manifestó:

Las exigencias para que la Corte pueda conceder el *exequatur* son básicamente las establecidas por el Estatuto Procesal Civil, a saber: que la sentencia extranjera no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió; que no sea contraria a leyes colombianas u otras disposiciones de orden público, salvo las procesales; que la sentencia se encuentre ejecutoriada; que se presente copia autenticada y legalizada en la forma prevista por el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil; que en Colombia no se haya fallado o se adelante proceso sobre el mismo asunto; que el demandado haya sido debidamente citado y que se cumpla con el requisito del *exequatur*.

En conclusión, si falta cualquiera de los requisitos señalados no puede acceder a la petición hecha en la respectiva demanda.

Así las cosas, descende la Corte al análisis de los requerimientos legales, en el

caso bajo estudio con el fin de resolver lo que corresponde:

Según mandato del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, compete a la parte actora probar los hechos expuestos en la demanda.

En consecuencia, en el caso sub lite correspondía a..., la carga de probar las exigencias legales y, en el evento de no haber cumplido con dicha facultad, el riesgo de haber faltado a ella lo asume la misma parte.

Como la Corte encontrara que la demandante no cumplió con la carga de demostrar que la sentencia para la cual se solicitó el *exequatur* se encontraba ejecutoriada, en forma oficiosa y haciendo uso de las facultades que le otorgan los artículos 179, 180 y 6955 del Código de Procedimiento Civil, dispuso se allegara certificación acerca de si la sentencia estaba en firme y no admitía recurso alguno, es decir, ejecutoriada, para lo cual ordenó librar el exhorto respectivo. No obstante las reiteradas peticiones formuladas por la Corte, con el fin de obtener la prueba de la exigencia en comento, no fue posible lograr se allegara la demostración de que la sentencia para la cual se pide *exequatur* se encuentra ejecutoriada.

A folio 153 del cuaderno de reconstrucción la Embajada de los Estados Unidos de América respondió diciendo que ni ella ni el Departamento de Estado tenían conocimiento del caso en particular, por lo cual sólo suministraba una información general relativa al procedimiento aplicable a las Cortes federales de los Estados Unidos y, agregó, que cualquier información más específica debería ser hecha por la parte interesada en obtener el *exequatur*. Expresó que allegaba el texto en inglés del Código de los Estados Unidos, que creía aplicable al caso. Empero, la Jefe de División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, tal como aparece a folio 306, manifestó que no fue posible obtener lo solicitado en el exhorto y que la Embajada dijo acompañar unos anexos que nunca fueron recibidos.

Así las cosas, es necesario concluir, que no se demostró la ejecutoria de la sentencia, a pesar de la manifestación del apoderado de la solicitante, en afirmación carente de respuesta probatoria en el plenario.

(...)

Basta lo anterior para que, sin entrar en consideraciones sobre los demás requisitos legales, se niegue el *exequatur* impetrado.” (Gaceta Judicial, t. cxcii, No. 2431, primer semestre de 1988, p. 32. Magistrado Ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández).

4.7.3. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre 29 de 1994, con ponencia del H. Magistrado Dídimo Páez Velandia, dijo:

VISTOS

Decide la Corte, de plano, el incidente de colisión de competencia suscitado entre un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Leticia (Amazonas) dentro del proceso adelantado contra ... por infracción a la Ley 30 de 1986.

De esa manera, el proceso se envió a esta Corporación para que dirimiera el conflicto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El disenso que se presenta entre los colisionantes para conocer de este proceso, radica en que mientras para el Juez Penal del Circuito la conducta que se reprocha se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 y que por tratarse de laboratorio el conocimiento reside en el Juez Regional, éste sostiene que el tipo penal violado es el que contiene el artículo 33 de la misma Ley como lo dice el calificadorio, de competencia de aquél por virtud de la cantidad de la sustancia.

Las normas que han llevado a tales funcionarios a tener diferente parecer sobre un mismo aspecto fáctico, son del siguiente tenor, en lo pertinente:

art.33. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea de tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y (...)

art.34. El que destine ilícitamente, bien mueble, inmueble, para que en él se elabore, almacene, transporte, venda o use alguna de las drogas a que se refiere el artículo 32 y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de tres (3.) a ocho (8) años y ...

Los artículos transcritos, si bien se identifican porque constituyen tipos compuestos, también es cierto que conservan su autonomía propia porque mientras que el objeto material en el primero está referido a las conductas alternativas relacionadas con la “droga que produzca de dependencia”, en el segundo la acción la orienta la destinación del bien mueble o inmueble donde se realizan las conductas tocantes con la droga y que constituirían una forma de objeto material accesorio. Dicho de otro modo, en salvaguarda del principio de legalidad del delito y de las penas solo puede considerarse autor en el último caso a quien realiza la conducta consistente en destinar bien mueble o inmueble para los fines indicados, como quien suministra un vehículo o una bodega a ese propósito. Si con el solo hecho de hacer tal destinación se incurre en ese punible, síguese consecuentemente que si el agente al propio tiempo realiza otro

de los comportamientos que tocan con la droga que produce dependencia, se estaría ante un concurso de delitos por constituir acciones individualmente consideradas como punibles.

El numeral 2o. del artículo 71 de la Ley procedimental penal evidentemente fija la competencia en los Jueces Regionales para conocer de los procesos por los delitos previstos en el artículo 34 citado cuando se trate de laboratorio y en el caso que se examina efectivamente se ha hecho referencia a la existencia de un incipiente laboratorio de procesamiento de cocaína. Sin embargo, dentro del proceso también se ha sostenido que la persona que ejercía dominio sobre laboratorios móviles en la región, incluido el de autos, era..., y con relación a él se dispuso la compulsación de copias para que su conducta fuera investigada por separado.

Si esto es así, como en efecto lo es, y no pudiendo reprocharse al aquí procesado que destinó mueble o inmueble para funcionamiento de laboratorio alguno, pues su relación con él era de simple dependiente, su juzgamiento se sustrae a la competencia de los juzgados Regionales, ya que la conducta que se le inculpa, enmarcable dentro de las previsiones del artículo 33 transcrito, inciso 2o., es del resorte de los jueces Penales del Circuito, conforme a las reflexiones que se dejaron hechas y la calificación que en tal sentido emitió la Fiscalía correspondiente. Así se dirimirá el conflicto.

4.7.4. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio 28 de 1958, con ponencia del H. Magistrado doctor Ignacio Escallón, dijo:

Por escritura pública número 1538 de fecha 7 de setiembre de 1951, otorgada ante el notario primero del circuito de Buga, ... y ..., casados entre sí, vendieron a ... un lote de terreno con sus anexidades y mejoras, situado en el corregimiento de <<El Caney>>, jurisdicción del municipio de Yotoco, alinderado en la forma que reza el citado instrumento público.

Años después, en agosto de 1953, los vendedores ya nombrados instauraron demanda ante el juzgado civil del circuito de Buga alegando que en venta hecha a... habían sufrido lesión enorme por haberla vendido solamente en la suma de \$ 10.000.00, es decir, por menos de la mitad de su justo precio. Asimismo, afirmaron los demandantes que habían hecho tal venta compelidos o forzados por la ola de violencia que venía azotando al país desde tiempo atrás, y de la cual fueron víctimas los vendedores. Fundándose en estas afirmaciones pidieron la nulidad de la venta recogida en la precisada escritura núm. 1538, suplicándose subsidiariamente fuera declarada la rescisión por lesión enorme del mencionado contrato de venta.

Agotados los trámites de la primera instancia, el juzgado civil del circuito de Buga desató las *litis* por sentencia de fecha 4 de febrero de 1956, negando las súplicas de la demanda y absolviendo al demandado de los cargos en ella formulados. Contra esta providencia apeló ante el superior la parte demandante por medio de apoderado y por auto de fecha 15 de febrero de 1956, le fue concedido el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el cual, por sentencia de fecha 23 de mayo de 1957, confirmó el fallo del juez a quo. Contra esta providencia interpuso el recurso de casación la parte vencida y cumplidas como se hallan todas las formalidades debe ahora decidirse.

DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos ha formulado el recurrente contra la sentencia los cuales se estudiarán en su orden a continuación.

Primer cargo. Lo formula así el recurrente:

Primera causal.--"Acuso la sentencia del honorable tribunal, por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de ésta, porque el tribunal violó los arts. 1513 y 1514 del Código Civil (causal primera del art. 520 del C.J.)". "Consiste tal violación, dice el recurrente, en que debiendo el Tribunal aplicar las disposiciones citadas las infringió al no declarar la nulidad del contrato de venta a que se ha hecho referencia. Igualmente dice que se probó mediante la prueba testimonial que los demandantes fueron víctimas de actos de violencia perpetrados por una cuadrilla de bandoleros en el año de 1950, y que debido a tales actos de violencia y atemorizados por ellos, se vieron obligados a vender la finca a... en la cual por las razones anotadas, hubo falta de consentimiento en la voluntad de los vendedores.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los arts. 1513 y 1514 del Código Civil, citados por el recurrente, son dos disposiciones sustantivas estrechamente relacionadas entre sí, y que en el fondo se inspiran en un alto sentido de defensa del vínculo contractual, a quien lo contrajo bajo el influjo del temor, el cual, como vicio del consentimiento, es factor que compete estudiar a los jueces de instancia atendidas las circunstancias del hecho.

Desde el punto de vista jurídico resultan justificables las precisadas normas, porque siendo por definición el acto jurídico como lo enseña la filosofía del derecho un acto de voluntad y siéndolo doblemente el contrato, el acto será inexistente cuando la voluntad falte, cuando no haya consentimiento.

Demandada la nulidad por causas como las anotadas, una de las cuestiones

fundamentales que deben quedar completamente establecidas en el litigio, es si efectivamente quien la ha demandado se hallaba coaccionado por una fuerza moral, pero no de cualquier clase, sino capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio como lo prescribe la regla del art. 1513 del C. C., cuyo contenido es igual al art. 1112 del C. C. francés, que se halla inspirado en las tradiciones del derecho romano. En desarrollo del precepto últimamente citado, la Corte de Casación francesa ha sentado la siguiente jurisprudencia: ‘Cuando el consentimiento no es libre, cuando se presta bajo el imperio del temor inspirado por un mal considerable presente, el contrato celebrado queda viciado y es anulable’ (Derecho civil Francés, pág. 226, t. vi).

Y fue precisamente aquella falta de consentimiento la que dicen los demandantes existió de su parte en la venta que hicieron a..., por medio de la escritura pública núm. 1538 de 7 de septiembre de 1951, de la Notaría Primera del circuito de Buga, pues atemorizados por el ataque de que fueron víctimas en el año de 1950, por una cuadrilla de diez y ocho bandoleros, quienes no solo invadieron a mano armada su finca rural, sino que hirieron gravemente a los demandantes, se vieron aquellos constreñidos en guarda de su vida y la de sus familiares, no solo a abandonar la región en la cual se hallaba ubicado el inmueble, sino a vender este a menos precio.

El caso materia de estudio le brinda a la Corte oportunidad para hacer por vía de doctrina, la siguiente declaración:

De conformidad con nuestro régimen legal, y dándoles cabal aplicación a los arts. 1513 y 1514 del C. C., son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio en el consentimiento las enajenaciones de inmuebles, cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha influido en el ánimo del vendedor, le compra sus bienes.

Porque es obvio que una relación jurídica surgida en las condiciones expresadas, por resultar contraria a las normas de la ética y de la equidad contractual, y por entrañar en el fondo un enriquecimiento sin causa, es una situación que legalmente no puede subsistir, y por ello nuestro sistema legislativo en guarda de los derechos e intereses patrimoniales del contratante lesionado, ha establecido los medios procesales adecuados para destruir judicialmente tan extraño orden de cosas, debiendo en estos casos preceder la acción intentada si sus extremos han sido objeto de comprobación judicial durante la secuela del juicio por parte de quien haya demandado la nulidad del contrato o su rescisión por lesión enorme, sin que pueda invocarse como defensa para enervar la acción el hecho de que los actos de violencia hubieren sido, como en el caso de autos, ejecutados por personas extrañas a la negociación, pues el art. 1514 del C. C.

dice lo siguiente: “Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

La doctrina consagrada en el ordenamiento jurídico antes citado, ha dado lugar a las más interesantes disputas entre los juristas a través de la evolución histórica del derecho positiva, sin que hasta el presente se haya logrado unificar el criterio de las diversas legislaciones y tribunales. Sobre el particular, autor tan autorizado como giorgi, dice en su *Tratado de las obligaciones*:

“Entre los escritores de derecho natural, fue una disputa grave la de si el temor producido por un tercero da lugar a la rescisión contra el contratante que inocentemente se aprovecha de la violencia ejercida por otro. En este conflicto de opiniones, que divide también las diversas legislaciones, el Código francés y el italiano decidieron que la violencia es causa de nulidad, aunque haya sido usada por una persona distinta de la que en su ventaja se hizo la convención” (pág. 107, t. iv).

Si, pues, fueron actos de violencia ejercidos por terceras personas, los que atemorizaron o ejercieron coacción moral sobre la voluntad de los demandantes, y fueron aquellos los determinantes del contrato de venta que llevaron a cabo con el señor ..., su deber era para obtener un fallo favorable a las súplicas impetradas en la demanda probar debidamente la existencia de un vínculo de causalidad entre los actos de violencia de que fueron víctimas y el acto jurídico que como consecuencia de aquéllos se produjo, pues es preciso dotar al juzgador de los elementos necesarios para formar su convicción judicial, en forma tal, que las circunstancias establecidas le permitan decidir si quien ha demandado la nulidad, cedió a una violencia moral o a su temor que hizo presión sobre su voluntad. Nuestro derecho civil, como lo ha dicho la Corte, estatuye la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de violencia en razón del temor experimentado por la víctima.

Mas el vinculo de causalidad de que se ha hablado, y que constituye uno de los extremos esenciales en acciones como la promovida, fue el que no logró comprobar debidamente el demandante ante los jueces de fondo, pues la prueba testimonial que al efecto adujo, resulta insuficiente, como se desprende del siguiente pasaje de la sentencia acusada:

“De las declaraciones transcritas no puede hallarse, ciertamente, ese vinculo de causalidad a que se ha aludido, ya que, como lo advierte el juzgado, ese estado de necesidad en que para la enajenación de la finca se ha querido situar a los señores Ríos, no era el a propósito para llevarlos a otorgar la escritura cuya nulidad se ha buscado, con base en la violencia. Lo cierto es que de los testigos

que expresamente se han referido al móvil dicho por el que A le hizo la venta a x, solo... pudo decir terminantemente que esa venta fue obra de la violencia a que se sometió al vendedor. En efecto, B da como motivo para el negocio, a más del peligro en que estaba la vida del vendedor, el de la necesidad en que se encontraba él de vender su finca para salir de ciertos compromisos adquiridos en Buga, y C solo hace suponer el de la violencia como el motivo de esa venta; C, por lo demás, y D, se refieren al por qué de la venta como a algo que se les refirió, pero de lo cual no pueden dar una personal constancia”.

Así, pues, lejos de poderse aceptar como Clara y definitiva la prueba allegada para acreditar la fuerza como causa de la venta de ‘La Esperanza’, hecha por... y ..., tiene que decirse que esa prueba no se ha logrado de autos. Luego, por ese lado habría de ser confirmado el fallo del inferior.

(...)

CAPÍTULO QUINTO

La monografía jurídica²⁸

5.1. Características de la investigación jurídica

En los Capítulos anteriores vimos lo concerniente a la metodología y técnica de la investigación jurídica. En este veremos la técnica de elaboración de la monografía jurídica, que es la culminación del proceso investigativo, teniendo en cuenta las características de dicha investigación, que son las siguientes:

5.1.1. Es una investigación bibliográfica

Los problemas que se plantean en la investigación jurídica deben ser resueltos necesariamente en las fuentes formales del derecho. No es objeto de una investigación jurídica, por ejemplo, el estudio sobre la conveniencia de implantar la pena de muerte para combatir la delincuencia, pues ella no se puede resolver en ninguna de las fuentes formales del derecho, sino en la realidad sociopolítica del país. Pero si lo es, por ejemplo, la que se plantea el problema sobre la validez de la venta de bienes muebles entre cónyuges no divorciados, porque necesariamente hay que buscar la respuesta en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como las fuentes formales del derecho se encuentran siempre consignadas en documentos escritos, el manejo de las fuentes bibliográficas,

²⁸ En lo que hace referencia a la presentación formal de la Tesis, la bibliografía y las citas hemos tratado de seguir las reglas difundidas en las siguientes obras: arends, Tulio. La búsqueda de información científica y las referencias bibliográficas. Coro, Ediciones unefm, 1980. campbell, W.G. Thesis Writing. Boston, The Riverside Press, 1954. icontec. Tesis y otros trabajos de grado. Bogotá, Imprelibros S.A., 2005.

ficas, y la técnica para la recopilación de información documental, son herramientas necesarias para la realización de este tipo de trabajos.

5.1.2. Su contenido se desenvuelve con base en un tema, y no en un problema

En la investigación sociojurídica la hipótesis tiene la siguiente estructura heurística: “Para alcanzar tal meta dentro de tales condiciones socioeconómicas, es necesario adoptar tales medidas”. Por eso en este tipo de investigación se comienza justificando la meta que se pretende alcanzar, y luego definiéndola cualitativa y cuantitativamente, para lo cual se debe conocer la problemática social que se busca resolver con ella; para este propósito hay que definir los fenómenos, y con relación a cada uno de ellos, las variables y los indicadores que van a servir para describirlos.

Al mismo tiempo es necesario conocer todos los mecanismos que se utilizan en el momento actual para alcanzar la meta propuesta, lo mismo que sus limitaciones, a fin de poder encontrar la forma que permita superarlas. Con base en dicho análisis, se debe inferir las modificaciones que hay que introducir a los medios estudiados, proponer nuevos, y hacer los juicios de adecuación y suficiencia de los medios para alcanzar las metas. El modelo heurístico de la investigación sociojurídica está pues claramente definido. El proceso investigativo se encamina a ponerlo en práctica, y el informe final constituiría la Tesis de grado, si es que se opta por hacer un trabajo de esta índole.

En la investigación jurídica también se formulan hipótesis de respuestas a los problemas que se plantean, pero la confrontación no se hace contra una realidad empírica, sino contra las fuentes formales del Derecho debidamente interpretadas, como ya lo vimos en los Capítulos precedentes, por lo que cada problema requiere para su solución un tiempo relativamente breve, y para su presentación un espacio reducido.

Estas características de la investigación jurídica, y el carácter bibliográfico de la misma, hace que los trabajos jurídicos no se desenvuelvan alrededor de un solo problema, sino alrededor de un tema, del cual se desarrollan todos los subtemas. Este proceso implica la realización de un plan, cuya técnica de elaboración expondremos en este Capítulo.

Para presentar los distintos puntos relacionados con la monografía jurídica, seguiremos el siguiente orden: Elaboración del plan; recopilación de la

información; estructura material de la monografía dividida en introducción, desarrollo y conclusiones; y estructura formal de la misma.

5.2. Escogencia del tema y elaboración del plan

Un plan es la organización de los distintos aspectos que integran un tema, de acuerdo con el propósito que persiga el autor del trabajo, y según ciertos principios lógicos.

Hay pues tres factores que inciden en la elaboración de un plan: el tema, el propósito que se persiga al desarrollarlo, y las reglas lógicas a que se debe someter su elaboración. Vamos a analizar cada uno de ellos.

5.2.1. Escogencia del tema

El primer punto que hay que reiterar es que en la investigación jurídica los temas deben ser susceptibles de resolverse en las fuentes formales del derecho. Los demás temas son metajurídicos, y exigen el uso de la metodología propia de la investigación sociojurídica. El tema referente a los derechos y deberes de los empleados públicos, por ejemplo, es jurídico, porque la solución de los distintos problemas que en él se puedan plantear debe encontrarse en las fuentes formales del derecho colombiano. Pero el tema referente a la conveniencia de cambiar el carácter de empleados públicos por el de trabajadores oficiales, por ejemplo, es metajurídico, y su solución exige el manejo de los métodos propios de la investigación sociojurídica.

La escogencia de un tema jurídico se desenvuelve en un proceso paulatino de delimitación progresiva, el cual se inicia con el interés que tenga el investigador por un tema general, y termina con la formulación del título, la elaboración del plan, y la redacción de la Introducción, así sea de manera provisional, pues estos puntos sólo se pueden establecer en forma definitiva cuando el escrito esté terminado. Son precisamente estos tres elementos -título, plan e Introducción provisionales-, los que constituyen el Proyecto de Tesis que se debe someter a la aprobación de la Institución académica. Las reglas que se establecen aquí para la elaboración del plan y la Introducción se deben tener en cuenta, por tanto, para elaborar el Proyecto.

Esto quiere decir que el tema inicial tiene muchas modificaciones durante el proceso de elaboración del trabajo: Continuamente sufre ampliaciones, restricciones y precisiones, a medida que se va desarrollando el plan. Y

como veremos oportunamente, una de las condiciones intrínsecas de cada plan es su carácter provisional, pues sólo adquiere firmeza cuando la obra se termina.

El tema debe delimitarse tanto formal como materialmente. La delimitación formal hace referencia a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que el tema se va a analizar. Si se van a estudiar, por ejemplo, las causales de retiro de los empleados públicos, habrá que especificar si se van a tratar desde el punto de vista de la legislación nacional, departamental, municipal, o de todas. Si es en la legislación de nuestro país, o un estudio comparativo de los distintos países. Si se va a estudiar la forma como este fenómeno jurídico ha sido analizado en las distintas reformas administrativas, o únicamente como está regulado en la actualidad. Y así en todos los demás aspectos que sean necesarios para definir los contornos formales del tema.

La delimitación material hace referencia a si el tema va a ser desarrollado en todos los aspectos posibles, o sólo en alguno o algunos de ellos. En relación con los empleados públicos, por ejemplo, se puede estudiar su concepto, la naturaleza jurídica de su vinculación, sus derechos y deberes, las reglas que regulan su permanencia y retiro del servicio, la carrera administrativa, etc.

En el plan se materializa la delimitación del tema, pues en su elaboración se reflejan las múltiples modificaciones que aquél va sufriendo a lo largo del proceso de recopilación de la información y elaboración del trabajo. Para llegar al estadio final, hay que hacer muchas formulaciones provisionales con base en los materiales que se van recogiendo durante el proceso investigativo.

Eso implica que entre el título, el plan y la Introducción que se redactan al inicio del proceso investigativo, y los que quedan al final de dicho proceso, van a existir diferencias sustanciales. Pero sin hacer el esfuerzo de buscar esa definición inicial, no se logra la claridad que permita adelantar el trabajo, y que evite que durante el proceso investigativo se recoja mucha información no relevante para el tema en estudio, o que se omita mucha que sí lo es. Sin hacer las formulaciones provisionales previas, ni el estudiante ni el Director de la Tesis tendrán claridad sobre el tema que se va a desarrollar²⁹.

²⁹ Sobre este punto consultar la obra de Humberto Eco: *Cómo se hace una Tesis*. Barcelona, Edit. Gedisa, 19 ed., 1996.

5.2.2. El plan como expresión de un propósito

La intención que se persiga con un trabajo es el primer determinante de la distribución de los distintos aspectos en que se divide el tema, del énfasis que se dé a cada uno de ellos, y de la forma como se desarrollen. Supongamos que el tema escogido para la monografía es el de las causales de retiro del servicio de los empleados públicos. El plan sería diferente de acuerdo con los distintos propósitos que tuviera la persona que va a elaborar la monografía, así:

- Si el propósito es el de explicar en qué consiste cada una de las causales, el plan se puede elaborar siguiendo la secuencia en que aparecen en las normas legales, así: Causales de retiro del servicio de los empleados públicos del orden nacional:

1. Renuncia.
2. Declaratoria de insubsistencia.
3. Supresión de empleo.
4. Invalidez absoluta.
5. Edad.
6. Retiro con derecho a pensión de Jubilación.
7. Destitución.
8. Abandono del cargo.
9. Revocatoria del nombramiento.
10. Muerte.

- Si el propósito es analizar las causales según los factores que lo producen, el plan podría ser el siguiente: Causales de retiro del servicio de los empleados públicos del orden nacional:

1. Por razón de la discrecionalidad de las partes:
 - a. Renuncia;
 - b. Declaratoria de insubsistencia;
 - c. Revocatoria del nombramiento.
2. Por causa disciplinaria:
 - a. Destitución;
 - b. Declaratoria de insubsistencia de funcionarios de carrera.
3. Por mandato legal:

- a. Muerte;
- b. Edad;
- c. Invalidez;
- d. Caducidad del nombramiento;
- e. Supresión del empleo;
- f. Abandono del cargo.

- Si el propósito es analizarlas teniendo en cuenta el procedimiento que se sigue para tramitar cada causal, el plan podría ser el siguiente: Causales de retiro del servicio de los empleados públicos del orden nacional.

1. Por acto reglado.
 - a. Destitución;
 - b. Insubsistencia de empleados de carrera;
 - c. Retiro por pensión de invalidez;
 - d. Retiro por pensión de vejez;
 - e. Revocatoria del nombramiento.
2. Por acto no reglado.
 - a. Muerte;
 - b. Caducidad del nombramiento;
 - c. Abandono del cargo;
 - d. Renuncia;
 - e. Declaratoria de insubsistencia;
 - f. Supresión del empleo.

5.2.3. Los principios lógicos del plan

Todos los subtemas que integran un plan deben sujetarse a los siguientes principios lógicos: Completud, subordinación, homogeneidad, secuenciación, autonomía, y provisionalidad. Ejemplificaremos cada uno de estos principios mediante la elaboración de un plan.

5.2.3.1. *Principio de completud.* El tema enunciado en el título debe ser desarrollado en su totalidad. De ahí la importancia de hacer adecuadamente su delimitación formal y material, para evitar que el trabajo resulte demasiado extenso.

Como antes lo anotamos, la delimitación material hace referencia a los distintos subtemas en que el tema se divide. Para determinarlos, lo más aconsejable es leer índices de obras en donde el tema se trate, y aún echar una ojeada al contenido de la obra, pues hay muchos subtemas que no aparecen enunciados con títulos, a pesar de que se tratan de manera autónoma dentro del texto. Todos estos subtemas se van anotando en una hoja, sin importar el orden en que aparezcan, pues por ahora lo que se busca es desarrollar el tema en su integridad, descubriendo todos los subtemas que lo conforman. Veamos un ejemplo:

Tema: Causales de retiro del servicio de los empleados públicos. Después de revisar algunas obras sobre este tema, encontramos los siguientes subtemas:

- Retiro por discrecionalidad de las partes.
- Renuncia.
- Declaratoria de insubsistencia.
- Retiro por vejez.
- Abandono del cargo.
- Retiro por disposición de la ley.
- Revocatoria del nombramiento cuando se ha producido error en la persona nombrada. Revocatoria del nombramiento cuando recae en persona que no reúne los requisitos. Revocatoria del nombramiento cuando recae en persona inhabilitada.
- Revocatoria del nombramiento cuando ha sido hecho por funcionario no competente.
- Retiro como sanción.
- Retiro mediante procedimiento reglado.
- Declaratoria de insubsistencia del funcionario de carrera.
- Destitución.

Estos temas han sido anotados a medida que los vamos encontrando, y en esta primera presentación no tienen ningún orden lógico. Además, es muy seguro que durante la recopilación de la información puedan aparecer otros subtemas, o que los enunciados se dividan para su estudio, como sería la eventualidad de que en cada una de las causales se analizara su concepto, sus requisitos, su oportunidad, etc. Por otra parte, al aplicar los demás principios que guían la elaboración del plan, se van poniendo de presente

vacíos en la información que implican la ausencia de algunos subtemas. Eso no debe preocupar, pues el plan es un instrumento que se debe estar modificando continuamente a medida que avanza la investigación. Por ahora lo que se busca es tener una visión panorámica del tema de estudio, lo que nos permite calcular el tiempo que gastaremos en su desarrollo, y la bibliografía que debemos localizar para realizarlo.

5.2.3.2. *Principio de subordinación.* Los subtemas detectados se deben organizar jerárquicamente, encontrando primero los de mayor generalidad, y luego ubicando debajo de ellos los que correspondan, por ser especies del anterior. En el caso concreto encontramos cuatro grandes subtemas que integran varias causales, que son:

- Retiro por discrecionalidad de las partes.
- Retiro por disposición de la ley.
- Retiro como sanción.
- Retiro mediante procedimiento reglado.

Los tres primeros subtemas agrupan las distintas causales de retiro según su origen; el cuarto las agrupa según el trámite que se debe seguir. En primer lugar conviene aclarar que el *retiro por procedimiento reglado* sugiere la existencia de otro, el *retiro mediante procedimiento no reglado*, lo que ayuda a desarrollar el principio de completud. En este caso concreto, sin embargo, no se debe incluir en el plan este subtema, pues rompe su estructura lógica, ya que cambia el criterio de análisis de la información, como tendremos oportunidad de explicarlo al hablar del principio de homogeneidad.

Teniendo como encabezado los títulos de los tres grupos que subsisten, se integrarán a cada uno de ellos las causales, según corresponda, así:

Retiro por discrecionalidad de las partes.

- Renuncia
- Declaratoria de insubsistencia
- Abandono del cargo.

Retiro por disposición de la ley

- Retiro por vejez
- Revocatoria del nombramiento

Retiro como sanción.

- Destitución
- Declaratoria de insubsistencia de funcionario escalafonado

Quedan unos subtemas sin incorporar al plan, cuya ubicación debe ser determinada. En el caso concreto se trata de subdivisiones de la revocatoria del nombramiento, por lo que este subtema quedaría así: Revocatoria del nombramiento.

- Cuando se ha producido error en la persona
- Cuando recae en persona que no reúne los requisitos
- Cuando recae en persona inhabilitada
- Cuando ha sido hecho por funcionario no competente

5.2.3.3. *Principio de homogeneidad.* De acuerdo con este principio, cada subtema debe estar referido directamente al tema al cual pertenece. La única excepción a esta regla es la que corresponde a la ubicación conceptual del tema dentro de la Introducción, en la cual no se habla directamente del tema, sino del marco teórico dentro del cual éste se plantea. En el plan en estudio, por ejemplo, el tema propuesto es el de *Las causales de retiro del servicio de los empleados públicos*, por lo que la ubicación conceptual del tema se haría en la Introducción, por ejemplo, mediante el análisis del concepto de *Empleado Público*.

El análisis de la homogeneidad se hace en primer lugar comparando los títulos de los capítulos con el tema del trabajo. Ejemplo: Causales de retiro del servicio de los empleados públicos del orden nacional

- Retiro por razón de la discrecionalidad de las partes.
- Retiro por causas disciplinarias.
- Retiro mediante procedimiento reglado.
- Retiro por mandato legal.

El tema, según el título, se refiere al estudio de las causales de retiro; por consiguiente, el subtema que habla no de las causales de retiro sino de la forma cómo pueden producirse algunos retiros (el retiro mediante procedimiento reglado), es ajeno al tema, y debe ser, por consiguiente, eliminado. Luego se comparan los subtemas con el del encabezado, así:

1. Retiro por razón de la discrecionalidad de las partes:

- 1.1. Renuncia.
- 1.2. Declaratoria de insubsistencia.
- 1.3. Abandono del cargo.

En este segundo grupo es evidente que el retiro por abandono del cargo no depende de la voluntad del funcionario, sino que se produce por ministerio de la ley, razón por la cual este evento debe pasar al retiro por disposición de la ley. En la revocatoria del nombramiento hay algunos eventos en que el retiro puede depender de la voluntad de la autoridad nominadora, como cuando hay error en la persona nombrada; pero hay otros casos en que el retiro se debe producir por mandato de la misma ley, como cuando el nombramiento recae en una persona inhabilitada para desempeñar cargos públicos. En este caso es necesario distribuir los casos en los subtemas correspondientes. Este análisis se continúa con las demás subdivisiones del plan, hasta lograr la ubicación de todos los subtemas.

La homogeneidad no debe ser solo material, sino también formal. Si en la división de un tema se comienza con un tipo de redacción, se deberá conservar el mismo en todos los demás elementos de la división. Veamos, por ejemplo, si el subtema de la renuncia se analizara en relación a los requisitos que se requieren para que sea válida:

1. La renuncia.
 - 1.1. Requisitos
 - 1.1.1. Espontaneidad
 - 1.1.2. Que conste por escritoDeben cambiarse las subdivisiones de requisitos así:
 - 1.1.1. Espontánea
 - 1.1.2. Escritao también:
 - 1.1.1. Que sea espontánea
 - 1.1.2. Que conste por escrito

5.2.3.4. *Principio de secuenciación.* Los distintos subtemas deben organizarse dentro de un orden que puede ser lógico, cronológico, o espacial, según el tema de que se trate y el propósito de quien escribe. Si en el plan de estudio

la Renuncia se subdivide así:

1. Renuncia
- 1.1. Requisitos.
- 1.2. Concepto.
- 1.3. Efectos.

Es evidente que *concepto* debe ir antes de *requisitos*, pues aquél es supuesto lógico de éstos.

5.2.3.5. *Principio de autonomía.* Cada una de las divisiones del plan debe ocuparse de un tema que no sea tratado en ninguna de las otras divisiones. La violación de este principio implica la repetición innecesaria de los subtemas. Si el subtema de la Renuncia, por ejemplo, se dividiera así:

1. Renuncia
- 1.1. Requisitos.
- 1.2. Condiciones para su reconocimiento

Es muy seguro que al desarrollar estos dos temas se encuentre que tratan de lo mismo. Este mismo fenómeno ocurre cuando las divisiones de un tema no obedecen al mismo criterio, pues si se utilizan distintos criterios, los temas seguramente van a aparecer repetidos. Así, si se incorporaran en este plan también las causales de retiro que siguen un procedimiento reglado, en ese subtema se repetirían, por ejemplo, la destitución, la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de carrera, y muchos otros.

5.2.3.6. *Principio de provisionalidad.* Ya hemos dicho que el plan es el conjunto de divisiones y subdivisiones del tema, las cuales se determinan y organizan de acuerdo con el propósito que tiene el autor del trabajo, y los principios lógicos que acabamos de analizar.

La elaboración del plan implica, lo mismo que la delimitación del tema, un proceso de concreción que se realiza a partir de un plan muy provisional, hasta el plan definitivo que queda incorporado en el trabajo como “Tabla de Contenido”.

Desde cuando el alumno recibe instrucciones de trabajar en un tema, o cuando él mismo asume esa función, se inicia una búsqueda de información

y análisis reflexivo, que va permitiendo determinar los distintos aspectos que componen el tema, hasta cuando se logra una delimitación adecuada para trabajar en él.

Delimitado el tema continúa la búsqueda de información y reflexión sobre la mejor manera de dividirlo para alcanzar el propósito que guía el trabajo. En este momento es necesario hacer un primer plan que oriente la recopilación de la información. Frecuentemente al poco tiempo de estar trabajando se descubren nuevos subtemas o divisiones de los existentes, y se ve la inutilidad de otras divisiones; es por eso por lo que el plan está sujeto permanentemente a un proceso de modificaciones que nacen del mayor conocimiento que se adquiere del tema. Puede ocurrir inclusive que se encuentren formas más adecuadas de organización de los subtemas, lo que conduce a cambiar la estructura del plan en su totalidad.

A pesar de estas múltiples variaciones del plan, él constituye la columna vertebral alrededor de la cual se organiza todo el trabajo. Lo importante es tener la suficiente plasticidad mental para cambiarlo cuando las condiciones lo aconsejen.

5.2.4. *Simbolización*

Los distintos subtemas aparecen precedidos de un símbolo que indica la relación entre ellos y el grado de subordinación de unos a otros.

Un sistema acostumbrado en los trabajos jurídicos es el siguiente: números romanos para los capítulos, letras mayúsculas para los subcapítulos, números arábigos para los apartes, letras minúsculas para los sub-apartes, números arábigos y paréntesis para las secciones, letras minúsculas y paréntesis para las sub-secciones, letras minúsculas y cedillas para las divisiones siguientes.

Conviene recordar que los números romanos y las letras mayúsculas solo se utilizan para la identificación de los capítulos y subcapítulos de una obra. En un trabajo pequeño solo se suele utilizar la simbología a partir de los números arábigos, pues en ellos no habrá capítulos ni subcapítulos.

Un segundo sistema es el que utiliza números arábigos para la identificación de divisiones y subdivisiones, así:

- Las divisiones principales de un escrito se numeran en forma continua,

comenzando por el 1. El 0 se utiliza únicamente para la Introducción.

- Cada subdivisión se numera igualmente en forma continua, comenzando nuevamente por 1.
- Cada división se separa de la precedente y de la siguiente por un punto.
- Cada división puede tener varios dígitos.

Para completar el plan solo quedan faltando la Introducción y las Conclusiones. Más adelante explicaremos cuál es el contenido de estas dos partes del trabajo; por ahora nos limitaremos a incluirlas en el plan tal como quedaría al final.

El plan que venimos estudiando quedaría en la siguiente forma, teniendo en cuenta los cambios introducidos al analizar los distintos principios, y utilizando la segunda forma de simbolización.

Causales de retiro del servicio de los empleados públicos.

0. Introducción. Los empleados públicos

1. Retiro por razón de la discrecionalidad de las partes

1.1 La renuncia

1.1.1 Concepto

1.1.2 Requisitos

1.1.2.1 Que sea espontánea

1.1.2.2 Que conste por escrito

1.1.3 Efectos

1.2 la declaratoria de insubsistencia

1.2.1 Concepto

1.2.2 Requisitos

1.3 revocatoria del nombramiento por error en la persona

1.3.1 Concepto

1.3.2 Requisitos

2. Retiro por mandato de la ley

2.1 Revocatoria del nombramiento

2.1.2 Eventos

2.1.2.1 Cuando recae en una persona que no reúne requisitos

2.1.2.2 Cuando recae en una persona inhabilitada.

2.1.2.3 Cuando el funcionario que nombra es incompetente

2.1.3 Efectos.

2.2 Retiro por vejez

2.2.1 Concepto

2.2.2 Requisitos

2.3 Retiro por muerte

2.4 Retiro por abandono del cargo.

2.4.1 Concepto

2.4.2 Requisitos

3. Retiro por causas disciplinarias

3.1 Destitución

3.1.1 Concepto

3.1.2 Requisitos

3.2 Declaratoria de insubsistencia de funcionario escalafonado

3.2.1 Concepto

3.2.2 Requisitos

4. Resumen y conclusiones

5.3. Recopilación de la información

Cuando se va a elaborar el plan hay una revisión amplia de bibliografía sobre el tema, pero como ya lo anotamos, esta revisión no tiene todavía la finalidad de recoger información, sino la de descubrir los distintos subtemas del mismo para poder elaborar el plan. Por ello estas primeras lecturas se orientan fundamentalmente a revisar los índices de las obras y a mirar en el cuerpo de cada una de ellas los distintos aspectos en que un tema es dividido. Se comparan igualmente los diferentes enfoques que los autores le dan al tratamiento del tema, para elaborarlo dentro del esquema que más se acomode al propósito que tuvimos al acometer el trabajo.

Hecho el primer plan, se procede ahora sí a recopilar el material bibliográfico para la elaboración del trabajo. Para ello se deben tener en cuenta las siguientes pautas.

5.3.1. Categorías de las fuentes de información

5.3.1.1. *Fuentes inmediatas y mediatas.* En la investigación jurídica, la fuente de donde se recoge la información está formada preferentemente por libros y documentos escritos, que tratan genérica o específicamente el tema que se va a investigar. Desde este punto de vista la fuente es inmediata cuando se

recoge la información de la obra o documento producido por el autor, y mediata, cuando se hace a través de un intermediario. Será, por ejemplo, fuente inmediata la consulta de la obra de Ferri para desentrañar su concepto acerca de un determinado problema jurídico, y mediata, cuando consultamos la referencia que a su obra hace otro autor.

La fuente mediata constituye un camino precario para adelantar un trabajo, ya que el intermediario puede mutilarla o distorsionarla, consciente e inconscientemente. Por esta razón sólo se puede recurrir a ella cuando sea absolutamente imposible llegar a la fuente inmediata, haciendo previamente un análisis crítico de la seriedad y capacidad científica del intermediario.

5.3.1.2. *Fuentes directas e indirectas.* Por otra parte, la fuente puede referirse en forma directa o indirecta al problema investigado. Así, si se investiga el tema de si *La ignorancia de la ley penal exime de responsabilidad*, la respuesta que diera un autor en el sentido de que “la ignorancia de la ley penal sí exime de responsabilidad en tratándose de delitos de creación legal, ya que la presunción del conocimiento de la ley es utópica”, constituirá una fuente directa. Pero la aseveración de que “el dolo es la plena conciencia de que con el hecho se viola la ley penal” sería una fuente indirecta, ya que la respuesta al tema de la investigación habría que colegirla lógicamente, mediante una argumentación que podría ser como la siguiente: si el dolo es la plena conciencia de que con el hecho se está violando la ley penal, la ignorancia de la ley excluye esta plena conciencia, y, por ende, el dolo. Sin dolo no hay responsabilidad; en consecuencia, la ignorancia de la ley penal exime de responsabilidad.

En la práctica es frecuente encontrar respuestas indirectas al tema de la investigación, las cuales constituyen fuentes útiles, pero que se deben manejar con mucha cautela, pues es necesario establecer la relación lógica que une la aseveración con el tema de la investigación. De acuerdo con estos dos criterios, las fuentes se clasifican en el siguiente orden de prelación:

1. Inmediata Directa
2. Inmediata Indirecta
3. Mediata Directa
4. Mediata Indirecta

5.3.2. *Registro de la información*

La monografía se elabora primero en fichas; cuando todos los temas estén debidamente desarrollados, se inicia la redacción del primer borrador.

Las fichas son rectángulos de papel que suelen elaborarse en dos tamaños: de 7.8 x 12.5cms., la ficha bibliográfica; y de 10.5 x 14.8cms., la ficha mnemotécnica³⁰. Sin embargo, el tamaño es un aspecto meramente incidental que no debe limitar las necesidades o las posibilidades del investigador.

Hay tres clases de fichas: la bibliográfica, que es la que sirve para reseñar obras o artículos, especificando su contenido y el lugar en donde se encuentran. La ficha mnemotécnica de autor, en la que se consignan conceptos, tesis o datos empíricos, con la respectiva referencia bibliográfica. Y la ficha mnemotécnica personal, en donde se anotan los conceptos y las tesis propias.

Las fichas tienen más utilidad para un trabajo científico indefinido, que para la elaboración de la monografía, aunque son vitales en cualesquiera de los dos. En las fichas bibliográficas, por ejemplo, se trata de reseñar todos los libros que correspondan a temas de nuestro interés, aunque no los vayamos a leer en ese momento. En el futuro, cuando se vaya a realizar algún trabajo, la revisión del fichero bibliográfico nos dará información sobre un buen número de obras, indicándonos inclusive el lugar en donde las podremos encontrar. Igualmente las fichas mnemotécnicas de autor y personales que hayamos elaborado con ocasión del estudio de algún tema, nos permiten conservar información, y el fruto de nuestra propia reflexión, para utilizarlos en el momento en que los necesitemos.

Para elaborar la monografía, las fichas son un auxiliar insustituible, porque permiten ir desarrollando los temas sin sujeción rigurosa a un orden, y sin limitación de espacio. A medida que se va leyendo se van haciendo las fichas mnemotécnicas de autor, y se va consignando también el fruto de la reflexión personal. Periódicamente se revisa el fichero y se ve en qué sitios falta información o trabajo personal, para ir desarrollando todos los subtemas. Cuando toda la información está recopilada, ya se puede redactar el primer borrador del trabajo. Vamos a analizar cada uno de los tipos de fichas.

³⁰ Existen en la actualidad programas que permiten almacenar información jurídica, en donde existen predefinidos los formatos para almacenar la información legal, jurisprudencial y doctrinaria, y en los que la recuperación de ella se hace a través de descriptores tomados de un tesoro elaborado para el efecto. A ese respecto se puede consultar mi obra *Informática jurídica documental*. Bogotá: Temis, 1991.

5.3.2.1. *Fichas bibliográficas.* La información que vamos a recoger para realizar nuestro trabajo se puede encontrar en tres tipos de documentos: Obras, artículos o sentencias dentro de una compilación, y artículos o sentencias dentro de una publicación periódica. En cada caso la ficha bibliográfica incluye información diferente, así:

- *Fichas de obras.* En primer lugar, los libros que se refieren al tema del trabajo se reseñan en fichas bibliográficas, las cuales se clasifican por orden alfabético de materias en los respectivos ficheros, tal como lo explicaremos adelante.

La ficha contiene una serie de datos de identificación de la obra, que sirven para hacer un juicio básico sobre la utilidad de ella para la investigación que se va a adelantar. En cada ficha va la reseña de una sola obra, sin importar el número de tomos o volúmenes que la forman. Veamos un modelo de ficha:

Autor: _____
Título de la obra: _____
Subtítulo: _____ Edición _____ Trad. _____
Lugar: editorial, año, tomos: _____

Localización: _____
Contenido: _____

Explicación de la ficha

Autor: Se escribe primero el apellido y luego el nombre completo separado por una coma. Si tiene dos apellidos, se ponen ambos antes del nombre, separados entre sí por un guión. Si son varios autores, se enuncian uno a continuación del otro. Si son más de tres, se pone el primero de ellos seguido de la frase y *otros*, o de la expresión latina *et al.*

Cuando el autor es una entidad, se pone el nombre de ésta en mayúsculas. Cuando se trata de una entidad estatal que ejerce funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, se cita primero el país, departamento o municipio,

según sea el campo de su jurisdicción. Ejemplo: Colombia, corte suprema de justicia. Bogotá, concejo distrital.

Cuando la obra sea de autor anónimo, se entra directamente con el título de la obra, escribiendo las dos primeras palabras en mayúsculas. Ejemplo: las siete Partidas.

Título de la obra: El título completo de la obra.

Subtítulo: Este dato suele ponerse cuando especifica claramente el tema enunciado en el título. Así, el título puede ser: *Derecho civil*, y el subtítulo: *De las personas*. Se separa del título por dos puntos.

Número de edición: Cuando es distinta de la primera, seguido de *ed.*

Traductor: El nombre y apellido de quien hizo la traducción de la obra.

Lugar: Ciudad que corresponde a la del domicilio de la editorial, seguida de dos puntos.

Editorial: Nombre de la editorial, y, a falta de éste, del editor.

Año de impresión: Generalmente aparece en las primeras páginas de la obra, pero también puede encontrarse al final. Si no aparece este dato, irá la abreviatura 's/f', que quiere decir 'sin fecha'.

Tomos o volúmenes: Cuando la obra tiene varios tomos o volúmenes se anota el número total de ellos.

Localización: Lugar en donde puede ser localizada la obra, con la correspondiente referencia bibliográfica si está en una biblioteca.

Contenido: Los títulos de los distintos capítulos de la obra.

Ejemplo:

QUINTERO OSPINA, Tiberio.

Práctica forense penal: Investigación criminal.

Bogotá: Editorial ABC, 1974.

Biblioteca personal.

Policía judicial. Diligencias preliminares técnico científicas en las investigaciones, en especial en las referencias a homicidio y falsificación de documentos. Técnica del Interrogatorio. Cuerpo del delito.

- *Fichas de compilaciones.* Cuando la información se toma de un artículo o sentencia que está incorporada en una compilación, se escribe el nombre

del autor del artículo o providencia, y luego el título de éstos. En el lugar del pie de imprenta se escribe *En* seguido de dos puntos, y luego el pie de imprenta de la compilación, agregando las páginas en donde se inicia y en donde termina el documento reseñado, separadas por un guión. Ejemplo:

Pérez, Alfonso.

La Preterintención.

En: "Homenaje a Carrara". Santafé de Bogotá: ed. Lourdes, 1990, págs. 23-37.

Localización. Biblioteca personal.

Contenido: Es un estudio sobre la preterintención, haciendo hincapié en sus diferencias con la culpa.

• *Fichas de publicaciones periódicas.* Cuando el documento que se reseña se encuentra en una publicación periódica, se escribe el apellido y nombre del autor del documento reseñado (artículo o sentencia), el título del documento, y luego en el pie de imprenta se escribe *En*, y se reseña la publicación periódica. La ficha completa quedaría así:

Nombre del autor del documento reseñado.

Nombre del artículo o providencia.

En: Título de la publicación periódica.

Número del Volumen, que se escribe en números arábigos. Cuando no aparece el Volumen, se escribe el Tomo o Año de antigüedad.

Número de la entrega, que se escribe en números arábigos. Cuando en un mismo volumen se incluyen varias entregas, se escriben los números extremos de éstas separados por una línea oblicua.

La fecha de edición entre paréntesis, que incluye el mes y el año. Cuando se trata de publicaciones de aparición más frecuente que la mensual, se pone el año, mes y día.

La paginación, que incluye la primera y última página del documento reseñado, en números arábigos.

La localización, que incluye el nombre de la biblioteca en donde se encuentra y el número de radicación dentro de la misma.

El contenido, que incluye los subtítulos interiores del documento reseñado, o un breve resumen de su contenido.

Ejemplo:

Taborga, Luis.

Reforma Administrativa Boliviana.

En: Revista Latinoamericana de Administración Pública.

T.1, No. 1, (enero marzo 1974); páginas 921.

Localización: Biblioteca Facultad Derecho Uniandes.

Contenido: Describe los principales aspectos de la reforma de la Rama Ejecutiva de la República de Bolivia, incluyendo las entidades centrales y las descentralizadas.

• *Fichas de leyes, actos administrativos y jurisprudencia.*

- La Constitución se entra por el nombre del país, seguido de Constitución y del año de su expedición. *Ejemplo:* Colombia. Constitución de 1991. El resto del pie de imprenta es igual.
- Las leyes y decretos se entran por el nombre del país y la especificación del tipo de norma. *Ejemplo:* Colombia. Ley 200 de 1936. Colombia. Decreto 24 de 1968. Sigue el resto del pie de imprenta.
- Si las normas son de carácter local, tienen como entrada el nombre de la localidad, seguido del tipo de norma. *Ejemplo:* Cundinamarca. Ordenanza 17 de 1980.
- Si se trata de una compilación de normas hecha por una persona cuyo nombre aparece en la portada, se entra por el nombre de ésta seguido de la abreviatura *Comp.*, y luego el resto del pie de imprenta. *Ejemplo:* Ortega Torres, Jorge, *Comp.*
- Las normas de carácter administrativo de entidades de la Rama Ejecutiva se entran por la entidad autora de las mismas precedida del país o de la entidad territorial a que pertenecen, salvo que sean entidades descentralizadas, caso en el cual irán solas. *Ejemplo:* Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Cali. Secretaría de Salud Pública. Instituto Caro y Cuervo.
- Las normas de derecho canónico se asientan por la Iglesia que las promulga. *Ejemplo:* Iglesia Católica.
- La jurisprudencia de entidades internacionales se entra por el nombre de la entidad, seguido de la sede, el nombre de la providencia respecti-

va, y el resto del pie de imprenta. *Ejemplo:* Corte Internacional de Justicia, La Haya. Sentencia de enero 7 de 1992.

- Las de los órganos jurisdiccionales de carácter nacional, por el nombre del país seguido del de la entidad, el nombre de la providencia, y el resto del pie de imprenta. *Ejemplo:* Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de enero 14 de 2005.
- Las de los órganos jurisdiccionales de carácter local por el nombre de la localidad, seguido de la entidad y el resto del pie de imprenta. *Ejemplo:* Antioquia. Tribunal Superior. Auto de marzo 17 de 1995.
- La jurisprudencia de los tribunales militares se asienta comenzando con el nombre del país, luego la expresión *Fuerzas Armadas*, el nombre de la entidad y el resto del pie de imprenta. *Ejemplo:* Colombia. Fuerzas Armadas. Tribunal Superior Militar. Sentencia de abril 14 de 2001.

5.3.2.2. *Fichas mnemotécnicas.* En las fichas mnemotécnicas se recoge la información de los autores consultados, y se consigna el fruto de la propia reflexión. Igualmente se consigna la información legal (normas constitucionales, legales y reglamentarias) que sean útiles para el desarrollo de la tesis, con las correspondientes notas de vigencia y declaratorias parciales de inconstitucionalidad o derogatorias.

Todas las ideas, propias y ajenas, que constituyen el contenido de la monografía deben estar consignadas en fichas. La monografía debe estar conceptualmente desarrollada en fichas, antes de que se inicie el proceso de redacción de la misma.

Hecho el plan provisional, comienza el proceso de recopilación de la información. Cuando se encuentra información útil para la tesis, se consigna en fichas, y al final de ésta se pone el pie de imprenta de la obra de donde se tomó, constituido por la referencia bibliográfica que mencionamos al hablar de esa clase de fichas, sin la localización ni el contenido, agregándole la página de donde se tomó la información. Las fichas sobre normas legales no llevan referencia bibliográfica, pero sí la identificación del estatuto a que corresponden mediante la enunciación del tipo de norma, número y fecha de expedición.

A medida que vamos recogiendo información, vamos reflexionando acerca de ella, y escribiendo el fruto de nuestro trabajo intelectual en fichas

mnemotécnicas personales, las cuales llevan al final el lugar y la fecha en donde se escribieron.

En las fichas de autor conviene transcribir la información textualmente, salvo que sea muy extensa, caso en el cual se puede hacer un resumen de la misma, garantizando que la información quede completa, tal como adelante se dirá. En las personales se puede desarrollar la idea tal como se espera consignarla en la monografía, o solo su estructura fundamental.

En las fichas se escribe por ambas caras. Si la información no cabe en una sola ficha, se continúa en otra. Al iniciar la ficha se deja un espacio en la parte superior suficiente para escribir los descriptors que permitan su consulta. Cuando la información se almacena en computador, la ficha está constituida por la totalidad del texto almacenado. Cada ficha debe tener una sola idea, y una idea completa.

En Derecho, la ficha tiene una sola idea cuando es la respuesta a un problema jurídico explícitamente planteado en una providencia, o en un texto doctrinal. Ya hemos visto que en una sentencia hay generalmente un solo problema; ocasionalmente dos, y muy excepcionalmente más de dos. Pero para cada problema hay que hacer una ficha aparte.

Una ficha debe ser además la respuesta completa a un problema jurídico. Debe contener, por consiguiente, la tesis, con la argumentación que esclarezca la fuente formal en la cual se funda, y los elementos de juicio que permitan identificar el método que sirvió de base para interpretarla. Los distintos ejercicios que aparecen en el texto están precisamente encaminados a determinar las tesis que se encuentran en una sentencia, con sus correspondientes fundamentos. Estas mismas reglas son aplicables para determinar las tesis que se encuentran en una obra doctrinaria.

Veamos los siguientes ejemplos de fichas mnemotécnicas de autor. Para el efecto hemos tomado dos tesis contrapuestas sobre un mismo tema, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

TESIS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

No existe duda para la Corte, que esa injerencia que dispone la norma, del juez de conocimiento en la etapa de la investigación, para revisar la legalidad de una medida de aseguramiento proferida por un fiscal instructor o delegado, como lo entiende la fiscalía delegada, contraría de manera palmaria y evidente

el ordenamiento jurídico, y lo que es más grave aún, el orden constitucional en relación con la administración de justicia.

La Constitución Nacional, consagra en sus normas una serie de principios referentes a la organización de la (...) Fiscalía General de la Nación (...).

Esta normatividad ha establecido un ordenamiento jurídico-político nuevo, un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria, según el cual la función de la investigación de los delitos y la acusación corresponde de manera exclusiva a autónoma a la Fiscalía General de la Nación y sus fiscales delegados, señalando que el juez competente sólo puede conocer del proceso en la etapa del juicio para dictar la sentencia respectiva, sin que haya comprometido su criterio con resoluciones de fondo anteriores al fallo.

El art. 250 de la Constitución Nacional dispone que “(...) corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (...)”

En ejercicio de esa función investigadora que otorga la Constitución en forma prevalente y excluyente a la Fiscalía General, corresponde a dicha entidad “asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento (...)”

(...)

En desarrollo de la preceptiva constitucional ya comentada, el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) separó en forma precisa y autónoma las funciones de la investigación y juzgamiento, encargando de la primera de ellas a la Fiscalía General de la Nación, entidad a la cual corresponde de acuerdo con el artículo 120, investigar los delitos, calificar el sumario y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales, y asegurar la comparecencia de los presuntos infractores adoptando las medidas de aseguramiento.

Para asegurar la autonomía de la fiscalía en esta función de investigación e impedir la interferencia de funcionarios ajenos a ella, el art. 122 *ibídem* estableció que dentro de la Fiscalía General habrá funcionarios encargados de tramitar y resolver los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las providencias interlocutorias, proferidos por el fiscal delegado o la unidad de fiscalía que dirija la investigación.

(...)

Como natural y lógico corolario de lo anterior debe concluirse, que el artículo 54 de la ley 81 de 1993 al adicionar el C. de P. P. con el artículo 414 A, y disponer que los jueces del conocimiento pueden intervenir en el sumario para revisar la legalidad de la medida de aseguramiento proferida por el fiscal,

está estableciendo una mixtura inaceptable entre las funciones de investigación y juzgamiento, y los hace intervenir indebidamente –contra la voluntad del constituyente- en una actividad que es propia de la Fiscalía, con manifiesto quebrantamiento del orden jurídico.

Corte Suprema de Justicia. Auto de marzo 3 de 1994. En *Jurisprudencia y Doctrina*. Bogotá, Ed. Legis, T. 23, No. 269, mayo de 1994, págs. 563 a 569.

TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

(El control judicial de las medidas de aseguramiento fue incorporado al Código de Procedimiento Penal por el artículo 54 de la ley 81 de 1993, cuya inexequibilidad se demandó, no habiendo accedido la Corte a ello, por las siguientes razones).

Ahora bien: no solamente la Constitución y la ley se ocupan de enunciar los derechos y garantías que tienen relevancia dentro del proceso penal, también los tratados internacionales recogen aspectos de esta materia, con notable incidencia sobre las medidas de aseguramiento, es oportuno recordar que conforme al artículo 93 superior, “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia”. Baste mencionar a este respecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados mediante la Ley 74 de 1968 (art. 9) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada por la Ley 16 de 1972 (art. 7).

El plexo normativo que en los apartes anteriores se ha citado, revela los dos extremos entre los cuales se mueve la decisión que haya de adoptarse sobre la disposición acusada: de un lado, muestra a la Fiscalía General de la Nación constitucionalmente facultada para dictar medidas de aseguramiento y, del otro, recaba sobre la protección de los derechos fundamentales tan caros al modelo institucional introducido por la Carta de 1991. En concordancia con lo anotado en otros acápites de esta providencia, la Corte considera que las labores de investigación, de acusación, y también las de juzgamiento, deben contribuir a otorgar efectiva vigencia a los derechos fundamentales, porque el proceso penal no agota el conjunto de sus objetivos en la sola satisfacción de un propósito de eficacia, sino que está abocado a cumplir la doble misión de dotar al poder estatal de medios adecuados para establecer la verdad y administrar pronta y cumplida justicia, garantizando, a la vez, el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. (...)

En un auténtico Estado de derecho, la coacción que el poder público ejerce, en cuanto involucra la afectación de derechos individuales, debe estar lo sufi-

cientemente justificada. El acto que a primera vista tenga potencialidad para infringir un derecho, debe tomarse con la mayor cautela, cuidando de que efectivamente se configuren las condiciones que lo autorizan y atendiendo los requisitos señalados para su procedencia; en otras palabras la actuación procesal debe interferir el ámbito de la libertad lo menos que le sea posible, atendidas las circunstancias del caso concreto.

(...) No, se trata de propender la observancia de los derechos del sindicado, y a esa finalidad esencial, que se desprende del contexto de la Carta, es indicativa de la constitucionalidad del artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal que permite al interesado, al defensor o al Ministerio Público, elevar petición motivada solicitando la revisión de la legalidad de las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación.

Corte Constitucional. Sentencia C-395 de septiembre 28 de 1994. En Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá. Edit. Legis. T. 23, No. 275, nov. De 1994, págs. 1.475 a 1.481.

Ejemplo de ficha mnemotécnica personal. Sobre este mismo tema y teniendo en cuenta las tesis contrapuestas expresadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, elaboramos la siguiente ficha mnemotécnica personal.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

El art. 54 de la ley 81 de 1993 dispuso que las providencias que dictaran los fiscales con relación a las medidas de aseguramiento podían ser revisadas por los jueces penales, a petición de las partes legitimadas para ello. La Corte Suprema de Justicia en providencia de marzo 3 de 1994 la consideró inaplicable por inconstitucional, mientras que la Corte Constitucional la declaró exequible por sentencia del 28 de septiembre de 1994.

Nosotros compartimos la tesis de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por las razones lógico jurídicas dadas por esta Corporación al considerar que se rompe la estructura del proceso definida por la Carta, en la cual se separa la función investigativa de la de juzgamiento, sino porque con esa injerencia de la Rama Judicial en las funciones de la Fiscalía, desvertebra todo el esquema investigativo que se construyó a partir de la realidad empírica para solucionar la gravísima problemática de la justicia penal.

Según los estudios del Instituto ser de Investigación³¹, en una cohorte de cuatro años de procesos por delitos contra la propiedad iniciados en 1978, sólo en el

31 Cfr. GIRALDO, Jaime y otros. Reforma de la Justicia en Colombia. Bogotá, Editora Guadalupe, 1986.

2.6% hubo sentencia (absolutoria o condenatoria) en ese lapso; Y en la misma cohorte hecha sobre procesos contra la vida y la integridad personal, el porcentaje de sentencias sólo fue del 1.4%. Esto implica que los índices de impunidad alcanzan al 98%.

La razón principal para ello es la carencia absoluta de una organización responsable de la investigación penal. Dicha investigación corresponde a la Policía Judicial, la que depende administrativamente de entidades autónomas como la Policía Nacional y el das. Por eso dependía de la buena voluntad de estas instituciones el prestar o no la colaboración requerida para atender los requerimientos de los jueces. Dichos organismos daban prelación al cumplimiento de sus propias funciones, máxime en los últimos años en los que ha habido gravísimos problemas de turbación del orden público. La Dirección Nacional de Instrucción Criminal, dependencia del Ministerio de Justicia, se limitaba básicamente a prestarle apoyo logístico a los jueces de instrucción.

La reforma constitucional asignó la responsabilidad por el adelantamiento del proceso penal en cada una de las etapas, así: Las diligencias preliminares a la Policía Judicial, la Instrucción a la Fiscalía General, y el juicio a los jueces.

La Carta asignó las funciones de Policía Judicial a la Policía Nacional, a la Procuraduría y a la Contraloría General de la República, y facultó a la ley para asignarle estas funciones a otras entidades, la cual se las ha dado al Departamento Administrativo de Seguridad, das, a las Superintendencias, a la Dirección de Impuestos y de Aduanas, al c.t.i., y a los Alcaldes e Inspectores de Policía. A ellos corresponde el adelantamiento de las diligencias preliminares hasta determinar si el hecho existió, si es delito y cuáles son los posibles autores y partícipes. La Fiscalía sólo tiene con relación a estas labores la dirección y el control. Con base en los resultados obtenidos en las diligencias preliminares los fiscales deciden si hay o no mérito para abrir investigación penal, y con el apoyo de la Policía Judicial, recaudan la prueba que les permita formular cargos o precluir la investigación si hubiere lugar a ello. De ahí en adelante el proceso investigativo continúa a cargo de los jueces de conocimiento.

Hay pues una delimitación de funciones clara: La policía Judicial responde ante el país por la investigación de los delitos y el descubrimiento de los posibles responsables; la Fiscalía General por la tipificación de la conducta y la determinación de los responsables; y los jueces por el establecimiento de la plena prueba de la responsabilidad penal y de la sanción imponible, en el caso en que hubiere lugar a ello. Y esa responsabilidad sólo se puede exigir en la medida en que no haya injerencia de una de las instancias en las otras. Por eso asignarle la revisión de las decisiones de la Fiscalía a los funcionarios judiciales no sólo

rompe el esquema lógico jurídico definido por la Constitución Nacional, como acertadamente lo anota la Corte Suprema de Justicia, sino que afecta seriamente la marcha del proceso investigativo y afecta la responsabilidad de la Fiscalía por el cumplimiento de las funciones que se le asignaron en la Carta.

Bogotá, Febrero de 1998.

5.3.2.3. Clasificación de las fichas. Las fichas llevan en su parte superior los descriptores, que son palabras claves que compendian el contenido de las mismas.

Cuando las fichas se elaboran para la formación de un Banco de Datos, los descriptores se definen con base en un tesoro, que es un diccionario en donde se incorporan todos los términos que corresponden a conceptos del área del Derecho en que se está trabajando, a fin de garantizar la homogeneidad de la terminología utilizada para recuperar la información. Cuando las fichas se elaboran para una tesis, o para la redacción de un documento, simplemente se les asigna como descriptor el subtema al cual ellas se refieren dentro del plan.

Además del título de la ficha se le puede poner a lápiz el código que le corresponda dentro del plan, y se clasifican de acuerdo con dicho código. En caso en que el plan cambie, simplemente se le pone el nuevo número que le corresponda dentro del plan modificado.

El almacenar las fichas siguiendo el plan, permite ver el desarrollo del trabajo, pues periódicamente se revisarán las fichas y se establecerán cuáles puntos ya están claros tanto en información recogida, como en reflexiones personales, pues se debe recordar que de ambos aspectos hay que ir elaborando fichas. Así tendremos oportunidad de ir completando los aspectos en los que falte información o reflexión.

5.4. Contenido material del trabajo

Todo trabajo consta de tres partes: Introducción, desarrollo y conclusiones:

5.4.1. La introducción

La Introducción de cualquiera disertación tiene tres funciones principales: Ubicar el tema del trabajo dentro de un campo común de conocimientos entre quien hace la disertación y sus interlocutores, motivar el interés de éstos, y centrar la atención sobre el tema y su desarrollo. En la investigación

jurídica le corresponde, además, definir el enfoque metodológico dentro del cual se va a adelantar el trabajo. Veamos cada una de ellas.

1. **Ubicación del tema.** Todo tema de disertación debe ser perfectamente delimitado. Por esta razón, antes de exponerlo, es necesario desarrollar previamente un marco general que permita el aprestamiento mental del lector.

Esta ubicación general suele ser conceptual, y se desenvuelve mediante la presentación del tema genérico al que pertenece el problema específico que constituye el contenido de la disertación. Dicho tema no corresponde necesariamente al género próximo, sino al que se supone como conocido por los posibles lectores, a fin de que a partir de dicho conocimiento común se integre el nuevo conocimiento contenido en la disertación. Si el tema del trabajo es, por ejemplo, la violencia como causal de divorcio, la ubicación conceptual del tema se puede referir a qué es el divorcio, y posiblemente también a presentar esquemáticamente las distintas causales que dan lugar a él.

En otras ocasiones el marco de referencia está constituido por la presentación del desarrollo histórico del tema que se va a plantear (ubicación histórica), o por el distinto tratamiento que a él se da en los diferentes países (ubicación geográfica). Tanto la ubicación histórica como la geográfica son del tema de la disertación, y no del género próximo de éste. Estos dos tipos de ubicación se utilizan preferentemente cuando la disertación va dirigida a un público especializado, al que no es necesario ubicar dentro de la temática.

Estos tres tipos de ubicación la conceptual, la histórica y la geográfica pueden darse simultáneamente o no, en un ensayo. Lo que importa es que aparezca al menos uno de ellos, el que más convenga al tema que se esté tratando.

2. **La justificación del tema.** En la parte Introductoria se debe igualmente explicar la importancia que el tema tiene, ya sea por su utilidad o por su interés. La utilidad está determinada por las consecuencias teóricas o prácticas que se desprenden de su desarrollo, y el interés, por el carácter polémico o novedoso del tema planteado.

3. Determinación del problema y plan de desarrollo. Igualmente, en la Introducción se debe establecer con toda claridad el tema que se va a tratar, y el plan que se va a seguir para su desarrollo. Esta especificación incluye la delimitación formal y material del tema, la presentación del propósito, y la explicación de cómo se pretende alcanzar éste, enunciando los principales subtemas que se van a tratar.

Estas tres partes de la introducción la ubicación, la justificación y la determinación del problema no están sometidas a ningún orden forzoso. Igualmente, estas partes no exigen que sean presentadas en forma independiente. En un trabajo pequeño bien puede aparecer cualquiera de estas partes expresadas en uno o dos renglones, confundida con la presentación de alguna de las otras. Lo que importa es que se logre el objetivo de ubicar al lector dentro de la temática, centrarlo en el aspecto particular que se va a analizar, y motivarlo para que dedique a dicho análisis toda su atención

Por último, la extensión de la introducción depende de la extensión del trabajo total. En una obra la introducción puede comprender todo un capítulo; en un ensayo pequeño puede reducirse a dos o tres párrafos. En ningún caso la introducción puede sobrepasar las tres décimas partes del trabajo total. Como ejemplo de Introducción se puede mirar la que hemos elaborado para esta obra.

5.4.2. El desarrollo

El cuerpo del trabajo lo constituye el desarrollo, el cual, según la magnitud del mismo, puede estar constituido por varios capítulos, o simplemente por varias secciones y apartes, correspondiendo a cada capítulo o sección los distintos subtemas en que se divide el tema del trabajo.

Todo el texto del discurso jurídico es elaborado a partir de las normas, pero como ellas pueden ser interpretadas exegética, sistemática o sociológicamente, el método hermenéutico que se adopte definirá el tipo de redacción. En una redacción exegética el texto se desenvolverá en el análisis semántico, gramatical, lógico o histórico de los términos que conforman la norma en que se funda el problema cuya solución se está redactando. En una sistemática, se comenzará por definir la institución en cuyo interior se interpretará la norma que servirá de fundamento a la solución del problema planteado;

dicha institución se construirá también a partir de la misma normatividad. En una interpretación sociológica el alcance de las normas se establecerá en función de la realidad social en donde ellas se deben aplicar, o con relación a los fines pragmáticos que se pretenden alcanzar con la institución a la cual la norma interpretada pertenece. Eso define el estilo y la filosofía de la obra. De ahí la importancia de conocer ampliamente los métodos y sus fundamentos epistemológicos, para asumir una actitud racional frente a las distintas alternativas que ofrece el proceso hermenéutico. De lo contrario la obra perderá toda unidad conceptual.

5.4.3. Las conclusiones

Son el resumen de los distintos temas que integran el desarrollo. Pueden incluir, además, las consecuencias teóricas y prácticas que se desprenden de los distintos postulados sustentados en el cuerpo del trabajo, y los nuevos problemas que se plantean por razón del estudio realizado.

5.5. La estructura formal del trabajo

Todo trabajo tiene tres partes: Las preliminares, el cuerpo del trabajo y el material de referencia.

5.5.1. Partes preliminares

Estas partes deberán presentarse en el siguiente orden:

- Pastas.
- Guardas.
- Portada.
- Página de aceptación (para las tesis).
- Tabla de contenido o índice general.

5.5.1.1. *La pasta.* Esta deberá llevar, en su orden, los siguientes datos:

- Título del trabajo. Este irá a cuatro centímetros del margen superior, y deberá redactarse con palabras significativas que describan el tema tratado.
- Nombre(s) del (de los) autor(es), colocados en orden alfabético de apellidos, escritos entre el título del trabajo y la identificación de la Institu-

ción que va al pie de la pasta, equidistante de ambos.

- Nombre de la Universidad y del Departamento, Facultad, División o Sección, escritos uno debajo del otro según el orden jerárquico, de la entidad ante la cual se presenta el trabajo. Debajo irá el nombre de la ciudad y el año de presentación, escritos estos últimos datos a dos centímetros del margen inferior.

5.5.1.2. *Las guardas.* Son hojas en blanco que van al principio y al final del trabajo.

5.5.1.3. *La portada.* Esta hoja lleva los mismos datos de la pasta. Cuando se trate de una tesis se agregará, además, la leyenda de tesis para optar al título de ..., y el nombre de quien la dirige, precedido de la palabra Presidente, Director, o Profesor, según sea el caso. Los elementos anteriores se colocarán entre el (los) nombre(s) del (los) autor(es), y el nombre de la Institución. En los trabajos de clase se incluye únicamente la portada.

5.5.1.4. *La página de aceptación.* Es necesaria para la tesis de grado y contiene una nota mediante la cual se expresa la aprobación del trabajo. Se coloca, además, el nombre del Presidente del Jurado y el de los integrantes del mismo, así como la ciudad y la fecha completa (día, mes y año).

5.5.1.5. *La tabla de contenido o índice general.* En ella deberán aparecer todos los títulos correspondientes a cada una de las divisiones y subdivisiones del cuerpo del trabajo, y el material complementario. Llevará como encabezamiento las palabras tabla de contenido o índice general, en mayúsculas sostenidas, debidamente centradas a cuatro centímetros del borde superior.

Los títulos de los capítulos (primer nivel), y de los subcapítulos (segundo nivel), se escribirán contra la margen izquierda, en mayúsculas sostenidas y precedidos del número que les corresponda, seguido de dos espacios.

Los demás títulos (del tercer nivel inclusive en adelante), se escribirán contra la margen izquierda, en minúsculas, salvo la primera letra y las que ortográficamente deban llevar mayúscula, precedidos del número que les corresponda, seguido de dos espacios. Al frente de cada título se pondrá el número de la página en donde se encuentran, en columna que tendrá encima el encabezado *Pág.*

Los títulos correspondientes al material complementario se escribirán en mayúsculas sostenidas, y se indicará la página donde están ubicados. Todos los títulos se separarán por dos espacios. Cuando un título sea más extenso que el espacio existente antes de la página, se continuará en el siguiente renglón, y se comenzará a escribir debajo de la primera letra del título. Ejemplo:

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
0. introducción. características de la vinculación de los empleados públicos	1
1. el retiro por razón de la discrecionalidad de las partes	7
1.1 la renuncia	7
1.1.1 Concepto	7
1.1.2 Requisitos	9
1.1.2.1 Que sea espontánea	9
1.1.2.2 Que conste por escrito	11
1.1.3 Efectos	13
1.2 la declaratoria de insubsistencia	15

5.5.2. *Características formales del cuerpo del trabajo*

5.5.2.1. *Presentación del trabajo.* El trabajo se escribirá a máquina por una sola cara, a un solo espacio, en hojas de tamaño carta, y dejando tres centímetros en el margen superior, salvo las hojas que tienen títulos, que tendrán cuatro; cuatro centímetros en el margen izquierdo; dos en el margen derecho, y tres en el inferior.

Los títulos de la Introducción y de cada Capítulo comienzan en una hoja independiente, a cuatro centímetros del borde superior. Se separan de su respectivo contenido con doble renglón. Los títulos de los Capítulos se escriben en mayúscula sostenida, centrados. Se preceden del número correspondiente, punto, y dos espacios. Los títulos del segundo nivel se escriben en mayúsculas sostenidas, contra el margen izquierdo, a dos espacios del numeral respectivo, y separados del texto anterior y subsiguiente por dos renglones. Del tercer nivel en adelante los títulos solo llevan mayúscula en la primera letra y en las que corresponda por razones ortográficas; van precedidos del numeral que les corresponda seguido por dos espacios. El texto va a continuación del título.

Las hojas se numeran en forma consecutiva a partir de la Introducción, a dos centímetros del borde inferior de la hoja. El Prefacio y el Prólogo, si existen, se numeran con números romanos escritos en minúsculas. Todos los párrafos deben iniciarse en el margen izquierdo, sin sangría, salvo lo que adelante se dirá para las citas.

Los números enteros de uno a nueve se deberán escribir en letras. Los números superiores a nueve, o los menores cuando forman parte de una serie que tiene números superiores a nueve, o los fraccionarios, se deberán escribir con cifras.

5.5.2.2. *Citas.* Las citas son las transcripciones textuales o contextuales de conceptos ajenos que hace el autor dentro del cuerpo de su trabajo. Hay dos sistemas para presentar las citas: De pie de página, o de Referencias Bibliográficas.

En el primer sistema va un número que refiere al pie de la página para conocer la fuente de donde se tomó la correspondiente cita, en donde aparece la descripción bibliográfica completa del documento de donde ella se tomó cuando aparece por primera vez, y con las abreviatura correspondiente en los demás casos, así: *Ibíd.*, seguido de la página, cuando se incluye otra cita del mismo autor sin que aún se haya intercalado una cita de otro. O apellido del autor, *Op. cit.* y la página, cuando se cita un autor ya reseñado, habiéndose intercalado otras citas diferentes.

- Las citas deberán numerarse consecutivamente a través de todo el texto.
- Las referencias de pie de página deberán separarse del texto por una línea horizontal de doce guiones continuos, desde el margen izquierdo.
- Las citas pueden ser contextuales, textuales, y cita de cita.

Citas contextuales. Estas son un resumen de pensamiento del autor citado, y van incorporadas dentro del texto general del trabajo. No llevan comillas, y el número de cita se escribe después del apellido del autor citado. La cita de pie de página va precedida de la expresión *Cfr.* (Confrontar). Ejemplo:

Kelsen³² considera que no hay ninguna diferencia entre el derecho subjetivo y el objetivo, pues el primero no es más que un aspecto de éste.

32 Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Moisés Nilve, 2 ed. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1969, p. 119.

Citas textuales. Son transcripciones de los textos originales. Cuando estas citas son de cinco renglones o menos, van dentro del texto y entre comillas. El texto debe transcribirse como se encuentra en el original. Si hay algún error, se transcribe sin corregirlo, pero a continuación de él se pone la palabra *sic* entre paréntesis. No se pone mayúscula a la letra inicial cuando se integre gramaticalmente con el trabajo, así la lleve en el original; y sí se le pone, cuando se transcribe con autonomía gramatical. La cita va a continuación del cierre de las comillas, y antes del punto. *Ejemplos:*

Kelsen expone su tesis en los siguientes términos: “Para la Teoría Pura ambos derechos (objetivos y subjetivos), son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero, y solo existe en la medida en que haya sido creado por éste”³³. En otra de sus obras, agrega: “Sólo un orden jurídico positivo es susceptible de descripción mediante reglas de derecho formuladas por la ciencia del Derecho”³⁴.

Cuando las citas son de más de cinco renglones, se escriben separadas del texto, a cuatro espacios del margen izquierdo, a renglón seguido y sin comillas. Al final va el número de la cita antes del punto final. *Ejemplo:*

El doctor Mira y López en su *Manual de Psicología Jurídica*, dice:
La importancia de la represión en las declaraciones (...) jurídicas es enorme, y solo puede ser comprendida por los especialistas que han tenido ocasión de explorar psicoanalíticamente a enfermos psiconeuróticos, en los que dicha fuerza represora actúa intensamente (...).
(...)
Quien considera con detenimiento el influjo de esta represión llega a extrañarse, no de que los testimonios sean imprecisos o deformados, sino que no lo sean más, hasta el punto de resultar prácticamente inútiles para la reconstrucción de la verdad objetiva³⁵.

Las partes del texto que no se consideran necesarias para conservar la claridad del mismo, se suprimen y se sustituyen por tres puntos suspensivos entre paréntesis. Cualquiera adición o cambio que el autor del trabajo

33 KELSEN, Hans. *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Edit. Guillermo Krafr, 1952, pág. 125. *Ídem.* pág. 125.

34 KELSEN, *Ídem.* pag. 51.

35 MIRA Y LÓPEZ, Emilio. *Manual de Psicología Jurídica*. Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1954, pág. 42.

haga en cualquiera clase de cita textual, deberá aparecer entre corchetes.

Cita de cita. La ubicación en el texto es igual a la cita directa, pero al hacer la referencia bibliográfica se deben incluir también al autor que hace la cita. Ejemplo: Kelsen³⁶ considera que no hay ninguna diferencia entre el derecho subjetivo y el objetivo, pues el primero no es más que un aspecto de éste.

En el segundo sistema se escribe entre paréntesis, y en el lugar que corresponde al número de la cita en el sistema anterior, el apellido del autor si no aparece en el texto, la fecha de la publicación de la obra separada por una coma, y la página de la obra citada. Si tiene varias obras del mismo año, se diferencian con las letras a, b, c, etc. Esa cita refiere a una lista de Referencias Bibliográficas. Veamos la forma como aparecerían las citas anteriores en ese segundo sistema: Kelsen (1969, pág. 119) considera que no hay ninguna diferencia entre el derecho subjetivo y el objetivo, pues el primero no es más que un aspecto de éste.

Kelsen expone su tesis en los siguientes términos: “Para la Teoría Pura ambos derechos (objetivos y subjetivos), son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero, y solo existe en la medida en que haya sido creado por éste”. (Kelsen, 1969, pág. 125).

En otra de sus obras, agrega: “Sólo un orden jurídico positivo es susceptible de descripción mediante reglas de derecho formuladas por la ciencia del Derecho”. (Kelsen, 1952, pág. 51).

El doctor Mira y López en su Manual de Psicología Jurídica, dice:

La importancia de la represión en las declaraciones (...) jurídicas es enorme, y solo puede ser comprendida por los especialistas que han tenido ocasión de explorar psicoanalíticamente a enfermos psiconeuróticos, en los que dicha fuerza represora actúa intensamente (...).

(...)

Quien considera con detenimiento el influjo de esta represión llega a extrañarse, no de que los testimonios sean imprecisos o deformados, sino que no lo sean más, hasta el punto de resultar prácticamente inútiles para la reconstrucción de la verdad objetiva (1954, pág. 42).

³⁶ KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Citado por PÉREZ, Luis. El positivismo jurídico. Buenos Aires: Ed. Siglo xx, 1965, pág. 32.

Ejemplos de Referencias bibliográficas:

kelsen, Hans. (1952). Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Edit. Guillermo Kraft, 1952.

----- (1969). Teoría Pura del Derecho. Trad. de Moisés Nilve, 2 ed. Buenos Aires: Edit. Universitaria, 1969.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio. (1.954). Manual de Psicología Jurídica. Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1954.

5.5.2.3. *Notas.* Las notas son aclaraciones al contenido del texto, que aunque son útiles para comprenderlo, no se pueden incorporar dentro de éste porque rompen su unidad conceptual. Las notas se identifican por un asterisco que remite al pie de página. Si hay varias notas en la misma página, se ponen dos, tres y más asteriscos, según el caso. Las notas se copian a un solo espacio.

Ejemplo:

Para optar al título de Abogado, la ley exige cumplir dos de los siguientes tres requisitos, a elección del estudiante: Preparatorios, Judicatura e investigación dirigida*.

* Antes de 1980 se exigía el cumplimiento de los tres requisitos.

Las citas de entrevistas, comunicaciones personales, etc., se incorporan como notas. *Ejemplo:*

El doctor Pedro Pérez** dijo que a partir del próximo año los preparatorios serían obligatorios como requisito de grado, y que la opción de elección para los alumnos quedaba limitada a la judicatura y a la investigación dirigida.

** Entrevista con el doctor Pedro Pérez, Asesor del Ministro de Educación. Bogotá, Febrero 12 de 2001.

Cuando se trabaja en computador éste da a las Notas el tratamiento de Citas, poniéndoles la numeración que corresponda entre éstas.

5.5.2.4. *Materiales de referencia.* La tercera parte comprende la bibliografía, Índices especializados como el analítico de materias, el de normas y el de autores, y los apéndices que se crean convenientes.

5.5.2.4.1. *La Bibliografía*. Llámanse bibliografía la lista integrada no sólo por las obras citadas dentro del trabajo, sino también por las demás que se refieren al tema en él tratado, ordenadas alfabéticamente. Se incluyen los datos de identificación de la obra que mencionamos al hablar de las fichas bibliográficas, omitiendo la localización y el contenido. Se puede agregar un brevísimo comentario sobre el tema de la obra. *Ejemplo*:

Bibliografía

Bascuñán Valdez, Anibal. Manual de técnica de la investigación jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1961.

Bonilla naar, Alfonso. Bases para escribir un trabajo científico. Bogotá: Instituto de Investigaciones Científicas de Laboratorios Cup. S/f.

cuervo, Rufino José. Apuntaciones críticas sobre el lenguaje bogotano. 7a. ed. Bogotá: El Gráfico, 1939.

5.5.2.4.2. *Índice analítico por materias*. Es la enunciación ordenada alfabéticamente de los temas principales del trabajo con la indicación de las distintas páginas en donde aparecen tratados. *Ejemplo*:

CONCIENCIA

(Concepto de): 27, 32.

E inconsciente: 12, 79.

(Origen de la): 15-19.

La parte que va entre paréntesis se lee primero, y después el título que va en mayúsculas. En el ejemplo anterior se lee: *Concepto de conciencia*. Cuando no hay paréntesis, se lee al contrario. En el mismo ejemplo anterior, se lee: *Conciencia e inconsciente*. Los números separados por coma corresponden a los de las páginas en donde se encuentra tratado el tema. Cuando se separan por guiones se entiende que el tema se halla desarrollado en las páginas comprendidas entre los dos números.

El procedimiento práctico para elaborar el índice es el siguiente: Se leen una a una las páginas del trabajo y se anotan los conceptos que en ellas aparecen y que tengan relación directa con el tema, identificándolos por el correspondiente Descriptor, en fichas en las que se escribe igualmente la página en donde aparecen. La anotación se hace encabezando con el Descriptor, y

luego la aclaración de él con o sin paréntesis, según que dicha aclaración se deba leer antes o después del concepto. Cuando la aclaración consiste en otro Descriptor, se hace otra ficha para éste. Veamos algunos ejemplos. Supongamos que en las dos primeras hojas de un trabajo encontramos tratados los temas que aparecen en las siguientes fichas:

LITERATURA científica (Tipos de): 1

ENSAYO (Concepto de): 1

ENSAYO (Partes del): 1

INTRODUCCIÓN. En el ensayo de sustentación de tesis: 1

ENSAYO de sustentación de tesis (Introducción en el): 1

INTRODUCCIÓN (Propósitos de la): 1

INTRODUCCIÓN (Propósito de la): 2

Cada título corresponde a una ficha. Al continuar el análisis de todo el trabajo, se obtiene un número bastante elevado de fichas, las cuales son clasificadas alfabéticamente, teniendo en cuenta primero el concepto escrito en mayúsculas sostenidas, y luego el escrito en minúsculas.

Clasificadas las fichas, se copia en una hoja de papel el resultado de esta clasificación escribiendo primero en mayúsculas y por una sola vez el concepto que va arriba, y debajo las aclaraciones del mismo como aparezcan en las fichas. Al frente se ponen dos puntos y la página. Cuando aparece una ficha exactamente igual a una ya copiada, simplemente se escribe la página de ésta, separada por una coma de la página que antes se haya escrito. Ejemplo de la transcripción de las fichas anteriores:

ENSAYO

(Concepto de):1

(Partes del): 1

ENSAYO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

(Introducción en el): 1

INTRODUCCIÓN

En el ensayo de sustentación de tesis: 1

(Propósitos de la): 1, 2

LITERATURA CIENTÍFICA

(Tipos de): 1

5.5.2.4.3. *Otros índices.* Generalmente en las obras van otros índices, de acuerdo con la materia de que tratan. Así, una obra jurídica puede llevar un Índice de disposiciones legales; una de medicina, un Índice de cuadros ilustrativos, etc. En las obras que implican revisión de teorías, suele incluirse un Índice analítico de autores.

5.5.2.4.4. *Anexos.* Como anexos se coloca el material elaborado por el autor, por otros autores, normas legales, providencias, etc., que aunque son útiles para la comprensión del tema del trabajo, no se pueden incluir dentro del cuerpo de ella porque rompen su unidad.



El doctor **Jaime Giraldo Ángel** nació en Anserma, Caldas, en 1929. Es abogado de la Universidad Externado de Colombia y licenciado en Psicología de la Universidad Nacional. Cuenta con una especialización en Educación Superior de la Universidad de California, USA, y un doctorado en Psicología de la Universidad Autónoma de México. Ha actuado en importantes cargos en la academia y en la función pública. Fue profesor de las universidades de los Andes y del Externado de Colombia e investigador del Instituto SER de Investigación en Bogotá. Se desempeñó como juez penal del Circuito de Anserma; fue director de la Carrera Judicial, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, presidente del Consejo Superior de Administración Judicial, ministro de Justicia y magistrado del Tribunal Nacional Bioético y de Psicología. En la actualidad, el doctor Giraldo Ángel está dedicado a sus actividades particulares.