

No. 2025-1 • Enero - Junio

REVISTA ICDP

ISSN 0123-2479

ISSN ELÉCTRONICO: 2346-3473



INSTITUTO
COLOMBIANO
DE DERECHO
PROCESAL

REVISTA
ICDP



INSTITUTO
COLOMBIANO
DE DERECHO
PROCESAL

ISSN IMPRESO 0123-2479

ISSN DIGITAL: 2346-3473

Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

No. 2025-1 • Enero - Junio de 2025

© Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Calle 67 No. 4A - 09 Teléfonos: 310 44 09 - 310 10 91 Fax: 310 44 89

e-mail de atención al usuario: revista@icdp.org.co

Sitio web: <https://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/issue/archive>

Director Revista: Fernando Luna Salas

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Editado en Colombia 2026

Bogotá, D.C. - Colombia



Las opiniones, análisis doctrinales, jurisprudenciales y criterios expresados en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores. No reflejan necesariamente el pensamiento, línea editorial ni la postura oficial del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

DIRECTIVAS

Presidente Emérito	Jairo Parra Quijano
Presidente	Ulises Canosa Suárez
Presidentes Honorarios	María Patricia Balanta Medina Ángela María Buitrago Ruiz Olga Lucía Barrios Ramiro Bejarano Guzmán Martín Bermúdez Muñoz Jaime Bernal Cuéllar Ruth Estella Correa Palacio María Julia Figueredo Vivas Hernán Fabio López Blanco Edgardo Villamil Portilla
Dirección Ejecutiva	Magda Isabel Quintero Pérez
Secretario General	Jairo Parra Cuadros
Director Revista ICDP	Fernando Luna Salas



INSTITUTO
COLOMBIANO
DE DERECHO
PROCESAL

COMITÉ EDITORIAL-CIENTÍFICO

Fernando Luna Salas	Editor en Jefe https://orcid.org/0000-0003-4574-6335
Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell	Universidad de Salamanca, España Lbujosa@usal.es https://orcid.org/0000-0003-1660-7483
Silvia Barona Vilar	Universidad de Valencia, España silvia.barona@uv.es https://orcid.org/0000-0002-2140-5838
Josep Joan Moreso	Universidad Pompeu Fabra, España. josejuan.moreso@upf.edu https://orcid.org/0000-0003-2702-569X
Valter Moura do Carmo	Universidad Federal de Tocantins, Brasil vmcarmo86@gmail.com https://orcid.org/0000-0002-4871-0154
Alicia Bernardo San José	Universidad Complutense de Madrid, España abernard@ucm.es https://orcid.org/0000-0002-6391-0736
Andrea Alarcón Peña	Universidad Militar Nueva Granada, Colombia andrea.alarcon@unimilitar.edu.co https://orcid.org/0000-0003-4926-4288
Octavio Augusto Tejeiro Duque	Pontificia Universidad Javeriana, Colombia octaviotejeiro@hotmail.com https://orcid.org/0009-0004-1258-168X

Abel Augusto Zamorano	Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá a_augustozamorano@hotmail.com https://orcid.org/0009-0000-0624-8099
Verónica Scavone Bernadet	Centro de Estudios Judiciales del Uruguay veronicascavone@gmail.com https://orcid.org/0009-0002-9644-9197
Alfonso Martínez Lazcano	Universidad Nacional Autónoma de México alfonso.martinezl@derecho.unam.mx https://orcid.org/0000-0003-0367-4716
Lucía Fernández Ramírez	Universidad de la República, Uruguay dra.luciafernandezramirez@gmail.com https://orcid.org/0000-0001-8078-3444
Martín G. Bermúdez Muñoz	Universidad Libre, Colombia martinbermudez@mbermudez.co https://orcid.org/0009-0000-7132-9987
Pablo Villalba Bernie	Paraguay. Universidad Católica Campus Itapúa - Paraguay pablo.villalba@uc.edu.py https://orcid.org/0009-0005-5142-4801
Tarsis Barreto Oliveira	Universidade Estadual do Tocantins. Brasil tarsisbarreto@uft.edu.br https://orcid.org/0000-0003-0931-8915

UN NUEVO HORIZONTE PARA LA CIENCIA DEL DERECHO: PENSAR LA JUSTICIA DESDE LA RAZÓN Y LA HUMANIDAD

Fernando Luna Salas

Editor en Jefe – Revista ICDP

El derecho no es un universo de verdades estáticas ni un catálogo inerte de normas escritas; es, ante todo, un fenómeno vivo, un compromiso ético y un constante diálogo humano en busca de la justicia. Con esa premisa como norte, la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Revista ICDP)* abre hoy sus páginas a una nueva etapa institucional. Este volumen 2025-1 no representa únicamente la continuidad de una labor académica; constituye una auténtica renovación, un espacio de relanzamiento editorial diseñado para responder a las transformaciones contemporáneas que interpelan a la comunidad jurídica, a la judicatura y al ejercicio profesional de la abogacía.

Revitalizar nuestra publicación científica implica reafirmar que la investigación y la divulgación dogmática no son lujos teóricos, sino imperativos democráticos. Los espacios que promueve el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP) constituyen ágoras indispensables donde la teoría académica se encuentra de frente con la realidad palpante de los despachos judiciales. Investigar, escribir y publicar en estas páginas es un acto de responsabilidad social; es tender puentes entre la abstracción de la norma y las vicisitudes del ciudadano que acude al proceso en busca de amparo y seguridad jurídica.

En esta primera entrega de 2025, ponemos a disposición de la comunidad jurídica internacional cinco contribuciones que abordan, con encomiable vigor metodológico y agudeza crítica, los problemas más apremiantes de la ciencia del derecho y la actividad procesal contemporánea.

Iniciamos con una discusión de alta sensibilidad constitucional e internacional a cargo de Jorge Luis Moreno Carreño, quien examina los intensos

debates en torno al juzgamiento disciplinario de servidores públicos de elección popular a la luz del estándar interamericano. Su propuesta teórica sobre la eventual declaración de un *estado de cosas inconvencional* por parte del Consejo de Estado invita a reflexionar sobre la urgente necesidad de armonizar nuestro ordenamiento interno con el *Corpus Iuris* Interamericano, salvaguardando los derechos políticos sin fisuras dogmáticas.

Posteriormente, el análisis del derecho privado y la técnica contractual cobra vitalidad en el estudio jurisprudencial elaborado por María José Charris Castellón, Miguel Jair Caro Pérez, Natalia Tamarís Gutiérrez y Sebastián Correa Moreno. Los autores profundizan en la nulidad relativa por reticencia en el contrato de seguro de vida, desentrañando la evolución de la buena fe cualificada y demostrando cómo el deber de diligencia en la verificación del riesgo por parte del asegurador se erige en una salvaguarda del equilibrio contractual y de la protección del asegurado.

En esa misma línea de rigor sustancial y procesal, Shelsyn Ximena Agudelo Suárez, Marco Antonio Díaz Bolaño, Janny Del Socorro Guilloth Polo y Jennifer Johanna Juvinao Borja abordan un problema clásico pero de permanente mutación: la legitimación del cónyuge o compañero permanente para demandar los actos simulados o defraudatorios celebrados por el otro. A través de un minucioso rastreo de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el texto ofrece claridad sobre la vigencia de las acciones de protección del haber social, superando nociones rígidas para privilegiar la tutela efectiva del patrimonio familiar.

El volumen se adentra también en los insondables terrenos del pensamiento humano con la valiosa contribución de Edgar Romero Castillo, quien deconstruye el proceso de toma de decisiones judiciales desde las fronteras de la psicología cognitiva, la neurociencia y los sesgos inconscientes. Su artículo nos recuerda de manera serena pero firme que el juez, ante todo, es un ser humano; comprender sus vulnerabilidades cognitivas no debilita la administración de justicia, sino que fortalece la motivación como un acto de autoconocimiento y transparencia institucional.

Finalmente, el profesor José Nieves López complementa esta reflexión sobre la función jurisdiccional al analizar el deber constitucional de motivación de las providencias en Colombia, gravitando en la constante tensión entre el garantismo y el activismo judicial. Su escrito ratifica que la justificación de las sentencias es la máxima garantía contra la arbitrariedad, exigiendo un equilibrio donde la protección de los derechos fundamentales coexista armónicamente con la coherencia del precedente y el respeto a la división de poderes.

Los autores que integran este número representativo nos demuestran que la ciencia del derecho se enriquece cuando la experiencia forense, la función judicial y la vocación docente se unen en la escritura. A todos ellos extendemos nuestro reconocimiento por confiar sus tesis a esta casa editorial.

A nuestros lectores, litigantes, administradores de justicia, docentes y estudiantes, los invitamos a habitar este espacio, a controvertir sus líneas y a sumarse a esta convocatoria permanente de investigación. Que las páginas de la *Revista ICDP* sean siempre un faro de luz crítica, rigor científico y profunda sensibilidad humana para el derecho del presente y del futuro.

CONTENIDO

Editorial	9
Un nuevo horizonte para la ciencia del derecho: pensar la justicia desde la razón y la humanidad	
<i>Fernando Luna Salas</i>	
Declaración del estado de cosas inconventional por parte del consejo de estado: última herramienta para lograr un proceso disciplinario convencionalmente conforme	15
Declaration of unconventional state of affairs by the council of state: the latest tool to achieve a conventionally compliant disciplinary process	
<i>Jorge Luis Moreno Carreño</i>	
La nulidad relativa por reticencia en el contrato de seguro de vida: análisis jurisprudencial del deber de diligencia en la verificación del estado del riesgo	49
The relative nullity due to reticence in life insurance contracts: jurisprudential analysis of the duty of diligence in the verification of the state of the risk	
<i>María José Charris Castellón, Miguel Jair Caro Pérez</i>	
<i>Natalia Tamarís Gutiérrez y Sebastián Correa Moreno</i>	
Legitimación del cónyuge y compañero permanente para demandar los negocios jurídicos celebrados por el otro	61
Legitimacy of the spouse and permanent partner to sue the legal transactions entered into by the other	
<i>Shelsyn Ximena Agudelo Suárez, Marco Antonio Díaz Bolaño</i>	
<i>Janny del Socorro Guilloth Polo y Jennifer Johanna Juvinao Borja</i>	
Cómo deciden los jueces: psicología, sesgos y motivación judicial	77
How Judges Make Decisions: Psychology, Biases, and Judicial Reasoning	
<i>Edgar Romero Castillo</i>	

Motivación de las decisiones judiciales en Colombia:

Entre el garantismo judicial y el activismo judicial

89

Judicial Reasoning in Colombia: Between Judicial Garantism
and Judicial Activism

José Nieves López

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

DECLARACIÓN DEL ESTADO DE
COSAS INCONVENCIONAL POR
PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO:
ÚLTIMA HERRAMIENTA PARA
LOGRAR UN PROCESO DISCIPLINARIO
CONVENCIONALMENTE CONFORME

DECLARATION OF UNCONVENTIONAL STATE OF
AFFAIRS BY THE COUNCIL OF STATE: THE LATEST
TOOL TO ACHIEVE A CONVENTIONALLY COMPLIANT
DISCIPLINARY PROCESS

[HTTPS://DOI.ORG/10.32853/01232479.V01.N01705](https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01705)

 Jorge Luis Moreno Carreño¹

*“Vivimos en una época inquietante y contradictoria.
Sabemos que estamos en un punto de quiebre,
en un momento de cambio, en una coyuntura de definiciones”*

Alejandro Gaviria

Recibido: 16 de julio de 2024 • **Aceptado:** 02 de septiembre de 2024 • **Publicado:** 7 de septiembre de 2026

¹ Abogado Laureado de la Universidad Francisco de Paula Santander, Especialista (c) en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, miembro del Colegio Colombiano de Abogados Disciplinaristas; se desempeña como asesor de entidades públicas y empresas privadas en materia de Juzgamiento Disciplinario y así mismo ejerce como litigante en temas relacionados con Derecho Disciplinario y Derecho de Daños en calidad de asociado de Páez Jaimes Servicios Jurídicos Especializados. Correo: Jorgeluismoc@hotmai.com

Cómo citar este artículo:

Moreno Carreño, J. L.(2025). Declaración del estado de cosas inconventional por parte del consejo de estado: última herramienta para lograr un proceso disciplinario convencionalmente conforme. *Revista del Instituto de Derecho Procesal*, 25-1, pp. 15-48. <https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01705>

RESUMEN

En el desarrollo de las presentes líneas se logra explicar el problema actual en el que se encuentra inmerso el proceso disciplinario aplicado a los funcionarios públicos de elección popular, esto a sabiendas de que hasta el día de hoy se mantiene el incumplimiento de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso *Petro vs. Colombia*; dicho lo anterior se pasa a exponer una solución aterrizada a dicha problemática mediante la declaración del estado de cosas inconventional por parte del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación que a día de hoy se está proyectando como primer paso para lograr un proceso convencionalmente conforme y así mismo se hace énfasis en las implicaciones que traería la aceptación de dicha propuesta.

Todo lo antes mencionado se logra mediante una investigación de tipo cualitativo con un enfoque socio-jurídico, la cual tuvo como principales métodos tanto la recolección documental con énfasis en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia como la presentación de peticiones a instituciones oficiales en aras de obtener datos recientes para comprender el panorama actual de la problemática estudiada.

Palabras clave: Control de Convencionalidad, Bloque de Constitucionalidad, Imparcialidad Judicial, Derechos Políticos, Derecho Disciplinario.

ABSTRACT

In the development of these lines, the current issue faced by the disciplinary process applied to public officials elected through popular vote is explained, knowing that to this day, there is a failure to comply with the parameters established by the Inter-American Court of Human Rights in the context of the *Petro vs. Colombia* case. With this in mind, a grounded solution to this issue is presented through the declaration of an unconventional state of affairs by the Council of State, as part of a unification ruling that is currently being drafted as the first step towards achieving a conventionally compliant process. Furthermore, emphasis is placed on the implications that the acceptance of this proposal would bring.

All of the above is achieved through qualitative research with a socio-legal approach, which employed methods such as document collection with a focus on the study of doctrine and case law, as well as submitting requests to official institutions in order to obtain recent data to understand the current landscape of the studied issue.

Keywords: Conventionality Control, Block of Constitutionality, Judicial Impartiality, Political Rights, Disciplinary Law.

1. INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que desde el año 2020 debido a la sentencia proferida en el caso *Petro vs. Colombia*, el derecho disciplinario colombiano no ha parado de ser objeto de múltiples discusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales, e inclusive, ha sido sujeto de distintas reformas; basta con observar el hecho de que sin haber entrado en vigencia la totalidad de la ley 1952 de 2019 “por medio de la cual se profiere el nuevo Código General Disciplinario”, ya se había proferido una reforma para la misma con el objetivo de acatar los mandatos provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intentos que tal como se logró avizorar en el primer informe de cumplimiento emitido por dicho tribunal, fueron en vano.

Por medio de las siguientes páginas se busca aportar una propuesta realista y aterrizada que tenga como eje catalizador a la adecuación del ordenamiento jurídico colombiano y sobre todo a la existencia de un procedimiento disciplinario convencionalmente conforme, todo esto en aras de garantizar sobre cualquier otra cosa la prevalencia de la seguridad jurídica, puesto que, para el momento en el cual se redactan las presentes líneas, existe una disyuntiva gigantesca en materia de aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tal punto que tal como se verá más adelante, en un mismo día el Consejo de Estado (quien será protagonista en la presente propuesta) profirió dos decisiones totalmente disonantes entre sí, acatando en una lo dicho por la Corte Constitucional en su estudio de constitucionalidad realizado en la sentencia C-030 de 2013 y por otro lado, se buscó aplicar una excepción de inconvencionalidad y dar prevalencia a la CADH sobre inclusive la Constitución Política Colombiana.

La presente investigación tiene como objetivo otorgar un aporte de tipo doctrinal que de alguna manera sirva como faro en el lúgubre panorama que ha rodeado al Derecho Disciplinario desde que el estado colombiano fue —como ya es costumbre— condenado en instancias internacionales, mostrando al Consejo de Estado como un posible “salvador” y a la Corte Constitucional como precursora de una herramienta que a pesar de haber sido su creación, puede readecuarse para ser utilizada como medio generador hasta cierto grado una desobediencia a sus desorbitadas interpretaciones de corte nacionalista.

2. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A DERECHOS POLÍTICOS POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS CON EL CORPUS IURIS INTERAMERICANO

Para iniciar el presente ápice, es necesario delimitar la problemática que se busca solucionar por medio de este escrito, siendo esta que, si bien es cierto por medio de la Constitución Política de 1991 el estado colombiano logró aumentar significativamente el pliego de derechos y garantías ofertadas a quienes se encuentren dentro del mismo, no es menos cierto que al gestarse se pasó por alto la obligación de adecuar desde un principio los parámetros constitucionales con los convencionales, esto al tenor del artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el cual se indica que existe una latente obligación de los estados parte de armonizar su ordenamiento jurídico con la Convención, esto con el objetivo de garantizar los derechos y libertades consignados en ella; la afirmación antes mencionada encuentra sustento en que la Convención Americana o también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita por Colombia el 22 de noviembre de 1969 y tal como lo señaló el Consejo de Estado: “fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 16 del 20 de diciembre de 1972, ratificada el 28 de mayo de 1973 a través del depósito realizado el 31 de julio de 1973, con aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985”², razón por la cual en virtud del principio del *pacta sunt servanda* el cual es descrito por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ratificada por Colombia mediante la ley 32 de 1985 como aquel que señala que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”³, razón por la cual existía la obligación de no contrariar los derechos consignados en la Convención Americana y mucho menos otorgar un rango de tipo constitucional a dicho postulado contradictorio.

Es así que el meollo del asunto recae principalmente en la antinomia presentada entre el artículo 277 numeral 6 Constitucional con el artículo 23° numeral 2 de la Convención Americana, formando parte este último tanto del bloque de convencionalidad como del bloque de constitucionalidad en sentido

² COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia Rad. 11001-03-25-000-2013-00561-00. (29, junio, 2023).

³ VIENA. Tratado Art. 26 [en línea]. (23, mayo, 1969) [consultado el 26, julio, 2023]. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

estricto⁴, toda vez que el primero de estos artículos legitima a la Procuraduría General de la Nación como entidad competente para restringir los derechos políticos de los funcionarios públicos haciendo especial énfasis en que esto incluye de igual manera aquellos que accedieron a su cargo por medio del voto popular, mientras que el segundo es muy claro a la hora de señalar que el único competente para restringir derechos políticos es un juez competente en proceso penal, condición que no logran acreditar bajo ninguna circunstancia la Procuraduría General de la Nación ya que esta entidad pese a ser la personificación del ministerio público en el estado colombiano no deja de ser una autoridad administrativa.

En el marco de lo antes mencionado se debe señalar que a la luz de lo decantado por la jurisprudencia emitida tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, únicamente podrá ser una autoridad judicial la competente para restringir derechos políticos, esta afirmación encuentra sustento en lo dicho por el Tribunal Interamericano en los casos *López Mendoza vs. Venezuela* y *Petro Urrego vs. Colombia*, mientras que el ente europeo logra señalar en el Caso *Paksas Vs. Lituania* que “la privación de los derechos políticos sólo puede imponerse por decisión expresa de un tribunal de justicia.”, por lo tanto es dable señalar que a cualquier sanción de índole distinta a la judicial le está vedado restringir derechos políticos.

En añadidura, se debe indicar que si bien es cierto la propia Corte IDH en el marco de la Sentencia del Caso *Petro Urrego vs. Colombia* reconoce “que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención”⁵, para la presente obra se abordarán únicamente las restricciones a derechos políticos realizadas por parte de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que la finalidad de la misma es proponer solución para un proceso disciplinario convencionalmente conforme.

Para lograr el objetivo previamente dicho se debe partir de que la antinomia que rodea las funciones otorgadas a la Procuraduría ha sido abordada y estudiada en diversas ocasiones por parte de la Corte Constitucional, la cual ha optado en lugar de realizar un control de convencionalidad, hacer uso de una figura propia del Sistema Europeo de Derechos Humanos denominada el “Margen de

⁴ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-146/21 [en línea]. (20, julio, 2023) [consultado el 25, julio, 2023]. Disponible en Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-146-21.htm>

⁵ COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 406 [en línea]. (8, julio, 2020) [consultado el 26, julio, 2023]. Caso *Petro vs Colombia*. Párrafo 115. Disponible en Internet: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf

Apresiasi Nacional”, figura que encuentra su asidero en el año 1958 en el marco del litigio Grecia c. Reino Unido por medio de la resolución No. 176/57 emitida por la Comisión Europea de Derechos Humanos⁶ en la cual señala que en el marco del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se otorga cierta libertad al estado para maniobrar la aplicación taxativa de dicho convenio en la medida en que fuera estrictamente necesario, en principio siendo esto aplicado únicamente a los estado de excepción pero luego por medio de un desarrollo jurisprudencial del tribunal de Estrasburgo su aplicación se ha venido ampliando (*)⁷.

El margen de apreciación ha sido definido por laGuardiana de la Constitución como el “ámbito de deferencia que los órganos internacionales reconocen a las instituciones nacionales para cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados sobre derechos humanos”⁸ y a su vez fue la excusa perfecta que tuvo la Corte Constitucional en las sentencias C-101 de 2018, C-086 de 2018, C-146 de 2021 y C-325 de 2021 para de alguna manera justificar la facultad convencional que le fue otorgada a la Procuraduría General de la República por el constituyente; este actuar por parte de la Corte Constitucional plantea un escenario en el cual es imperativo que se efectúe un control de convencionalidad difuso por parte de los demás operadores judiciales, siendo explicada esta figura en palabras del maestro Manuel Fernando Chínque como una “labor de verificación que permite establecer que las normas internas de un país, que se aplican en los casos concretos, resultan conformes con los estándares mínimos comunes definidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁹, y su obligatoriedad fue preceptuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs. Uruguay con sentencia proferida el día 24 de febrero del 2011, donde la dicha corporación decantó que:

“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención

⁶ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 176/56 Volumen II [en línea]. (26, julio, 1956) [consultado el 26, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%22176/56%22%5D%7D>

⁷ (*) Véase por ejemplo el Caso Rasmussen contra Dinamarca, y el Caso Hirst vs. Reino Unido.

⁸ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 101/18 [en línea]. [consultado el 27, julio, 2023]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-101-18.htm>

⁹ RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. El control de convencionalidad. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2014. 196 p. ISBN 9789583509872.

no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”¹⁰

A esta postura se suma “lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interior del caso C-213/80 *The Queen Vs Secretary of State for Transport, Factortame Ltd.* el 19 de junio de 1990, en cuyos argumentos indicó que todo juez nacional es un juez comunitario, en tanto puede aplicar directamente cualquier fuente del derecho común sin que tal situación genere un desconocimiento de la aplicación normativa interna del Estado al que se encuentra adscrito”¹¹.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes mencionado y pasando de la esfera judicial a la legislativa, el estado colombiano ha buscado adecuar su forma de juzgar a los funcionarios públicos de elección popular con el mandato del Corte Interamericana de Derechos Humanos por vía legislativa, esto con la expedición de la Ley 1952 de 2019 por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y su posterior reforma realizada por medio de la Ley 2094 de 2021, en dichas apuestas de convencionalización los aspectos más destacados de cara al reproche realizado por parte del Tribunal Interamericano fueron la distinción realizada entre el funcionario de instrucción y el funcionario de juzgamiento y así mismo la conformación de la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de los Servidores públicos de elección popular, buscando de esta manera garantizar los postulados convencionales del artículo 8° de la convención, pero pasando por alto lo atinente al artículo 23° numeral 2 de dicho convenio.

Aunado a lo anterior, pese a que no existe reproche alguno a los nuevos postulados traídos por el Código General Disciplinario por parte de la Corte IDH de cara el artículo 8° convencional, toda vez que en la supervisión de cumplimiento realizada el día 25 de noviembre de 2021 por dicha colegiatura, la verdad es que a consideración del suscrito el Código General Disciplinario

¹⁰ COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 221 [en línea]. (24, febrero, 2011) [consultado el 26, julio, 2023]. Caso *Gelman vs Uruguay*. Párrafo 193. Disponible en Internet: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

¹¹ CALDERÓN RODRÍGUEZ, Juan Sebastián. *Derecho disciplinario: Retos y Perspectivas Contemporáneas*. Organizado por David Alonso Roa Salguero. Bogotá D.C.: IBAÑEZ, 2022. 166 p. ISBN 9789587917079.

aún no ha logrado su cometido, vivo ejemplo de esto llega a ser la capacidad que tiene el funcionario de juzgamiento de variar el pliego de cargos sobre el cual va a pronunciarse, esto pone en entredicho la separación material que existe entre el funcionario que acusa y el que juzga, puesto que aún existe la posibilidad de que el funcionario de juzgamiento intervenga directamente en los cargos por medio de los cuales se le acusa al disciplinado, pudiendo ejercer dicha facultad en dos oportunidades procesales distintas, razón por la cual, en últimas el juzgador terminaría conociendo en sede de primera instancia su propia acusación y de esta forma no se concibe la teleología propia de la reforma a la ley 742 de 2002 que corresponde al ahora derogado Código Único Disciplinario ni tampoco se garantiza el debido proceso y la imparcialidad judicial.

La afirmación antes mencionada surge toda vez que existe un criterio unificado entre la Corte Constitucional, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo en el hecho de que en pro del principio de imparcialidad deberá ser en todo momento un funcionario distinto el encargado de acusar y juzgar, según la Gardiana de la Constitución para garantizar la imparcialidad del juzgador éste está obligado a “no tener contacto anterior con el asunto que decide”¹², para la Corte IDH es necesario que cuando se habla de acusación y juzgamiento es necesario que “dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate”¹³, y finalmente para el tribunal europeo señala que se pone en tela de juicio la imparcialidad del proceso cuando se adelanta “el ejercicio de distintas funciones dentro del proceso judicial por una misma persona”¹⁴.

Dejando de la lado esta reflexión y otorgando un contexto a lo ocurrido en el marco del intento de convencionalización antes mencionado, se debe indicar que en principio la ley 2094 de 2021 por medio de su artículo 2° otorgaba a la Procuraduría General de la Nación facultades jurisdiccionales en virtud del artículo 116 de la Constitución Política, buscando de esta manera hacer ver a la procuraduría como una especie de juez disciplinario y de esa forma compaginar su facultad de sanción a funcionarios de elección popular con el objetivo

¹² COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 174/21 [en línea]. (3, junio, 2021) [consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>>

¹³ Caso Petro vs Colombia, párrafo 129. Op. cit.

¹⁴ ESTRASBURGO. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Application no. 73797/01 [en línea]. (15, diciembre, 2005) [consultado el 28, julio, 2023]. CASE OF KYPRIANOU v. CYPRUS. Párrafo 121. Disponible en Internet: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-71671&filename=CASE%20OF%20KYPRIANOU%20v.%20CYPRUS.docx&logEvent=False>>

de adecuarse a la línea de interpretación dada por la Corte Constitucional en Sentencia C-101 de 2018 y posteriormente reiterada en la C-325 de 2021, mediante la cual se hacía una interpretación conveniente de lo dicho por la Corte IDH en el marco de caso López Mendoza vs. Venezuela y llegaban a la conclusión de que el concepto de “condena por juez competente en proceso penal” del artículo 23.2 de la CADH debía ser interpretado de manera evolutiva y más bien hacía referencia a las sanciones impuestas por órganos de naturaleza jurisdiccional en miras del pleno respeto a las garantías propias del debido proceso.

Esta jugada realizada por parte del legislativo fue truncada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-030 del año 2023¹⁵, la anterior afirmación se ciñe en que por medio de dicho fallo la guardiana de la Constitución se permite “Declarar la INEXEQUIBILIDAD de las expresiones “jurisdiccionales” y “jurisdiccional” contenidas en los artículos 1, 54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021 (que modificaron los artículos 2, 238A, 265 de la Ley 1952 de 2019) y de la expresión “ejecutoriadas” contenida en el artículo 54 de la Ley 2094 de 2021” y es así como el trasegar de autoridad administrativa a pseudo juez disciplinario quedó únicamente como un intento de solucionar el estado de cosas inconvencional en el cual está inmerso el derecho disciplinario colombiano.

Es imperativo hacer una aclaración de cara a la sentencia antes citada, puesto que no es como que la Corte Constitucional se haya puesto la toga de juez convencional y buscara adecuar de una vez por todas el proceso disciplinario al mandato de la Corte IDH, a sabiendas de que el artículo 23.2 de la CADH debe ser interpretado de forma taxativa y no evolutiva, sino que por el contrario se permitió asignarle una tarea al consejo de estado sin tan siquiera consultarle, algo que en un ejemplo bastante aterrizado dado por el Dr. Cristian Salazar sería como si se programara un viaje en el auto de una persona y lo último que se hiciese es pedirle permiso al propietario¹⁶.

Así mismo, es menester señalar que el día 19 de mayo del año 2023 esta divergencia de cara a la seguridad jurídica que acecha los procesos disciplinarios de elección popular se expuso más que nunca, puesto que en esa fecha el Consejo de Estado tuvo una contradicción de cara a la admisión del recurso extraordinario de revisión interpuesto por dos funcionarios de elección popular

¹⁵ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030/23 [en línea]. (16, febrero, 2023) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-030-23.htm>

¹⁶ DERECHO INTERACTIVO. Lo que quedó del recurso de revisión en el proceso disciplinario [video]. YouTube. (28, junio, 2023). [Consultado el 1, agosto, 2023]. 81:32 min. Disponible en Internet: <https://www.youtube.com/watch?v=Eb9yP7rlMEw>

que fueron destituidos por parte de la Procuraduría General de Nación, por un lado se tiene el caso del alcalde del municipio de Taminango cuyo recurso de revisión fue aceptado dicho día por parte de la Sala Especial de Decisión No. 13¹⁷, mientras que por otro lado se encuentra el recurso interpuesto por la alcaldesa del municipio de Arjona, donde la Sala Especial de Decisión No. 9¹⁸ decidió aplicar una excepción de inconventionalidad y declarar que no es competente para conocer en última instancia el proceso de sanción adelantado por la Procuraduría en contra de los funcionarios de elección popular.

Finalmente, para dar por terminado este título y presentar el abre bocas del siguiente, es esta dicotomía fue resuelta por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo al decantar el día 08 de febrero del año 2024 dos cosas, i) la primera que el control difuso de convencionalidad carece de validez como argumento para desconocer del recurso de revisión, toda vez que la convencionalidad de esa obligación ya fue estudiada por la Corte Constitucional en sede de control abstracto de convencionalidad -un argumento bastante contradictorio, toda vez que en la misma sentencia se reafirma la competencia que tiene el Ministerio Público para destituir a los funcionarios de elección popular y esto último si no es tenido en cuenta a la hora de fallar en procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho⁻¹⁹.

Por otro lado, ii) se habla de que el recurso en cuestión procede de oficio cuando el funcionario esté activo en el cargo, toda vez que no estar activo el Consejo de Estado se abstendrá de conocer sobre el mismo y habilitará al ahora disciplinado a acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que esto desconozca la orden dada por la Corte Constitucional de que todos los fallos sancionatorios emitidos contra funcionarios de elección popular deban ser remitidos oficiosamente a la jurisdicción.

¹⁷ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN Núm. 13. Auto 11001-03-15-000-2023-00388-00 (580) [en línea]. (19, mayo, 2023) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <<https://franciscofajardoabogados.com/wp-content/uploads/2023/06/1.1.-AutoAdmiteRecursoExtraordinarioRevision.pdf>

¹⁸ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. 9. Auto 11001-03-15-000-2023-00871-00 [en línea]. (19, mayo, 2023) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <<https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2023/Auto%20Procu.pdf>

¹⁹ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. 7. Auto 11001-03-15-000-2024-00293-00 [en línea]. (08, febrero, 2024) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/276/11001-03-15-000-2024-00293-00\(A\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/276/11001-03-15-000-2024-00293-00(A).pdf)

3. ¿QUÉ ES UN ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL Y CUÁL SERÍA EL IMPACTO DE SU DECLARACIÓN EN EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIO DE ELECCIÓN POPULAR?

El Estado de Cosas Inconvencional es una figura que ha sido desarrollado tímidamente por algún extremo de la doctrina y si dunda alguna su novel aceptación por parte de algunas secciones del Consejo de Estado ha sido la oportunidad perfecta para plantear un uso correcto de la misma; a priori debe de tenerse en cuenta que para comprender la expresión de “Estado de Cosas Inconvencional” a criterio del suscrito debe de hacerse una aplicación *mutatis mutandis* de los postulados propios del “Estado de Cosas Inconstitucional” entendiendo que el primero se presenta cuando existe una contravención al bloque de convencionalidad mientras que el segundo al bloque de constitucionalidad, no obstante para efectos prácticos se tomarán como parámetros para ambos los delimitados por parte de la Corte Constitucional.

La figura del estado de cosas inconstitucional nace por medio de sentencia de unificación en el año 1997 proferida por parte de la Corte Constitucional cuyo magistrado ponente fue el Dr. Carlos Gaviria Díaz, a quien se le otorga la calidad de creador de dicha figura, en esta caso particular siento utilizada “Para solventar la violación del derecho de igualdad de un grupo de docentes que por omisión no fueron afiliados al fondo de prestaciones sociales se decretó dicho estado de cosas al constatarse que la causa de la transgresión radicaba en la ejecución irracional y desordenada de políticas públicas aplicadas a la materia educativa”²⁰, en el marco de dicha providencia se indica que es labor de la Corte Constitucional colaborar de manera armónica con los demás órganos que conforman el estado al margen del artículo 113 superior²¹, razón por la cual resultaría acertado deducir que si los demás poderes han fallado en su deber de salvaguardar lo consagrado en la Carta Política, será necesario que dicho tribunal como máximo guardián de la constitución haga prevalecer lo en ella preceptuado frente a las acciones u

²⁰ ÁLVAREZ CHAMOSA, María Lidia. Algo más sobre el control de convencionalidad por los funcionarios de la administración pública: estado de cosas inconvencional. En: Revista electrónica de derecho administrativo venezolano n° 17-19/2019, página 36 [en línea]. 2019. [Consultado el 29, julio, 2023]. Disponible en Internet: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/Algo-mas-sobre-el-control-de-convencionalidad-Maria-Lidia-Alvarez-Chamosa.pdf>

²¹ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 559/97 [en línea]. [consultado el 27, julio, 2023]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>

omisiones acaecidas en el actuar de las entidades del estado. Esta figura según la propia Corte Constitucional, surge:

“[...] con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural— es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.”²²

De la descripción antes dada se puede concluir que, se acude a la declaración del estado de cosas en aras de dar solución a una problemática de tipo sistemático, es decir, que no afecta a una persona o personas en particular, sino que esta vulneración a derechos constitucionales puede llegar a perpetuarse, siendo necesario la acción no solo del juez en el caso en concreto sino que resulta imperativa una reforma y/o solución de tipo estructural, encontrando su asidero esta última en la orden emitida por parte de la autoridad judicial que lo declare; no obstante, la guardiana de la constitución desde hace ya casi 20 años se permitió señalar los factores que deben ser tenido en cuenta para la declaratoria de dicho estado de cosas, esto por medio de la Sentencia de Tutela T-025 de 2004 en la cual señala que los factores valorados a tomar en cuenta entre otros deben de ser:

1. La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
2. La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
3. La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
4. La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.

²² COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 153/98 [en línea]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>

5. La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
6. Que todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.²³

Es así que deben de cumplirse los parámetros antes expuestos para que el poder judicial pueda optar por declarar el estado de cosas bien sea inconstitucional o inconveniente, el cual a criterio de quien redacta las presentes líneas es la última herramienta a la que puede acudir un estado tripartita que tenga la etiqueta de “social y democrático de derecho”²⁴ en aras de garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente y convencionalmente reconocidos a quienes habitan en el territorio del mismo.

3.1 El incumplimiento de la Convención Americana sobre Derecho Humanos como fundamento para la declaración del estado de cosas

Iniciando el primer punto de la presente obra se hablaba de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos formaba parte tanto de Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto como del Bloque de Convencionalidad, ambos pese a que están conformados por una serie de garantías y mandatos de un alto nivel jerárquico normativamente hablando tienen diferencias claras de cara a la forma en la cual se encuentran conformados y así mismo su interpretación y aplicación.

Se realiza la anterior afirmación puesto que el bloque de constitucionalidad en *estricto sensu* tal como lo señala el maestro Manuel Fernando Quinche está conformado por “El Preámbulo, El articulado constitucional, Los tratados de límites ratificados por Colombia, Los tratados de Derecho Humanitario, Los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles y “En cierta medida” (sic) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales

²³ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 025/04 [en línea]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm#_ftnref133

²⁴ COLOMBIA. Constitución Política de Colombia 1991, artículo 1 [en línea]. (6, julio, 1991) [consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>>.

al menos como criterio relevante de interpretación”²⁵, bajo esta égida la Convención Americana de Derechos Humanos formaría parte de dicho bloque, esto al encontrarse dentro de los instrumentos internacionales previstos en el artículo 93° de la Constitución política a sabiendas de que este señala que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”²⁶.

Por otro lado el bloque de convencionalidad se refiere según las consideraciones dadas por la Corte Suprema de Justicia al *Corpus iuris* del Sistema interamericano²⁷, estando conformado este último entre otros tratados por “la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará (...) -y- la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”²⁸.

En añadidura, es menester aplicar una distinción ya que si se profundiza en la aplicación del bloque de constitucionalidad y el de convencionalidad, se entenderá que el primero debe de ser interpretado bajo la égida de un monismo atenuado, es decir que existe “una primacía del derecho interno sobre el derecho internacional”²⁹ esto según lo dicho por la Corte Constitucional al señalar en sede de control abstracto de constitucionalidad que debe de existir “una interpretación sistemática de la CADH, y armónica entre esta y la Constitución Política de Colombia” dado mayor prevalencia a esta última; mientras que el segundo

²⁵ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional [en línea]. 2009. m. 12 [consultado el 29, julio, 2023], p. 174. Disponible en Internet: <<https://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>>.

²⁶ COLOMBIA. Constitución Política de Colombia 1991, artículo 93 [en línea]. (6, julio, 1991) [consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>>.

²⁷ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CSJ, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5414-2018 [en línea]. (11, diciembre, 2018) [consultado el 25, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/01/SC5414-2018-2013-00491-01.pdf>>.

²⁸ COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 253 [en línea]. (20, noviembre, 2012) [consultado el 27, julio, 2023]. CASO GUDIEL ÁLVAREZ Y OTROS (“DIARIO MILITAR”) VS. GUATEMALA. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf>.

²⁹ VIZCARRA, A. E. V. La internacionalización de los Derechos Humanos. *Lex Orbis*, 1(1), 1-20. En UCV [en línea]. 2018. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<http://revistas.ucv.edu.pe/index.php/lexorbis/article/view/1427>>.

bajo un monismo absoluto “que sostiene la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno”³⁰ teniendo este sustento de cara a la temática abordada en este escrito tanto en el artículo 2° del Pacto de San José de Costa Rica en el cual se indica la obligación que tienen los estados parte de acoplar su ordenamiento jurídico interno a las garantías de la convención³¹, como en los artículos 26° y 27° Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, por medio de los cuales se configura el principio del *Pacta sunt servanda* y así mismo se indica que bajo ninguna circunstancia se podrá invocar mandatos del derecho interno como excusa para incumplir lo consagrado en los tratados internacionales ratificados por un estado³².

Dicho lo anterior, sea cual fuere el “bloque” en el cual se sitúe a la Convención Americana, los derechos políticos consagrados tanto en su artículo 23° como en el artículo 40° de la Constitución son de tipo fundamental según lo dicho por la Corte Constitucional al haber señalado que “Los derechos políticos de participación (...) dentro de los cuales se encuentra el de “elegir y ser elegido”, hacen parte de los derechos fundamentales de la persona humana”³³, en añadidura su importancia ha sido reconocida por parte de la Corte IDH en el caso Castañeda Gutman Vs. México al indicar que “La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”³⁴

Por lo antes mencionado sería dable señalar entonces que la vulneración sistemática de los derechos políticos por parte tanto de la Procuraduría General de la Nación como del Congreso de la República e inclusive la propia Corte

³⁰ TRUCCO, MARCELO. Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno. En: SAIJ [en línea]. 2007. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070025-trucco-relaciones_entre_derecho_internacional.htm>.

³¹ COSTA RICA. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Tratado [en línea]. (22, noviembre, 1969) [consultado el 23, julio, 2023]. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Art. 2. Disponible en Internet: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>>.

³² VIENA. Tratado [en línea]. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Op. cit.

³³ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-369/18 [en línea]. (20, julio, 2023) [consultado el 25, julio, 2023]. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-369-18.htm#_ftnref25>.

³⁴ COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 184 [en línea]. (6, agosto, 2008) [consultado el 26, julio, 2023]. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Párrafo 143. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc>.

Constitucional podría dar como resultado la declaración del estado de cosas inconventional ¿Por qué no un estado de cosas inconstitucional? porque al haber sido legitimada dicha vulneración por la guardiana de la constitución en reiteradas ocasiones, esto a la luz de lo consignado en la Carta Política daría tránsito a Cosa Juzgada Constitucional³⁵, por lo cual las garantías aquí vulneradas obedecen a una violación de tipo convencional, toda vez que se atenda directamente contra el artículo 23° del Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, tomando en cuenta los parámetros decantados en el año 2004 por la Corte Constitucional se destacará como no solo se cumple con uno de los postulados, sino que la totalidad de los mismos se presentan *mutatis mutandis* en el marco de este proceso disciplinario convencionalmente inconforme:

- a. **La vulneración masiva de Derechos Convencionales:** En el marco de la presente investigación se envió una petición a la procuraduría solicitando se informara año a año el número de funcionarios de elección popular a los cuales les fueron restringidos sus derechos políticos por parte de la Procuraduría, la respuesta sin duda alguna fue alarmante toda vez que desde el año 1991 hasta 31 de julio del año 2023 se restringieron los derechos políticos a un total de 7.601 funcionarios públicos de elección popular, evidenciando de esta manera que la violación a los parámetros del artículo 23.2 de la Convención Americana resulta sistemática y reiterativa.
- b. **La prolongada omisión de las autoridades a cumplir el mandato de la Corte IDH:** Cuando la Corte Constitucional se pronuncia respecto a este apartado suele referirse a que ciertas instituciones en particular incumplen las funciones y deberes que les fueron consagrados por el legislador y esto a su vez genera un detrimento en los derechos de las personas, para aterrizar en el presente panorama es necesario comprender que en este caso no resulta ser una única entidad administrativa o judicial la que está omitiendo un deber legal, sino que más bien Colombia como estado está incumpliendo una orden directa de la Corte IDH de cara a adecuar su proceso disciplinario a los parámetros dictados por dicha corporación en sentencia del año 2020.

No existe una omisión legislativa por parte de la Procuraduría, mas bien existe una omisión convencional por parte del estado, puesto que éste se encuentra obligado por no solo por los mandatos convencionales ya delimitados, sino también por el artículo 68 de la CADH, por lo tanto el deber ser del estado en virtud artículo 113° de la Constitución propiciar un trabajo armónico por parte de todas sus autoridades para cumplir con la

³⁵ Constitución Política colombiana de 1991, art. 243. Op. cit.

sentencia del Tribunal Interamericano, no obstante, es notorio que dicho trabajo mancomunado se realizó buscando todo lo contrario.

- c. **La adopción de prácticas inconventionalmente conformes como la necesidad de acudir a instancias internacionales para salvaguardar los Derechos Políticos:** Este punto realmente se explica por sí mismo, puesto que resulta cuanto menos evidente que si la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra encaminado a que sea una autoridad administrativa la competente para restringir los derechos políticos de un funcionario democráticamente electo, no queda otra salida para dicho disciplinado que acudir a instancia internacionales en aras de salvaguardar sus derechos políticos, véase por ejemplo lo ocurrido con el exalcalde y ahora presidente de la república Gustavo Francisco Petro Urrego.
- d. **La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos:** En este apartado es dable señalar que tal como se expuso previamente, el estrado colombiano si ha intentado por medio de su poder legislativo de alguna manera cumplir con el mandato de la Corte IDH, no obstante, la verdad es que estos intentos según el seguimiento realizado no suplen en su totalidad los mandatos convencionales, no obstante, se vaticina que se tengan como último intento de adecuación puesto que el Código General Disciplinario ya fue estudiado en sede de control abstracto de constitucionalidad por la Corte Constitucional y esta en reiteradas ocasiones legitimó dicha norma, esto por medio de argumentos de corte nacionalista utilizados para hacer caso omiso a las observaciones dadas por parte de la Corte IDH en su primer informe de seguimiento del año 2021.
- e. **La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades y requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones:** En este caso se habla de que es necesario un trabajo conjunto por parte tanto del legislativo como de la Procuraduría y la rama judicial, esto en el entendido de que sea cual fuere la forma en la que se busca adecuar el proceso disciplinario a los parámetros del artículo 23.2 de la CADH, esto llevará consigo la imperiosa necesidad de un trabajo mancomunado, puesto sin distinción de la forma de educación, será necesario cuanto menos la reforma de las funciones de la Procuraduría General de la Nación y su eventual reestructuración interna, esto por medio de un acto legislativo que por mandato constitucional debe de ser expedido por el Congreso de la República y eventualmente revisado por parte de la Corte Constitucional.

Realmente las actuaciones antes mencionadas únicamente serían los cimientos de una adecuación efectiva, puesto que si se profundiza en propuestas tales como la creación de una jurisdicción disciplinaria³⁶ o la unificación de la Procuraduría y la Fiscalía como en su momento lo propuso el actual presidente, sería necesaria la adopción de muchas más medidas.

- f. Que todas los funcionarios afectados por el mismo problema acudieran al recurso extraordinario de revisión:** La naturaleza misma de un recurso extraordinario como podría llegar a serlo el de casación es que exista una rigurosidad notoria para poder hacer uso del mismo, esto va de la mano con la definición dada por la RAE al indicar que un recurso de extraordinario es un “Medio de impugnación que procede para un tipo determinado de resoluciones y solo por motivos taxativamente enumerados en la ley.”³⁷; no obstante, en el panorama actual y siguiendo lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia C-030 de 2023 este recurso deja de ser extraordinario para funcionarios de elección popular, convirtiendo de alguna manera al Consejo de Estado en la última instancia del proceso disciplinario, obligando así a este alto tribunal a decidir multitud de recursos en un periodo no mayor a 6 meses según el artículo 238G de CGD.

Habiendo descrito la razón por la cual la vulneración sistemática a lo plasmado en el Pacto de San José de Costa Rica facultar a la autoridad judicial para decretar un estado de cosas, aunado a que se expusieron cómo se logra cumplir todo y cada uno de los requisitos impuesto por la Corte Constitucional, solo queda pendiente delimitar cuál sería la autoridad judicial competente para decretar este estado de cosas y así mismo cual debería de ser la naturaleza de la sentencia; sin perjuicio de lo antes dicho se ha de señalar desde ahora que la Corte Constitucional no será bajo ninguna circunstancia la competente para decretar un estado de cosas inconventional, puesto que en un reciente pronunciamiento ha señalado que su naturaleza bajo ninguna circunstancia es la un juez convencional sino que este es únicamente un juez constitucional, siendo importante preguntarse entonces ¿Qué juez sería competente para decretar un Estado de Cosas Inconventional?

³⁶ GRANADOS ALFONSO D. A., et al. JUSTICIA DISCIPLINARIA Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PARÁMETROS PARA EL DISEÑO DE UN ESQUEMA PROCESAL CONVENCIONAL. En: GÓMEZ PAVAJEAU J. H.; PINZÓN NAVARRETE & D. A. y ROA SALGUERO (1. ed., pp. 315 - 356). eds. Debates Fundamentales Sobre Derechos Disciplinario, Tomo V. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica., 2023. ISBN 9789584980120.

³⁷ DEFINICIÓN DE recurso extraordinario - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE [Anónimo]. Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española [página web]. [Consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://dpej.rae.es/lema/recurso-extraordinario>>.

4. EL CONSEJO DE ESTADO COMO TRIBUNAL COMPETENTE PARA DECRETAR EL ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL MEDIANTE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN Y SUS EFECTOS

Para dar inicio al presente título es menester señalar que se comparte la postura señalada por Moises Husai Prudencio al indicar que hasta el momento no hay una postura pacífica en materia doctrinal o jurisprudencial respecto a qué autoridad sería la competente para declarar un estado de cosas, en palabras del nombrado autor “se entendería si se puede partir en base al fundamento y protección de los D.D.F.F., cualquier órgano, en especial de aquellos que administran justicia, correspondería como parte de sus deberes, declarar el Estado de Cosas Inconstitucional, ya que a final de cuentas, dentro de las finalidades la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucionales lo que busca dentro de una de sus finalidades es la de garantizar la efectividad del derecho fundamentales que han sido masivamente lesionadas”³⁸

Dicho lo anterior, se propondrá entonces al Consejo de Estado como Tribunal competente para declarar el Estado de Cosas Inconvencional partiendo de que la competencia de la Corte Constitucional ha sido vedada en razón a la argumentación señalada como conclusión del título anterior, y esto deja al Consejo de Estado como el único tribunal de cierre que se ha reconocido en reiteradas ocasiones a sí mismo como juez convencional³⁹ (*), llegando inclusive tal como se verá más adelante a emitir sentencias estructurales actuando en dicha calidad, razón por la cual si se busca dar la condición de “tribunal convencional” a alguna autoridad judicial interna, sin duda alguna atendiendo su nivel jerárquico y el amplio andamiaje que le ha dado a una interpretación convencionalmente, la competente sin duda ha de ser esta alta corporación.

Realizada la anterior salvedad y abordada la posibilidad de alegar un vulneración a la CADH como argumento para decretar un estado de cosas, se procederá a enunciar cuatro aristas relevantes de cara a la propuesta aquí instaurada, i) la

³⁸ PRUDENCIO CONDOR, MOISES HUSAI. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE BARRANCA. PERIODO 2016-2017, p. 31. DSpace Home [página web]. (2020). [Consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/4230/MOISES%20HUSAI%20PRUDENCIO%20CONDOR.pdf?sequence=1>>.

³⁹ (*) Véase por ejemplo: Sentencia del 27/09/2013 de Exp. 19939, Auto del 17/10/2013 de Exp. 45679, Sentencia del 26/02/2015.

primera es la necesidad de una sentencia de unificación proferida por parte del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, **ii)** la segunda el hecho de que lo aquí propuesto ha sido realizado en dos ocasiones por parte de uno de los consejeros más destacados que ha tenido esta alta corporación, **iii)** la tercera sería delimitar las órdenes que debería de emitir el Consejo de Estado en esta sentencia y finalmente **iv)** la cuarta es establecer si los efectos de dicha sentencia podrían servir como sustento para solicitar una extensión de jurisprudencia ante la Procuraduría General de la Nación; todas aristas que serán abordadas posteriormente para dar paso a las conclusiones de la presente obra.

4.1 Necesidad y efectos de la declaración del estado de cosas mediante una Sentencia de Unificación sobre la restricción de Derechos Políticos por parte de la Procuraduría con efectos *erga omnes*

La necesidad de una sentencia de unificación de cara a la permisibilidad que vaya a otorgar la jurisdicción administrativa a las vulneraciones realizadas por parte de la Procuraduría General de la Nación al artículo 23° del Pacto de San José de Costa Rica es evidente, basta solo con tomar en consideración lo ocurrido en el mes de mayo de los corrientes para darse cuenta de semejante elefante blanco situado en los pasillos de la alta corporación; no obstante, la verdad es que esto no es totalmente ajeno al togado, como ejemplo de esto se tiene que la propia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se permitió de oficio en el año 2021 asumir el conocimiento de un recurso de apelación en el marco de quien fue electo alcalde de San Juan Bautista de Guacarí para el periodo conformado del 2004 al 2007 por la presunta implementación ilegal del presupuesto anual de rentas e ingresos y de gastos e inversión del municipio⁴⁰, asumiendo la competencia en dicho caso con el objetivo de proferir sentencia de unificación que de una vez por todas logre zanjar la distopía constitucional que tiene lugar en el marco del proceso disciplinario a funcionarios de elección popular.

La argumentación dada por parte del Consejo de Estado en dicha providencia se cimenta principalmente en que existen diversidad de pronunciamientos con consideraciones distintas frente a la potestad del Ministerio Público para

⁴⁰ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Auto 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-18) [en línea]. (22, abril, 2021) [consultado el 27, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/243/76001-23-33-000-2013-00305-01.pdf>>.

restringir derechos políticos, poniendo como ejemplo que a día de hoy existe ya una sentencia de unificación con fecha del 9 de agosto de 2016 donde se reconoce la potestad sancionatoria a la procuraduría frente a los funcionarios popularmente electos⁴¹, siendo decantado esto en el caso de Piedad Córdova; por otro lado en el 15 de noviembre de 2017 en el marco del caso adelantado ante esta corporación se limitó dicha potestad, haciendo la salvedad de que será competente siempre y cuando “la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de tal naturaleza”⁴².

A las posturas estudiadas en dicha sentencia se suma la interpretación dada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso *Petro Urrego vs. Colombia*, la cual “Aseguró que, en tanto la destitución e inhabilitación solo puede ser impuesta por un juez competente, previa condena en proceso penal”⁴³ y finalmente trae a colación lo dicho por la Corte Constitucional al indicar en sentencia C-86 de 2019 que la Procuraduría General de la Nación posee “la atribución para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los funcionarios públicos, incluso los elegidos popularmente, con excepción de aquellos amparados por el fuero”⁴⁴.

De lo antes mencionado se logra preceptuar entonces que el Consejo de Estado por medio de la Sentencia de Unificación que se está gestando busca de alguna manera unificar no solo los criterios de su misma corporación, sino también de alguna manera hacer lo debido con la Corte IDH y la Corte Constitucional y de alguna forma extender sus fallos más allá de una decisión con efecto inter partes, algo que sin duda alguna dista con lo dicho por el Tribunal Administrativo del Tolima al indicar que “el alto tribunal aclaró que la decisión judicial en la que se realiza control de convencionalidad produce efectos inter partes, pues no es el

⁴¹ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Auto 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-18) [en línea]. (22, abril, 2021) [consultado el 27, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/243/76001-23-33-000-2013-00305-01.pdf>>.

⁴² COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 110010325000 201400360 00 [en línea]. (15, noviembre, 2017) [consultado el 29, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/03/11001032500020140036000.pdf>>.

⁴³ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-18) [en línea]. (22, abril, 2021) [consultado el 30, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/03/11001032500020140036000.pdf>>.

⁴⁴ Ibid.

juez el competente para retirar del mundo jurídico las normas contrarias a la Constitución o a la Convención, pero sí está en la obligación, en cada caso, de velar porque el efecto útil de la convención no se vea restringido o anulado ante la aplicación de normas contrarias a sus postulados.”⁴⁵.

Es así que genera una notoria incertidumbre lo que está ocurriendo en el marco del proceso de unificación antes mencionado, toda vez que por lo visto el mismo apunta a la expedición de una sentencia con efecto *erga omnes*, contando con plena facultad para esto a criterio del suscrito, esto en el entendido de que tal como lo señaló el hasta este año presidente de la sección segunda William Hernández Gómez en el marco de la obra “Sentencias De Unificación De Contenido Laboral Sala Plena Y Sección Segunda Del Consejo De Estado” proferida por parte de la misma corporación, son cuatro los principios de la misión de unificación que recae sobre dicho tribunal, siendo estos principios “i) la igualdad de trato, ii) la seguridad jurídica y coherencia de las decisiones judiciales, iii) la confianza legítima y iv) el control de la actividad judicial”⁴⁶.

Frente al primero es menester señalar que de no realizarse lo aquí señalado posiblemente continuará habiendo decisiones contradictorias frente a las sanciones impuestas por la procuraduría a los funcionarios de elección popular, en lo que respecta al segundo basta con recordar lo ocurrido el 19 de mayo de 2023 frente a la admisión de los recursos extraordinarios de revisión para comprender que de no haber una intervención contundente por parte del Consejo de Estado esta inseguridad jurídica continuará perpetuando.

En lo que respecta al tercer punto, es dable comprender que según la Corte Constitucional “la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar”⁴⁷, bajo esta corriente de pensamiento, someter a los ciudadanos como titulares del derecho político a elegir quién le representará consagrado tanto en la Constitución como en la Convención Americana a una incertidumbre de cada a que el funcionario por quién votó para que le representara en el marco de una democracia participativa podrá ser destituido o no en cualquier momento

⁴⁵ COLOMBIA, IBAGUÉ. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA. Sentencia 73001-23-33-000-2019-00480-00. (15, junio, 2023).

⁴⁶ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. ed. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE CONTENIDO LABORAL, RECOLECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRASCENDENCIA. Compilado por Laura María Monroy Ochoa y Francisco Javier Vides Redondo. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, 2023. 294 p. ISBN 9789585570337.

⁴⁷ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131/04 [en línea]. (19, febrero, 2004) [consultado el 30, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-131-04.htm>>.

por parte de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que no existe una decisión unificada por parte del tribunal que se encargará de juzgar el caso en cuestión.

Para abordar el último punto es pertinente repetir la pregunta realizada por Rafael de Asís a finales del siglo pasado, cuando en virtud de la defensa de control de la actividad judicial se cuestiona si “¿Es posible que exista una tutela judicial efectiva de los derechos sin que los ciudadanos sepan que los tribunales van a resolver casos idénticos de manera idéntica, salvo causa suficientemente justificada?”⁴⁸, la respuesta a criterio de quien redacta las presentes líneas es que no, razón por la cual debe de ser ejercido este control por parte del Consejo de Estado mediante una sentencia cuyos parámetros resulten de obligatorio cumplimiento para los demás operadores judiciales.

Expuesto ya por qué la presente propuesta se logra adecuar a cada uno de los principios propios de la misión de unificación se buscará yuxtaponer toda la argumentación antes presentada con los parámetros legales que rigen lo atinente a las sentencias de unificación, para esto inevitablemente se debe acudir a los artículo 270° y 271° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que respecta al primero este señala que “Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación (...)”⁴⁹, por otro lado el segundo artículo es un poco más afín con temática aquí abordada, toda vez que según este, “Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial (...)”⁵⁰.

Preceptuado lo anterior, es dable señalar entonces que lo único reglado por parte del legislador frente a las sentencias de unificación jurisprudencial es que

⁴⁸ DE ASÍS ROING, Rafael. Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial. En: DOXA 15-16 [en línea]. Alicante, España.: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1994 [consultado el 28, agosto, 2023]. p. 925. Disponible en Internet: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10661/1/doxa15-16_46.pdf>.

⁴⁹ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011, Art. 270. [en línea]. (18, enero, 2011) [consultado el 24, agosto, 2023]. CPACA. Disponible en Internet: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>>.

⁵⁰ Ibid, Art. 271.

estas deben de obedecer a una razón de trascendencia social y a una necesidad de unificar jurisprudencia, situaciones que claramente se adecuan a lo que está ocurriendo con el juzgamiento disciplinario de funcionarios públicos democráticamente electos, además de que en contraposición con lo dicho por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de la norma no se logra avizorar limitación alguna por medio de la cual se pueda tan siquiera deducir que los efectos de las sentencias deben de tener un efecto netamente *inter partes*, por lo cual si bien es cierto se trataría de un pronunciamiento *sui generis*, la necesidad de emitir una sentencia estructural por medio de la cual se declare el estado de cosas inconventional y se den órdenes claras a las entidades competentes para que se logre superar dicho estado de cosas.

4.2 La emisión de sentencias estructurales por parte del consejo de estado cuando se presenta una “situación de cosas inconventional” como precedente aplicable a la propuesta

Lo primero a tomar en cuenta dentro de este acápite es que se debe de comprender qué es una sentencia estructura, para esto a criterio del suscrito no hay mejor definición que la expuesta por el abogado chileno Claudio Nash al periódico *Ámbito Jurídico* al señalar que:

Las sentencias estructurales permiten que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de derechos con un fuerte contenido prestacional, particularmente, respecto de aquellos grupos que han sido históricamente excluidos y discriminados, como mujeres, indígenas, niños, migrantes, desplazados, entre otros. Así mismo, estas sentencias cumplen un rol central para dar efectividad a los DD HH violados por la omisión de los órganos del Estado encargados de implementar políticas públicas para el cumplimiento de los derechos humanos.⁵¹

Ahora bien, aterrizando este concepto a los fallos proferidos por parte del Consejo de Estado, es dable retroceder hasta el año 2014, específicamente el día 10 de septiembre de dicho año, donde el en ese entonces Consejero Enrique Gil Botero se permitió emitir dos sentencias estructurales que versaban sobre hechos similares, en ambos se hacía alusión a que por parte del Instituto de

⁵¹ NASH, Claudio. El debate sobre las sentencias estructurales. En: Legis [en línea]. 12, noviembre, 2014 [consultado el 28, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>>.

Seguros Sociales se había generado “un contexto objetivo de abierto y grosero incumplimiento de los fallos condenatorios dictados en contra de la entidad acá demandada” y raíz de esto “la Sala se ve en la obligación jurídica, de orden convencional, de adoptar medidas para evitar que la garantía de los derechos de estos sujetos sea meramente ilusoria o artificiosa”⁵².

De la mano con la argumentación antes citada, vino también la puesta en conocimiento de dicha decisión por parte del presidente de la república quien en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa debía de tomar las medidas que fueren necesarias para que esta situación de cosas inconventional que se estaba presentando de cara al incumplimiento de “los estándares del sistema interamericano de derechos humanos para el cumplimiento material, oportuno, efectivo y eficaz de la sentencia judicial”⁵³, a esto se le suma que dentro del quinto punto resolutivo de la providencia, el Consejo de Estado se permite además de poner en conocimiento del Presidente la situación también señalar que “La Sala actuando como juez de convencionalidad hará el seguimiento necesario para el debido cumplimiento de esta providencia.”⁵⁴, siendo estas sentencias similares en total sentido a las emitidas por parte de la Corte Constitucional, solamente que se limitó la alta corporación a no decretar la situación de cosas inconventional, sino simplemente a promulgar sus efectos.

Tomando en cuenta lo antes mencionado es que se resalta que la propuesta que se busca fundamentar por medio del presente escrito no resulta desmedida bajo ninguna circunstancia toda vez que el Consejo de Estado dentro del ordenamiento jurídico colombiano ostenta según el artículo 237° numeral 2 de la Constitución Política la calidad de Tribunal Constitucional Residual, además según su propia jurisprudencia resultaría ser la autoridad judicial de mayor jerarquía que se reconoce a sí misma como defensora de un ordenamiento jurídico convencionalmente conforme, por lo tanto se podría decir que el consejo de estado en materia constitucional ostenta una función residual, pero en material de protección convencional se alza como el principal tribunal convencional del estado colombiano, dándose inclusive la posibilidad de emitir sentencias estructurales en materia de convencionalidad como las antes mencionadas, siendo esto un símil a lo ocurrido con la Corte Constitucional cuando empezó a decretar sus estados de cosas inconstitucional.

⁵² COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencias 73001-23-31-000-2001-01509-01(25909) y 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590). (10, septiembre, 2014).

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

4.3 Órdenes que deben ser emitidas en el marco de la sentencia que declare el estado de cosas inconvencional

Para efectos de la presente propuesta se partirá de que la declaración del estado de cosas puede llegar a presentarse en el marco del proceso cuyo auto para proferir sentencia de unificación fue dictaminado en el 2021, para esto se tendrá de presente que resulta necesario en primer momento vincular al Congreso de la República para que exponga los argumentos por medio de los cuales considera que hasta el momento no se presenta una violación por parte del ordenamiento jurídico y así mismo para que pueda ejercer su derecho a la defensa antes de la emisión de alguna orden por parte del Consejo de Estado.

Si bien es cierto puede considerarse que vincular a una entidad en sede de segunda instancia es algo inconcebible, la verdad es que atendiendo las necesidades del caso en concreto es algo que ya ha ocurrido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, verbigracia el proceso de acción de cumplimiento en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle en el cual el Consejo de Estado se permitió vincular en sede de segunda instancia al Consejo Superior de la Judicatura⁵⁵.

Dicho lo anterior debe entonces el Consejo de Estado como máximo tribunal convencional dentro del estado colombiano ordenar lo siguiente:

PRIMERO: Declarar que el proceso disciplinario aplicado a los funcionarios públicos de elección popular se encuentra en un estado de cosas inconvencional.

SEGUNDO: Se unifica la competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión y se decide sobre la convencionalidad de los actos administrativos proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la Ley 1952 de 2019 y la Ley 2091 de 2021, en los siguientes términos:

- La jurisdicción de los Contencioso Administrativo será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión que procede de oficio en los procesos donde el disciplinado ostente la calidad de funcionario de elección popular y aún se encuentre ejerciendo su cargo, esto con el objetivo de dejar sin efecto dichas decisiones.

⁵⁵ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 76001-23-33-000-2013-01286-01(ACU). (12, junio, 2014).

- Cualquier decisión emitida por una autoridad administrativa mediante la cual se restringen los derechos políticos de un funcionario público de elección popular será declarada nula en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debido a que son contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos.

El efecto de la decisión tomada en virtud de la nulidad de estos actos administrativos tendrá un efecto retroactivo parcial siendo aplicable únicamente a los actos administrativos que restringen derechos políticos a funcionario de elección popular que hayan sido emitidos después del 8 de julio de 2020 pese a que hayan sido estudiado previamente por la jurisdicción en sede de nulidad y restablecimiento del derecho siempre que no se haya nulitado dicho acto.

TERCERO: Declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos en primer momento por el Procurador Provincial de Guadalajara de Buga y en segunda instancia por la Procuradora Regional de Valle del Cauca los días 22 de mayo de 2012 y 31 de agosto del mismo año respectivamente.

CUARTO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que pague los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Exhortar al Congreso de la República para que en un término perentorio de dos años adecue en debida forma el proceso disciplinario aplicado a los funcionarios de elección popular con los parámetros establecidos en la sentencia de la Corte IDH en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, teniendo especial cuidado con lo consignado en el artículo 23 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SEXTO: Comunicar la presente decisión a los tribunales administrativos y a los coordinadores de los juzgados administrativos del país, para los efectos que consideren pertinentes, previas las constancias y anotaciones que sean menester.

Dicho lo anterior, esta es la propuesta que se realiza mediante la presente obra de cara a la decisión que se encuentra próxima a ser tomada por parte del Consejo de Estado mediante sentencia de Unificación, no obstante, de llegar a ser tomada en cuenta dicha prerrogativa ¿sería posible acudir a la figura de extensión de jurisprudencia en el marco de los procesos disciplinarios llevados a cabo en la actualidad por parte de la Procuraduría? Para responder este interrogante se realizará el siguiente título.

4.4 Posibilidad de acudir a la figura de extensión de jurisprudencia mediante la sentencia de unificación aquí propuesta

En el artículo 102° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se consigna la figura de la extensión de jurisprudencia, señalando dicho articulado que “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.”⁵⁶, no obstante esta no resulta ser una prerrogativa absoluta, es decir, no solo porque haya una sentencia de unificación *per se* se habilita la posibilidad de acudir a la figura de extensión de jurisprudencia toda vez que dicho procedimiento sólo está llamado a prosperar cuando las sentencias utilizadas como fundamento no posean algún tipo divergencia frente a lo dicho por la Corte Constitucional⁵⁷.

La anterior afirmación toma sustento en lo dicho por el Consejo de Estado al indicar que es necesaria una posición pacífica en la materia sobre la cual versa la postura de unificación, señalando así como requisito que “la jurisprudencia objeto de extensión no esté en abierta controversia con actuales sentencias de unificación de la sala plena del consejo de estado y de la corte constitucional”⁵⁸; por lo antes mencionado queda vedada la posibilidad de hacer uso de la figura en el panorama antes dicho puesto que la misma dista hasta cierto punto con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2023.

5. CONCLUSIONES

Se tiene como corolario de la presente obra que a día de hoy existe una contradicción entre los postulados constitucionales y legales que conforman el proceso disciplinario dirigido a los funcionarios públicos de elección popular frente a los parámetros internacionales extraídos tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que según las directrices del SIDH le está vedado

⁵⁶ CPACA, Art. 102, Op. cit.

⁵⁷ RIVANDENEIRA BERMÚDEZ, Rosember. Manual de procedimiento administrativo. 3a ed. Medellín, Colombia.: LIJURSÁNCHEZ, 2021. 139 p. ISBN 9585325890.

⁵⁸ COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Auto 2017-00164 [en línea]. (13, diciembre, 2019) [consultado el 29, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_924d5f330c184820bb6c13ae6f255cc3/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/auto-2017-00164-1030-2017-de-diciembre-13-de-2019>.

a una autoridad administrativa restringir derechos políticos, mientras que a los ojos del ordenamiento jurídico colombiano esto es algo totalmente válido.

Esta contradicción toma especial relevancia cuando se tiene en cuenta que desde la entrada en vigencia de la constitución de 1991 hasta el 31 de julio de 2023 han sido restringidos los derechos políticos de un total 7.601 funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación, razón por es una necesidad imperativa que lo antes posible se tomen las medidas necesarias para edificar un proceso disciplinario convencionalmente conforme.

En el marco de la necesidad antes mencionada surge como propuesta que el Consejo de Estado retome y así mismo renueve las facultades que se auto confirió en el año 2014 a la hora de señalar la existencia de una situación de cosas inconventional, siendo a utilizada la misma ahora bajo el nombre de “estado de cosas inconventional” en el marco de la sentencia de unificación que está próxima a proferirse por parte del Consejo de Estado frente a las facultades de la Procuraduría General de la Nación de cara a la restricción de derechos políticos de funcionarios democráticamente electos, siguiendo así los pasos de la Corte Constitucional al declarar los estados de cosas inconstitucional y planteando un punto de quiebre en el cual si no realiza un proceso disciplinario convencionalmente conforme, la totalidad de las sanciones impuestas por la procuraduría que contraríen el 23.2 de la CADH nunca nacerán a la vida jurídica en virtud de lo consignado en el artículo 238D del Código General Disciplinario.

Todo lo antes mencionado abre la posibilidad de materializar las propuestas de convencionalización proporcionadas por la doctrina especializada como lo llega a ser por ejemplo la creación de jueces disciplinarios abordada en una oportunidad previa en literatura de este mismo colegio por el semillero de derecho disciplinario y sancionatorio “Duban Arturo Granados”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CHAMOSA, María Lidia. Algo más sobre el control de convencionalidad por los funcionarios de la administración pública: estado de cosas inconventional. En: Revista electrónica de derecho administrativo venezolano n° 17-19/2019, p. 36 [en línea]. 2019. [Consultado el 29, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/Algo-mas-sobre-el-control-de-convencio-nalidad-María-Lidia-Álvarez-Chamosa.pdf>>.

CALDERÓN RODRÍGUEZ, Juan Sebastián. Derecho disciplinario: Retos y Perspectivas Contemporáneas. Organizado por David Alonso Roa Salguero. Bogotá D.C.: IBÁÑEZ, 2022. 166 p. ISBN 9789587917079.

- COLOMBIA. Constitución Política de Colombia 1991, artículo 1 [en línea]. (6, julio, 1991) [consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia Rad. 11001-03-25-000-2013-00561-00. (29, junio, 2023).
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Auto 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-18) [en línea]. (22, abril, 2021) [consultado el 27, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/243/76001-23-33-000-2013-00305-01.pdf>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-18) [en línea]. (22, abril, 2021) [consultado el 30, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.consejodeestado.gov.co/wpcontent/uploads/2018/03/11001032500020140036000.pdf>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. 13. Auto 11001-03-15-000-2023-00388-00 (580) [en línea]. (19, mayo, 2023) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <<https://franciscofajardoabogados.com/wp-content/uploads/2023/06/1.1.-AutoAdmiteRecursoExtraordinarioRevision.pdf>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. 9. Auto 11001-03-15-000-2023-00871-00 [en línea]. (19, mayo, 2023) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <<https://www.consejodeestado.gov.co/wpcontent/uploads/2023/Auto%20Procu.pdf>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO, SALA ESPECIAL DE DECISIÓN NÚM. 7. Auto 11001-03-15-000-2024-00293-00 [en línea]. (08, febrero, 2024) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/276/11001-03-15-000-2024-00293-00\(A\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/276/11001-03-15-000-2024-00293-00(A).pdf)>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-146/21 [en línea]. (20, julio, 2023) [consultado el 25, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-146-21.htm>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 101/18 [en línea]. [consultado el 27, julio, 2023]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-101-18.htm>>.

- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 174/21 [en línea]. (3, junio, 2021) [consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 559/97 [en línea]. [consultado el 27, julio, 2023]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 153/98 [en línea]. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131/04 [en línea]. (19, febrero, 2004) [consultado el 30, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-131-04.htm>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030/23 [en línea]. (16, febrero, 2023) [consultado el 07, junio, 2024]. Disponible en Internet: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-030-23.htm>>.
- COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CSJ, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5414 2018 [en línea]. (11, diciembre, 2018) [consultado el 25, julio, 2023]. Disponible en Internet: <<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/01/SC5414-2018-2013-00491-01.pdf>>.
- COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 176/56 Volumen II [en línea]. (26, julio, 1956) [consultado el 26 de julio de 2023]. Disponible en Internet: <
- Canosa Suárez, U. (2023). Interpretación constitucional y el exceso ritual. *Revistas ICDP*, (2). Recuperado a partir de <https://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/569>
- COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 406 [en línea]. (8, julio, 2023) [consultado el 26, julio, 2023]. Caso Petro vs Colombia. Párrafo 115. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf>.
- COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 221 [en línea]. (24, febrero, 2011) [consultado el 26, julio, 2023]. Caso Gelman vs Uruguay. Párrafo 193. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>.

COSTA RICA. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Tratado [en línea]. (22, noviembre, 1969) [consultado el 23, julio, 2023]. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Art. 2. Disponible en Internet: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>>.

Carrillo de la Rosa Y. La validez de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano. Rev. jurid. Mario Alario D’Filippo (Online) [Internet]. 15 de abril de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(32):131-55. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4761>

COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 253 [en línea]. (20, noviembre, 2012) [consultado el 27, julio, 2023]. CASO GUDIEL ÁLVAREZ Y OTROS (“DIARIO MILITAR”) VS. GUATEMALA. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf>.

COSTA RICA. CORTE IDH. Sentencia 184 [en línea]. (6, agosto, 2008) [consultado el 26, julio, 2023]. CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. MÉXICO. Párrafo 143. Disponible en Internet: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc

COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Auto 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-18) [en línea]. (22, abril, 2021) [consultado el 27, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/243/76001-23-33-000-2013-00305-01.pdf>>.

COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 110010325000201400360 00 [en línea]. (15, noviembre, 2017) [consultado el 29, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/03/11001032500020140036000.pdf>>.

COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencias 73001-23-31-000-2001-01509-01(25909) y 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590). (10, septiembre, 2014).

COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 76001-23-33-000-2013-01286-01(ACU). (12, junio, 2014).

COLOMBIA, BOGOTÁ D.C. CONSEJO DE ESTADO. Auto 2017-00164 [en línea]. (13, diciembre, 2019) [consultado el 29, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_924d-5f330c184820bb6c13ae6f255cc3/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/auto-2017-00164-1030-2017-de-diciembre-13-de-2019>.

COLOMBIA, IBAGUÉ. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA. Sentencia 73001-23-33-000-2019-00480-00. (15, junio, 2023).

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. ed. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE CONTENIDO LABORAL, RECOLECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRASCENDENCIA. Compilado por Laura María Monroy Ochoa y Francisco Javier Vides Redondo. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia, 2023. 294 p. ISBN 9789585570337.

DERECHO INTERACTIVO. Lo que quedó del recurso de revisión en el proceso disciplinario [video]. YouTube. (28, junio, 2023). [Consultado el 1, agosto, 2023]. 81:32 min. Disponible en Internet: <<https://www.youtube.com/watch?v=Eb9yP7rlMEw>>.

DE ASÍS ROING, Rafael. Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial. En: DOXA 15-16 [en línea]. Alicante, España.: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1994 [consultado el 28, agosto, 2023]. p. 925. Disponible en Internet: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10661/1/doxa15-16_46.pdf>.

DEFINICIÓN DE RECURSO EXTRAORDINARIO - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE [Anónimo]. Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española [página web]. [Consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://dpej.rae.es/lema/recurso-extraordinario>>.

ESTRASBURGO. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Application no. 73797/01 [en línea]. (15, diciembre, 2005) [consultado el 28, julio, 2023]. CASE OF KYPRIANOU v. CYPRUS. Párrafo 121. Disponible en Internet: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?-library=ECHR&id=001-71671&filename=CASE%20OF%20KYPRIANOU%20v.%20CYPRUS.docx&logEvent=False>>.

GRANADOS ALFONSO D. A., et al. JUSTICIA DISCIPLINARIA Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PARÁMETROS PARA EL DISEÑO DE UN ESQUEMA PROCESAL CONVENCIONAL. En: GÓMEZ PAVAJEAU J. H.; PINZÓN NAVARRETE & D. A. y ROA SALGUERO(1. ed., pp. 315 - 356). eds. Debates Fundamentales Sobre Derechos Disciplinario, Tomo V. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica., 2023. ISBN 9789584980120.

Peña Cuellar D, Vidal Lasso A, Buriticá Salazar A. El metaverso: un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. Rev. jurid. Mario Alario D'Filippo (Online) [Internet]. 7 de octubre de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(33):202-18. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4889>

PRUDENCIO CONDOR, MOISÉS HUSAI. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN

- LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS DE BARRANCA. PERIODO 2016-2017, p. 31. DSpace Home [página web]. (2020). [Consultado el 1, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<http://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/4230/MOISES%20HUSAI%20PRUDENCIO%20CONDOR.pdf?sequence=1>>.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional [en línea]. 2009. m. 12 [consultado el 29, julio, 2023], p. 174. Disponible en Internet: <<https://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>>.
- RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. El control de convencionalidad. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2014. 196 p. ISBN 9789583509872.
- RIVANDENEIRA BERMÚDEZ, Rosember. Manual de procedimiento administrativo. 3a ed. Medellín, Colombia.: LIJURSÁNCHEZ, 2021. 139 p. ISBN 9585325890.
- TRUCCO, MARCELO. Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno. En: SAIJ [en línea]. 2007. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070025-trucco-relaciones_entre_derecho_internacional.htm>.
- VIENA. Tratado Art. 26 [en línea]. (23, mayo, 1969) [consultado el 26, julio, 2023]. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Disponible en Internet: <[>.](http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XXII.htm#:~:text=Artículo%2026:%20\)
- VIZCARRA, A. E. V. La internacionalización de los Derechos Humanos. Lex Orbis, 1(1), 1-20. En UCV [en línea]. 2018. [Consultado el 27, julio, 2023]. Disponible en Internet: <http://revistas.ucv.edu.pe/index.php/lexorbis/article/view/1427>

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

LA NULIDAD RELATIVA POR RETICENCIA
EN EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA:
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DEBER
DE DILIGENCIA EN LA VERIFICACIÓN
DEL ESTADO DEL RIESGO

THE RELATIVE NULLITY DUE TO RETICENCE IN
LIFE INSURANCE CONTRACTS: JURISPRUDENTIAL
ANALYSIS OF THE DUTY OF DILIGENCE IN THE
VERIFICATION OF THE STATE OF THE RISK

[HTTPS://DOI.ORG/10.32853/01232479.v01.n01706](https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01706)

✉ María José Charris Castellón¹, ✉ Miguel Jair Caro Pérez²

✉ Natalia Tamarís Gutiérrez³, ✉ Sebastián Correa Moreno⁴

Recibido: 25 de julio de 2024 • **Aceptado:** 10 de septiembre de 2024 • **Publicado:** 7 de septiembre de 2026

¹ Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, sede Barranquilla. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena. Servidora judicial. E-mail: charrisma-riajose65@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-9956-1148>

² Abogado de la Universidad del Atlántico. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena. Servidor judicial. E-mail: migueljabogado@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-3609-3549>

³ Abogada y especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena. Servidora judicial. E-mail: nataliatamarisabogada@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-0661-1492>

⁴ Abogado y especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia. Servidor judicial. E-mail: sebastiancorrea9590@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-6684-031X>

Cómo citar este artículo:

Charris Castellón, M. J., Caro Pérez, M. J., Tamarís Gutiérrez, N. y Correa Moreno, S. (2025). La nulidad relativa por reticencia en el contrato de seguro de vida: análisis jurisprudencial del deber de diligencia en la verificación del estado del riesgo. *Revista del Instituto de Derecho Procesal*, 25-1, pp. 49-60. <https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01706>

RESUMEN

Este artículo se propone realizar un análisis jurisprudencial sobre la configuración de la nulidad relativa por reticencia cuando el asegurador no cumple con su deber de diligencia en la verificación del estado del riesgo, teniendo como objetivo primordial observar los cambios en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia utilizando como punto de apoyo la sentencia T-344 de 2024 en la que el Alto Tribunal realiza un recuento jurisprudencial extenso sobre las tesis que se han venido manejando, en las que concilia dos extremos contrapuestos, el primero, fundado en la sentencia C-232 de 1997, que establece que la aseguradora no debe verificar el estado del riesgo, pues la buena fe solo es predicable al tomador del seguro, y la segunda, que señala que la compañía aseguradora debe siempre verificar a través de exámenes médicos el estado del riesgo; para argumentar finalmente que la buena fe va en doble vía, tanto del tomador en comunicar de manera veraz el estado del riesgo, como del asegurador quien debe verificarlo, cuando advierta una inconsistencia que pueda afectar el contrato, escenario en el cual no podrá alegar la nulidad relativa por reticencia.

Palabras clave: *Contrato de seguro; deber de diligencia; nulidad relativa; reticencia; conocimiento presuntivo.*

ABSTRACT

This article aims to conduct a jurisprudential analysis regarding the configuration of relative nullity due to reticence when the insurer fails to fulfill its duty of diligence in assessing the state of risk. The primary objective is to observe the changes in the jurisprudence of the Constitutional Court and the Civil, Agricultural, and Rural Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice, using as a reference point the ruling T-344 of 2024, in which the High Court provides an extensive jurisprudential overview of the theses that have been developed. This analysis reconciles two opposing extremes: the first, based on ruling C-232 of 1997, which establishes that the insurer is not required to verify the state of risk, as good faith is only applicable to the policyholder; and the second, which asserts that the insurance company must always verify the state of risk through medical examinations. Ultimately, it argues that good faith operates in both directions—both for the policyholder, who must truthfully communicate the state of risk, and for the insurer, who must verify it when there is an inconsistency that could affect the contract, in which case it cannot claim relative nullity due to reticence.

Key words: *Insurance contract; duty of care; relative nullity; reticence; presumptive knowledge.*

1. INTRODUCCIÓN

El seguro es un contrato típico, que encuentra su regulación en los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio, el cual, aunque no da una definición expresa, sí establece sus características esenciales, esto es, que es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva; así mismo asigna claramente las partes que en él actúan, el tomador y el asegurador, siendo el primero una persona natural o jurídica que traslada un riesgo, y el segundo una persona jurídica que lo asume.

En este sentido, el riesgo asegurable, como uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, tiene como elemento esencial el principio de buena fe que debe tener el tomador al declarar el estado del riesgo, para así poder exigirle al asegurador que cuando éste se consume, pueda responder por el límite de lo asegurado, pues en caso contrario, el contrato terminaría por adolecer una nulidad relativa, consecuencia que se encuentra establecida en el artículo 1058 del Código de Comercio de la siguiente manera *“la reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen nulidad relativa del seguro”*. Y es que, aunque el tenor literal de la norma establece esta obligación de declarar verazmente el estado del riesgo únicamente en cabeza del tomador, la jurisprudencia ha adoptado diversas posturas sobre la diligencia de la aseguradora en la verificación, pues a fin de cuentas es ésta quien conoce qué tipo de condiciones son relevantes para decidir celebrar un contrato de seguro o celebrarlo con determinadas condiciones.

Todo ello, cobra especial importancia en la modalidad de los seguros de vida, el cual se ha definido como *“el negocio jurídico por medio del cual el asegurador, con fundamento en el pago efectivo de la prima (...), volitivamente designe un capital o conforme a las circunstancias una renta en caso de que se produzca la eventualidad atinente a la duración de la vida humana prevista en el contrato”* (Jaramillo, 2023, p. 169), lo cual exige aún más que la declaración del riesgo sea veraz pues aunque el contrato de seguros cumple una función social, esto solo sería posible *“si las aseguradoras asumen riesgos de forma responsable y controlada, pues de no hacerlo, se vería comprometida, no solo la seguridad financiera de los asegurados, sino también la estabilidad y solidez del sector asegurador, y consecuentemente, la salud financiera de las naciones”* (Ortiz, Ramírez & Zapata, 2023, p. 18).

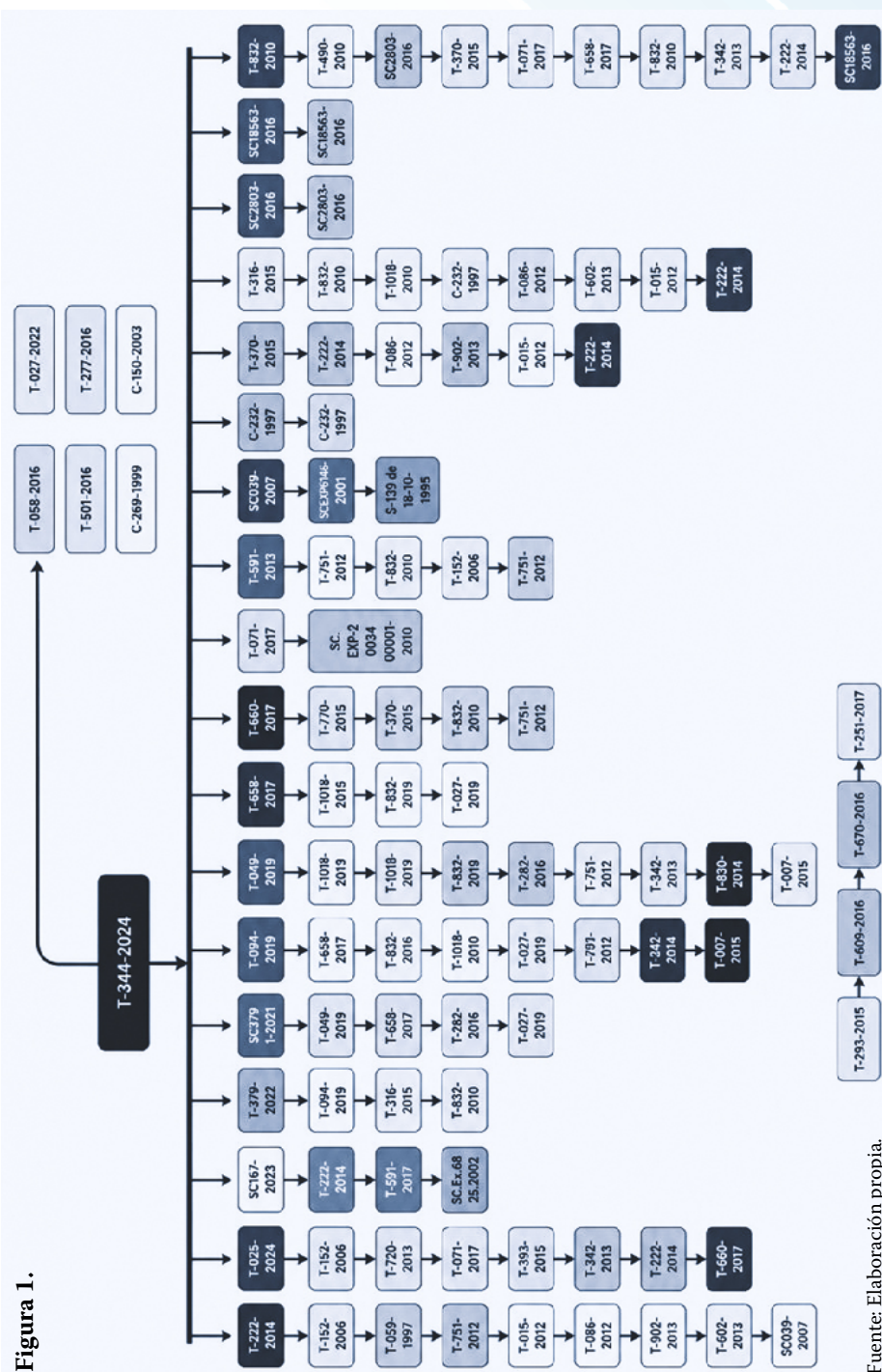
Bajo ese estado de cosas, el presente artículo centrará su estudio principal en el contrato de seguro de vida realizando un análisis jurisprudencial de las diferentes posturas que desde la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia se han adoptado a lo largo del tiempo sobre la procedencia de la nulidad relativa por reticencia en el contrato de seguro

de vida cuando la aseguradora omite su deber de diligencia en la verificación del estado del riesgo, teniendo como punto de partida la sentencia T-344 de 2024, que realiza un recuento de las variaciones que ha tenido la jurisprudencia sobre este tema, especialmente a partir de la sentencia C-232 de 1997, que estudió precisamente la constitucionalidad del artículo 1058 del Código de Comercio, determinando que la carga de declarar sinceramente la tiene el tomador, postura que ha sido modificada con el transcurrir de los años imponiéndole ahora cargas a la entidad aseguradora, quien hoy debe constatar la veracidad de la información aportada por el tomador, so pena de que sea aplicada la regla de conocimiento presuntivo, bajo la cual el asegurador ha tenido la posibilidad de constatar el estado del riesgo, pues hay elementos que lo invitan a pensar que existe diferencia entre la información brindada y la realidad, y finalmente omite adelantarlas.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DEBER DE DILIGENCIA EN LA VERIFICACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO

El Código de Comercio señala que uno de los elementos esenciales del contrato de seguro lo constituye el riesgo asegurado, el cual está definido en el artículo 1054 como *“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”*, de lo que se extrae que su principal característica la configura la incertidumbre, pero en un estadio intermedio, esto es, *“entre la posibilidad y la certeza, posible de graduar”* (Vigil, 2022, p. 157); es por ello que en el artículo 1058 de esta misma ley se establezca que el *“tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador”*, puesto que al haber inexactitud o reticencia se está desfavoreciendo a una de las partes que es quien debe asumir los riesgos, por lo que la misma norma trae consigo una solución para cuando esto ocurra, que es la nulidad relativa del contrato de seguro.

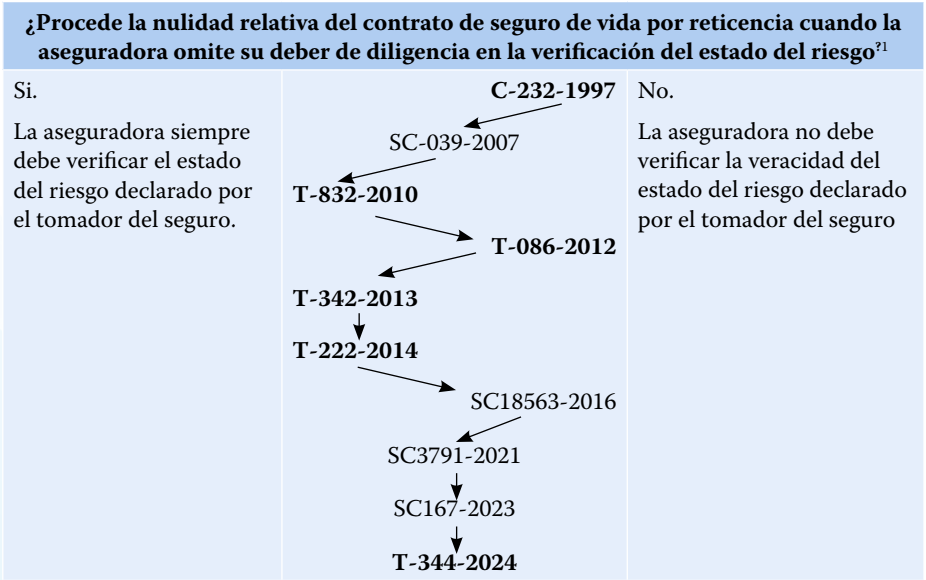
Y es que no puede negarse que la alteración del riesgo, por ejemplo, al configurarse el siniestro por una situación diferente a la declarada, genera un desequilibrio entre las partes, puesto que la aseguradora no conocía este hecho al celebrar el contrato. No obstante, la misma ley en el último inciso de este artículo establece que *“si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias que sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”*, la sanción derivada de la nulidad relativa no es aplicable, por lo que, en una interpretación exegética de la norma emergería claro que el ente asegurador tiene la obligación de verificar el estado del riesgo



antes de la celebración del contrato, por lo que en caso de omisión el contrato no tendrá vicio alguno; sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme al decantarse en esta postura, puesto que han existido posiciones contrapuestas en la Corte Constitucional y en la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia a lo largo del tiempo y aquella se ha decantado por una posición intermedia conciliando ambos extremos como se verá más adelante.

Para iniciar con el estudio jurisprudencial sobre el tema se utilizó como punto arquimédico de apoyo la sentencia T-344 de 2024, que es la providencia más reciente de la Corte Constitucional en analizar el deber de diligencia en la verificación por parte de la aseguradora y sus efectos; de la cual se obtuvieron veinticinco sentencias citadas, en las que se descartaron seis por no relacionarse en sus fundamentos fácticos y jurídicos con el tema de estudio, y se analizaron diecinueve que conforman el siguiente nicho citacional. (Figura 1)

De lo anterior, se verificaron once sentencias hito, esto es, que tienen un peso fundamental dentro de la línea jurisprudencial que evidencian los cambios de postura en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera. (Figura 2)



Fuente: Propia

¹ Para mayor entendimiento de la gráfica las sentencias de la Corte Constitucional se encuentran en color rojo y las de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia en color azul.

Del estudio jurisprudencial realizado se encuentra que la sentencia fundadora de línea es la C-232 de 1997 en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 1058 del Código de Comercio en donde se estableció como regla de derecho que *“aseverar que el contrato de seguro es uberrimae bona fidei contractus, significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo”*, lo que quiere decir que un quebramiento a la buena fe máxima del tomador dará como ineludible resultado la nulidad relativa del contrato, reconociendo que para la aseguradora existe una correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, por lo que supedita el contrato a la honradez del tomador y la conducta de buena fe, en su máxima expresión.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-039 de 2007 desarrolló una posición distinta al precedente de la Corte Constitucional para la fecha, de tal manera que no solo era suficiente el componente subjetivo, sino que debía analizarse si objetivamente hubo omisión al deber de información, considerando indiferente si hubo culpa o dolo en el actuar del tomador, pues si este ha de manifestar lo que considera pertinente elimina la eventual sanción de nulidad, compartiendo esa carga con el asegurador a quien corresponde una *“máxima diligencia”*, ejemplo de ello era, realizar valoraciones necesarias que le permitieran adecuar la ponderación del riesgo. Para el Alto Tribunal existen circunstancias determinadas por el legislador que, impulsados por el equilibrio contractual le traen freno al rehúso del cumplimiento de la obligación por la ausencia de sinceridad en la información, impidiendo excusarse de toda falta fidedigna del solicitante del seguro para beneficiarse con la nulidad del contrato, no siendo este el fin de la norma.

En este punto, empieza a tomar fuerza el conocimiento presuntivo del estado del riesgo por reticencia, suponiendo el reconocimiento de hechos que un asegurador diligente habría percibido con sus diligencias en la etapa pre negocial del acuerdo de voluntades, y, frente a ello solicitar la nulidad del contrato por reticencia o inexactitud en la información aportada.

Más adelante, en la sentencia T-832 de 2010 la Corte Constitucional reconceptualiza la línea, discutiendo de manera tímida y no tan profunda, la tesis de endilgar la única responsabilidad de ubérrima buena fe al tomador del contrato, reiterando pronunciamientos en los que se mencionan límites constitucionales a la libertad contractual en el ejercicio de las actividades que involucran un interés público, y recordó que el contrato de seguro debe responder al ejercicio de libertad económica que debe desarrollarse dentro de los límites del bien común encaminado a la materialización del bienestar general de la comunidad; por ello,

un despliegue en la actividad comercial diligente por la entidad aseguradora con el fin de determinar el estado de salud del tomador, le permitiría indicar desde un principio exclusiones y preexistencias del contrato, argumentando en el caso bajo estudio que la entidad aseguradora no podía negarse a cubrir el riesgo aduciendo que la enfermedad que ocasionó la siniestro fue anterior a la celebración del contrato, pues *“fue negligente al omitir realizar los respectivos exámenes médicos o exigir la entrega de unos recientes, para así determinar el estado de salud de la peticionaria”*.

No obstante, dicha tesis no continuó por mucho tiempo en la Corte Constitucional, puesto que con la sentencia T-086 de 2012, se volvió a la tesis inicial determinando que el asegurado debe declarar con total sinceridad los hechos y circunstancias que definen su estado de riesgo, ya que esta información es fundamental para la contratación con el asegurador, por lo que si se presentan reticencias o inexactitudes en la declaración, y estas hubieran podido disuadir al asegurador de contratar, se produce la nulidad relativa del contrato. Por lo tanto, el asegurado tiene la obligación de informar sobre cualquier dolencia existente antes de la celebración del contrato, pues en caso de ocultamiento o errores se genera la nulidad relativa del contrato de seguro.

Al año siguiente en la sentencia T-342 de 2013, la misma Corporación modificó su postura considerando, como en la sentencia T-832 de 2010, que la aseguradora al omitir la realización de los respectivos exámenes médicos o exigir la entrega de unos recientes para determinar el estado de salud del asegurado, ocasiona que pierda la posibilidad de alegar la nulidad del contrato de seguro por reticencia, pues *“ello evidentemente coloca al actor en un estado de indefensión frente a la aseguradora”*, al alegar que aquel omitió la verdad en su declaración del estado de riesgo.

Lo anterior, fue consolidado por la Alta Corte en el fallo T-222 de 2014, al nuevamente determinar, aunque de manera más contundente, que la aseguradora no puede decretar la nulidad del contrato si no practicó exámenes médicos al asegurado que permitieran verificar realmente su estado de riesgo. Se precisó que en el caso analizado, la compañía aseguradora no cumplió con su deber de exigir un examen médico para establecer la onerosidad del seguro o decidir su no celebración, por lo que se concluyó que la aseguradora no cumplió con un mínimo deber de diligencia, reiterando su posición adopta en la T-832 de 2010 frente a la responsabilidad de las aseguradoras de realizar las diligencias necesarias para evaluar adecuadamente la salud del tomador del seguro antes de la celebración del contrato, pues la falta de cumplimiento de estas obligaciones impide que esta pueda alegar la nulidad del contrato basándose en la falta de información proporcionada por el asegurado.

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC18593 de 2016 modifica su postura respecto al deber de diligencia en la verificación del estado del riesgo de la aseguradora reinterpretando el principio de uberrima buena fe estableciendo que *“el tomador está en la obligación legal de informar sinceramente el estado del riesgo; que la aseguradora no tiene el deber, sino la facultad, de confirmar los datos que son ese fin aquél le suministre”*, por lo tanto, dicha máxima sólo se puede predicar del tomador del seguro y los datos que él suministre, que de ser contrarios a la verdad dan como resultado la nulidad relativa por reticencia.

Sin embargo, en la sentencia SC3791-2021 hubo una reconceptualización de la línea en donde estableció que la buena fe debe ser en doble vía, tanto para el tomador, en declarar de forma verdadera el estado del riesgo y del asegurador al realizar las diligencias de verificación e investigación citando para ello la sentencia T-222 de 2014; de modo que la nulidad relativa por reticencia alegada por el asegurador se permite en casos excepcionales y de ninguna manera puede *“originarse en el conocimiento real o presunto de la aseguradora acerca del estado del riesgo. Tampoco cuando convalida o acepta los vicios en forma expresa o tácita”*, por lo que si el asegurador después de diligenciado el formulario tiene alguna duda sobre el estado del riesgo debe valorarlo a fin de decidir si realiza o no exámenes médicos.

Dicha postura fue consolidada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SC167 de 2023, en donde se realizó un recuento de las subreglas decantadas por la jurisprudencia con relación a la configuración de la reticencia e indicó que la aseguradora por ser un profesional en el ramo de los seguros debe obrar con diligencia en la verificación del estado del riesgo señalando contundentemente que *“no basta que se conforme con la declaración de asegurabilidad del tomador, cuando la naturaleza del riesgo solicitado le impone la carga de conocer cierta información, o si en el contexto de cada caso específico, se presentan circunstancias que permitan conocer, o si quiera advertir el verdadero estado del riesgo”*. Así entonces, el conocimiento presuntivo preserva el equilibrio del contrato pues, al mismo tiempo que le exige al tomador comunicar de manera cierta y veraz el estado del riesgo, también le impone al asegurador tomar las medidas necesarias cuando en el caso concreto se presenten situaciones que le impongan una carga de verificación que podría hacer más oneroso el contrato o que definitivamente puede hacer que se releve de celebrarlo.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-344 de 2024 replica la postura tomada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia haciendo un recuento completo de todas las tesis que se han manejado alrededor

de las dos Corporaciones, decantando finalmente que *“la aseguradora tiene un deber de debida diligencia para determinar el verdadero estado del riesgo, cuyo incumplimiento impide alegar la nulidad”*, trayendo a colación que se presume que la aseguradora conocía los vicios de la declaración de no demostrar las diligencias de comprobación del estado del riesgo, que pueden ser (1) realizar exámenes médicos, (2) solicitar exámenes, certificados médicos recientes o copia de la historia clínica o (3) consultar directamente la historia clínica, para lo cual requiere autorización; de no hacerlo entonces, se aplica la regla del conocimiento presuntivo sin poder alegar la nulidad relativa por reticencia.

3. CONCLUSIONES

A partir de lo anterior, se concluye que la Corte Constitucional al interpretar el artículo 1058 del Código de Comercio optó por una postura restrictiva destacando que la obligación de declarar fielmente el estado del riesgo era únicamente del tomador, esto, se le exigía la máxima buena fe. No obstante, en el período de 2010 a 2014 -teniendo un pequeño cambio en 2012-, en procura de la protección de derechos fundamentales le impuso cargas al ente asegurador sobre la verificación del estado del riesgo en todos los casos.

Contrario sensu, la Sala Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia desde 2007 y hasta el 2023 teniendo un pequeño cambio de criterio en 2016, tomó una postura intermedia, en la cual interpreta el principio de la buena fe en doble vía, tanto del tomador en declarar fielmente el estado del riesgo, como en la aseguradora en verificar el verdadero estado del riesgo, quien en caso de desatender esta obligación, no puede alegar la nulidad relativa por reticencia preservando con ello el equilibrio contractual.

Es así, como la Sala Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, a diferencia de la Corte Constitucional, mantuvo una línea un poco más sólida y sin mucho viraje frente al deber de indagación de la aseguradora al verificar el estado de riesgo, cuyo análisis fue más detallado respecto a los deberes y cargas de ambas partes contractuales, pues emerge claro, en nuestra opinión que es esta la llamada a interpretar de la manera más razonable disposiciones del Código Civil, preservando con ello instituciones tales como el contrato de seguro, pues, como se vio el máximo órgano constitucional distorsionó estas figuras en procura de la defensa de los derechos fundamentales. No obstante, a pesar de las diferencias antes anotadas, lo cierto es que actualmente existe una conciliación de las posturas entre ambos Órganos de cierre dictaminando que la aseguradora tiene el deber de debida diligencia para determinar el verdadero estado del riesgo, cuyo incumplimiento impide que se configure la nulidad relativa del

contrato por reticencia, trayendo a colación que se presume que aquella conocía los vicios de la declaración al no demostrar las diligencias de comprobación del estado del riesgo y recalando que la máxima buena fe que se debe a los contratos de seguro va en doble vía.

Tal postura, a nuestro juicio, se presenta como justa y equilibrada en relación con la esencia del contrato de seguro. Esta perspectiva, sin duda, beneficia a los usuarios del seguro de vida, ya que al imponer a la aseguradora la obligación de verificar el estado de riesgo declarado por el tomador, se alinean sus funciones comerciales y cuando el riesgo asegurado se materialice, la aseguradora no pueda escudarse indiscriminadamente en la figura de la reticencia, alegando que el asegurado no fue veraz al declarar su estado de riesgo.

REFERENCIAS

- Iduate, A. V. (2022). *La delimitación del riesgo y el principio indemnizatorio*. Obtenido de Ibero-Latinoam. Seguros. Vol. 31 (57): <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/36373/28803>
- J., C. I. (2022). *La modificación del Estado del riesgo en el contrato de seguro*. Obtenido de Ibero-Latinoam. Seguros. Vol. 31 (56): <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/download/36012/28050/143936>
- J., C. I. (2024). *El seguro sobre la vida. Aspectos neurálgicos*. Obtenido de Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, 149-190: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/38211>
- Juan David Ortiz Muñoz, D. S. (2023). *La aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en el contrato de seguro de vida y su función social*. Obtenido de <https://vitela.javerianacali.edu.co/server/api/core/bitstreams/566db6cb-e79a-4674-8255-f1d5850d7e33/content>
- MP. Álvaro Fernando García Restrepo, SC18563 de 2016 (Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia 16 de 12 de 2016).
- MP. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-344 de 2024 (Corte Constitucional 21 de 08 de 2024).
- MP. Jorge Arango Mejía, Sentencia C-232 de 1997 (Corte Constitucional 15 de mayo de 1997).
- Botero A, Gamboa S, Valdivieso K. Reflexiones sobre la inteligencia artificial aplicada a la administración de justicia. Rev. jurid. Mario Alario D'Filippo (Online) [Internet]. 7 de octubre de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(33):160-83. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4887>

- Carrillo de la Rosa Y. La validez de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano. Rev. jurid. Mario Alario D’Filippo (Online) [Internet]. 15 de abril de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(32):131-55. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalario-dfilippo/article/view/4761>
- Canosa Suárez U. Interpretación constitucional y el exceso ritual. No. 40 [Internet]. 26 de agosto de 2023 [citado 31 de diciembre de 2024];(2). Disponible en: <https://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/569>
- Peña Cuellar D., Vidal Lasso A., Buriticá Salazar A. El metaverso: un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. Rev. jurid. Mario Alario D’Filippo (Online) [Internet]. 7 de octubre de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024]; 16(33): 202-18. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4889>
- MP. Luis Armando Tolosa Villabona , SC3791 de 2021 (Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia 01 de 09 de 2021).
- MP. Luis Ernesto Vargas Silva, T-222 de 2014 (Corte Constitucional 02 de abril de 2014).
- MP. Martha Patricia Guzmán Álvarez, SC167 de 2023 (Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia 11 de julio de 2023).
- MP. Nilson Pinilla Pinilla, T-832 de 2010 (Corte Constitucional 21 de octubre de 2010).
- MP. Nilson Pinilla Pinilla, T-342 de 2013 (Corte Constitucional 13 de junio de 2013).

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

LEGITIMACIÓN DEL CÓNYUGE Y COMPAÑERO
PERMANENTE PARA DEMANDAR LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS CELEBRADOS POR EL OTRO

LEGITIMACY OF THE SPOUSE AND PERMANENT
PARTNER TO SUE THE LEGAL TRANSACTIONS
ENTERED INTO BY THE OTHER

[HTTPS://DOI.ORG/10.32853/01232479.V01.N01708](https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01708)

Shelsyn Ximena Agudelo Suárez¹, Marco Antonio Díaz Bolaño²
Janny Del Socorro Guilloth Polo³, Jennifer Johanna Juvinao Borja⁴

Recibido: 23 de julio de 2024 • **Aceptado:** 12 de septiembre de 2024 • **Publicado:** 7 de septiembre de 2026

- ¹ Abogada Titulada de la Universidad del Magdalena, Oficial Mayor de Juzgado de Pequeñas Causas de Santa Marta, con estudios de posgrado en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena y diplomado en conciliación en derecho y un año de experiencia en la Rama Judicial. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0975-4511> E-mail: shelsynagudelo0309@gmail.com
- ² Abogado Titulado Universidad del Atlántico, con estudios en posgrados en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Colombia, en Derecho Aduanero y Cambiario en Universidad Externado de Colombia, en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena, y veinticinco años de experiencia como asesor y litigante en negocios civiles, laborales y administrativos. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-8721-4289> E-mail: marcodia523@gmail.com
- ³ Abogada Titulada, Universidad del Atlántico, Juez de Pequeñas Causas y Competencias Múltiple de Barranquilla con más de veintitrés años de experiencia en la Rama Judicial, con estudios de Posgrados en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre y Postgrado en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4504-115X>, E-mail: Jannyguilloth01@hotmail.com
- ⁴ Abogada Titulada de la Universidad el Magdalena, conciliadora en derecho egresada de la Fundación Liborio Mejía, conciliadora adscrita al centro de Conciliación TALID, Abogada litigante con más de diez años de experiencia en procesos Civiles, laborales, administrativos. Posgrado en Derecho Procesal de la Universidad del Magdalena, Socia y Fundadora de la H&J abogados Asociados S.A.S. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5412-2195> E-mail: Juvinaojuridico@gmail.com

Cómo citar este artículo:

Agudelo Suarez, S. X., Díaz Bolaño, M. A., Guilloth Polo, J. del S., Juvinao Borja, J. J. (2025). Legitimación del cónyuge y compañero permanente para demandar los negocios jurídicos celebrados por el otro. *Revista del Instituto de Derecho Procesal*, 25-1, pp. 61-76. <https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01708>

RESUMEN

La interpretación jurídica en el desarrollo jurisprudencial respecto al ejercicio de los derechos patrimoniales de las partes en la sociedad conyugal ha trascendido el derecho civil - familia y su temática procesal, conllevando a discusiones relativas a la legitimación de los cónyuges para hacer efectiva su facultad de protección del haber social, frente a los actos de defraudación. Los conceptos de “vigencia” y “latencia” de la comunidad de bienes existentes, han generado en la línea del tiempo diversas posiciones jurídicas relacionadas con la administración de los bienes y el momento preciso en el cual se pueden atacar judicialmente los negocios desarrollados por el otro cónyuge, cuando obre en detrimento de la sociedad conyugal; esta variación en la jurisprudencia conlleva a un análisis jurídico de las acciones otorgadas a las partes durante y posterior a la disolución de la sociedad conyugal, debate que igualmente se ha trasladado a la esfera de los compañeros permanentes. En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se han abordado diversos escenarios, que incluso han presentado diferencias en tratándose de tutela o casación, evidenciando variados cambios de postura que obedecen a los retos y necesidades de la sociedad colombiana.

Palabras claves: legitimación, sociedad conyugal, sociedad patrimonial, vigencia, latencia, defraudación, disolución.

ABSTRACT

The legal interpretation in the jurisprudential development regarding the exercise of the patrimonial rights of the parties in the conjugal partnership has permeated the civil - family law and its procedural theme, leading to discussions regarding the legitimacy of the spouses to make effective their power to protect the social assets, against acts of fraud. The concepts of “validity” and “latency” of the community of existing assets have generated in the timeline various legal positions related to the administration of assets and the precise moment in which the businesses developed by the other spouse can be judicially attacked when they act to the detriment of the conjugal society; This variation in jurisprudence leads to a legal analysis of the actions granted to the parties during and after the dissolution of the conjugal partnership, a debate that has also been transferred to the sphere of permanent partners. In the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, different scenarios have been addressed, without a solid criterion of the matter having been built so far, presenting different changes of position that obey the challenges and needs of Colombian society.

Keywords: legitimation, marital partnership, patrimonial partnership, validity, dissolution.

1. INTRODUCCIÓN

La legitimación en la causa es un presupuesto sustancial que permite reconocer al sujeto autorizado para intervenir en el proceso judicial, definido por Devis Echandía⁵ como las condiciones o cualidades subjetivas que facultan a la parte para pretender una declaración judicial concreta, o como la titularidad de lo que se discute en el litigio, esto desde el componente activo, y la legitimación por pasiva como el interés a ser el llamado a controvertir la pretensión del accionante.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia⁶, viene sosteniendo que la “legitimación en la causa” es presupuesto indispensable para la procedencia de la pretensión, es decir, como condición de la acción judicial, considerada incluso como una cuestión propia del derecho sustancial, pues alude a la materia debatida en el litigio.

Particularmente en lo que se refiere a los procesos de simulación entre cónyuges y/o compañeros permanentes, se presentan diferentes escenarios donde se discute el momento mismo en que surge el interés para su demanda, y que, en el caso de los cónyuges o compañeros, se ha propendido desde las altas cortes por un ejercicio amplio de dicha acción, para que estos no se encuentren desprovistos de herramientas jurídicas para su defensa.

Por ello, con una visión analítica de la vigencia de la sociedad conyugal y patrimonial, la diferencia entre el momento de formación de estas y la posibilidad de reclamo y renuncia de gananciales, sumando a la resignificación del concepto de libre administración de bienes, son diferentes los escenarios en que ahora se permite la actuación de los cónyuges o compañeros permanentes para la defensa de la universalidad de bienes de la sociedad, y que anteriormente eran desechados hasta tanto no se disolviera efectivamente las mismas, no obstante, este planteamiento ha variado la solución concreta en diferentes oportunidades, siendo este más restrictivo en algunos escenarios.

En este sentido, esta investigación adopta el siguiente problema jurídico ¿El cónyuge o compañero permanente ostentan legitimación en la causa para demandar la simulación de los actos jurídicos realizados por el otro en perjuicio

⁵ DEVÍS ECHANDÍA, H. Nociones generales del derecho procesal civil. Madrid: Aguilar, 1966. p. 560

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1995). Sentencia SC de 14 de agosto de 1995, Rad. 4628. Reiterado en CSJ SC, 26 de julio de 2013, Rad. 2004-00263-01; SC 16669-2016, rad. 11001-31-03-027-2005-00668-01; y STC 11358-2018 Rad. 642509.

de la sociedad conyugal o patrimonial, mientras estas no se han disuelto ni están en proceso de ello? Este interrogante se despejará a partir de un estudio que emplea la técnica de línea jurisprudencial, ingeniería de reversa y nicho citacional frente a las diferentes variaciones de la jurisprudencia pretendiendo determinar cuál es el criterio imperante en el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y definir cuál es la regla o tendencia jurisprudencial actual en la temática bajo estudio.

2. DESARROLLO Y DISCUSIÓN

Partiendo de la ley, se tiene que la sociedad conyugal, entendida como la comunidad de bienes entre cónyuges que surge al momento del matrimonio (Ley 57 de 1887, art. 1781)⁷, y la sociedad patrimonial como la comunidad de bienes entre compañeros formada una vez iniciada la convivencia (Ley 54 de 1990, art. 2)⁸, tienen vital importancia en el desarrollo de la protección a la familia como núcleo de la sociedad⁹. En virtud de ello, desde el derecho comparado se ha resaltado la relevancia de su estudio bajo el propósito de “asegurar la protección legal y económica de los derechos de ambos cónyuges”^{10 11}.

Es por lo anterior que el legislador ha buscado crear un marco de protección al factor económico de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano, entre los cuales se puede citar la ley 28 de 1932 “Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)”, que incluye preceptos sobre la libre administración de los bienes que integran el haber social, así como el título veintidós del libro cuarto del Código Civil sobre la sociedad conyugal, junto con la ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

⁷ Ley 57 de 1887. Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial, Bogotá, 29 de diciembre de 1887. Artículo 1781 y ss.

⁸ Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. (1990). Congreso de la República de Colombia.

⁹ República de Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Bogotá: Imprenta Nacional; 1991. Artículo 42.

¹⁰ BUSTAMANTE CÁCERES, Giancarlo. La sociedad conyugal y su rol clave en el desarrollo del derecho familiar contemporáneo. *Epistemia, Revista Científica*, 2024, 8. P.80

¹¹ Igualmente puede estudiarse: BARRAGAN J. A. (s.f.). *Ocultamiento de bienes para defraudar a la sociedad conyugal*. Universidad Libre de Colombia.

En dichos escenarios normativos, se prevé la libre administración de bienes¹², la cual en la antigüedad se manejaba estrictamente en cabeza del hombre, pasando a ser entendida como una facultad de disposición responsable, la cual no implica arbitrariedad, sino a una organización tendiente al mejor funcionamiento y proveer de la sociedad; así las cosas, el artículo primero de la ley 28 de 1932 consagra:

“Artículo 1º. Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación”¹³.

No obstante, de la redacción de dicha norma, al consignar efectos patrimoniales al momento de la liquidación de la sociedad, se han generado múltiples debates en la doctrina y la jurisprudencia, llegando a considerarla en un estado de “*latencia*” a espera de hacerse efectiva con la disolución y liquidación¹⁴, lo cual fue manifestado en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema de Justicia (2003)¹⁵ y si bien sentencia SC 4855 de 2021¹⁶, respecto a la vigencia de la sociedad conyugal, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria señaló:

¹² Frente a esta temática puede leerse: GUTIERREZ S., Carlos Enrique. Guía práctica de los aspectos patrimoniales de la relación de pareja. Universidad Externado de Colombia. 2012., en la cual se ponen de presente los regímenes patrimoniales del matrimonio y la unión marital de hecho, así como la concepción del estado de latencia de las respectivas sociedades, aspecto estudiado en esta investigación.

¹³ República de Colombia. (1932). Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio). Ley 28 de 1932. Diario Oficial, Bogotá.

¹⁴ Al respecto puede verse: LOPERA B., Cecilia. *La Sociedad Conyugal como ficción legal y el riesgo de una apuesta aleatoria*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 53, No.138. 2023. P.1, quien al exponer algunas de las particularidades de la sociedad conyugal, expone que esta se encuentra en estado de “*latencia*”, hasta el momento de su disolución.

¹⁵ Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente No. 7593. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 4855 de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

“El adjetivo “vigente”, denota una comunidad de bienes presente, en ejecución, en tanto, si se tiene nacida hasta el momento de su disolución, cuando igualmente muere, las prohibiciones dichas no tendrían aplicación. Las sociedades conyugal o patrimonial con efectos concretos, no en potencia, nacen desde el matrimonio o cuando se conforma y consolida la unión marital de hecho, y perviven o permanecen, en general, durante su existencia.”

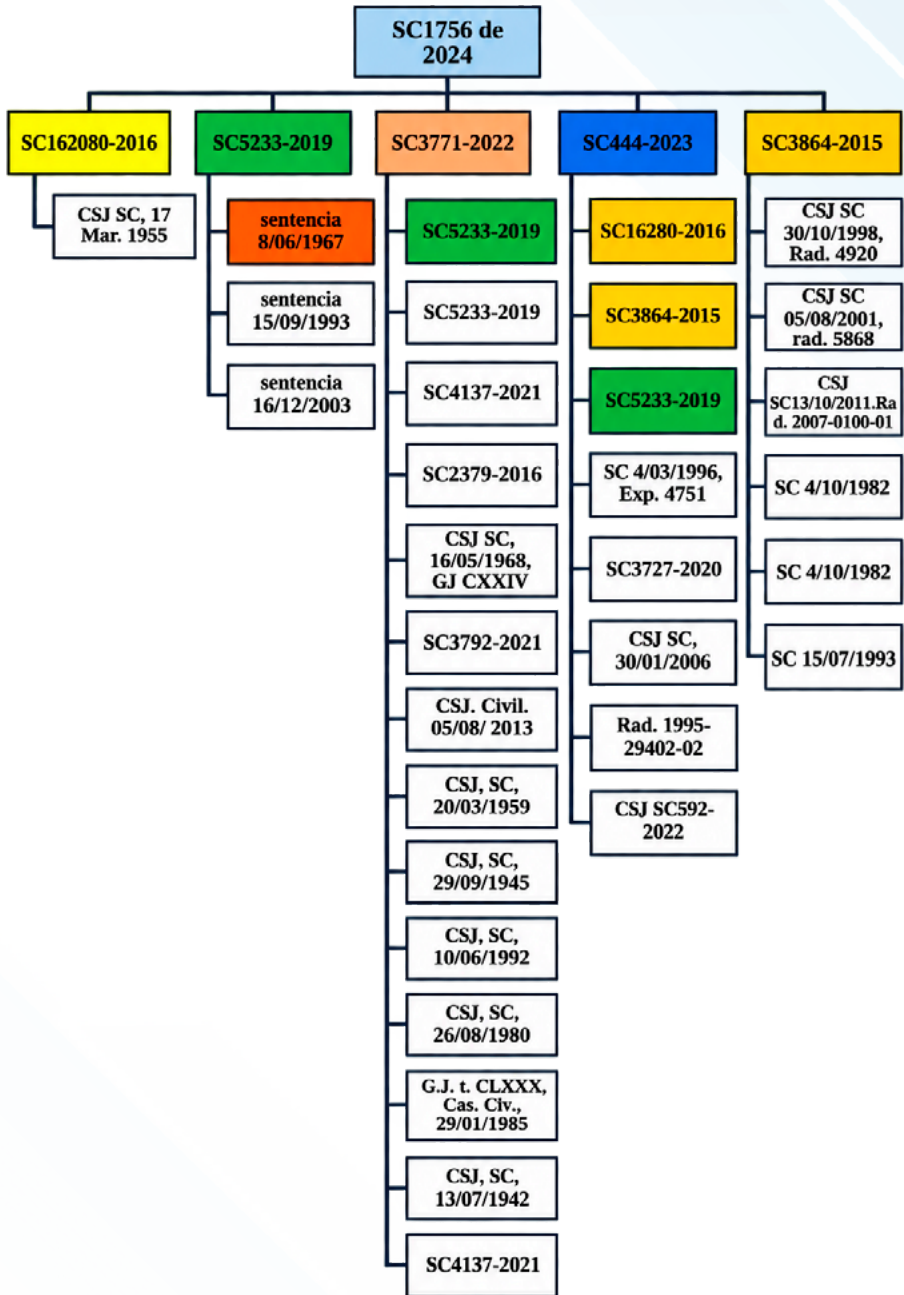
Lo cierto es que siguen presentándose debates jurídicos que no reflejan de manera clara y concreta dicho postulado¹⁷.

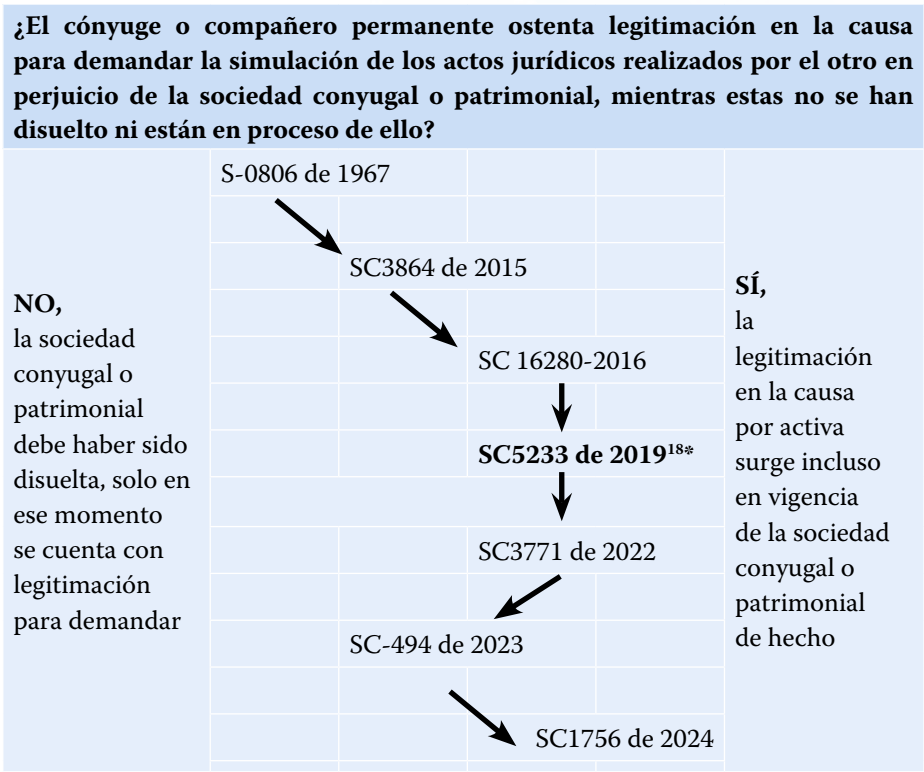
Al considerar que las sociedad conyugal o patrimonial como una realidad jurídica incontrovertible hasta el momento de su disolución y liquidación, trajo consigo diferentes inquietudes que se ven reflejadas en el ámbito procesal, entre ellas, la posibilidad de demandar simulación en los actos realizados por el otro cónyuge o compañero respecto de los bienes sociales, aun en vigencia del matrimonio o la unión marital de hecho.

Frente a ello, existen diversos pronunciamientos, muchos de los cuales son disímiles y van desde la exigencia absoluta de la disolución y liquidación, la existencia de proceso de disolución y liquidación en curso y admitido, hasta la posibilidad de demandar aun en vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial, al considerar que incluso desde dicho momento se cuenta con interés para obrar.

Del estudio realizado, fue posible determinar cómo pronunciamiento más reciente la sentencia SC1756 de 2024, por medio de la cual se pretendió la unificación jurisprudencial sobre la materia, citando a su vez diferentes providencias que en un primer momento otorgaron respuestas disímiles al problema jurídico planteado.

¹⁷ Al respecto puede verse: PATIÑO Ciro, J. E. (2021). *La legitimación en la causa del cónyuge para demandar los actos simulados de su pareja* (U. P. Bolivariana, Ed.).





Esquema 2. Evolución jurisprudencial. Fuente. Creación propia.

Del estudio jurisprudencial se pudo entrever que la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia no ha contado con una postura uniforme frente a esta temática, en la cual se han presentado variaciones y reorientaciones sucesivas entre los extremos posibles a la problemática planteada, presentando incluso modificaciones importantes dependiendo si la discusión es en sede constitucional o de casación.

En este punto cabe aclarar que, si bien la gráfica de la línea muestra un comportamiento relativamente estable en sede de casación entre los años 2016 a 2022, lo cierto es que, en sede de tutela se realizaron diversos pronunciamientos que irrumpieron en la reiteración uniforme de dicho criterio, como se explicará más adelante.

¹⁸ Si bien, por se ubica la sentencia SC5233 de 2019 en el gráfico de la línea, debe tenerse en cuenta que la misma fue nulitada mediante auto AC054-2021, por no haber tenido en cuenta el desistimiento del recurso extraordinario al momento de emitir el fallo.

Así las cosas, en la jurisprudencia temprana la Corte Suprema de Justicia consideró que la sociedad conyugal se encontraba en un estado de latencia, cuyos efectos económicos solamente se veían de manera clara una vez disuelta ésta, motivo por el cual no era dable que se buscara demandar ninguno de los actos realizados por el otro cónyuge, aunque estos se dieran en detrimento del haber social, sino hasta que la misma se encontrara disuelta, pues era en dicho momento cuando surgía el interés para actuar, en ese sentido, la sentencia S-0806 de 1967¹⁹, providencia fundadora de la línea, consignó como regla procesal que, la legitimación en la causa por activa para demandar los actos del otro cónyuge surgía únicamente con la disolución del matrimonio.

Dicho escenario varió en la sentencia SC 3864 de 2015²⁰, en la cual se precisó que no era indispensable la disolución de la sociedad conyugal, pues se consideró desproporcionado exigir la disolución, aludiendo que el interés para recurrir los negocios jurídicos referenciado surgía con la notificación de auto admisorio tendiente a la disolución de la sociedad. La exigencia del enteramiento a la contraparte de dicha providencia fue estipulada en criterio de la Corte al considerar que solo con ello “al intentar la acción” se concreta el interés.

En esta sentencia se presentan los salvamentos de voto de los magistrados Dr. Ariel Salazar Ramírez y el Dr. Luis Armando Tolosa Villabona quienes se apartaron del criterio mayoritario aduciendo el nacimiento de la sociedad conyugal, desde la celebración misma del matrimonio, lo que a su vez conduce a que sea desde que surge el vínculo se tiene la legitimación en la causa por activa para demandar los actos del otro cónyuge o compañero.

Posteriormente, mediante sentencia SC 16280 de 2016 el panorama descrito en sede de casación varió por cuanto, en la sentencia de la referencia indicó que en el régimen del matrimonio el cónyuge que no tiene la libre disposición de un bien ganancial está legitimado para proteger el interés patrimonial que le asiste, siendo entonces que la legitimación surge incluso en vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial de hecho. Preciso la alta corporación que:

“(…) todo lo que ocurra con las asignaciones que corresponden a cada uno de los cónyuges, desde que inicia la vigencia de la sociedad conyugal hasta su liquidación, confiere interés jurídico para obrar al contrayente afectado

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia S-0806 de 1967. M.P. Flavio Cabrera Dussán.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 3864 de 2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

o defraudado con la desaparición de los bienes comunes, para que busque hacer prevalecer la verdadera conformación del haber social.”²¹

Pese a ello, no fue hasta el año 2019 que dicho criterio tomó mayor fuerza al interior de la corporación, pues en el año dos mil dieciocho (2018), mediante las sentencias STC 3993 de 2018²² y STC 6561 de 2018²³ Se regresó a la exigencia de notificación del auto admisorio de demanda para la disolución de la sociedad e incluso, en la última de las sentencias citadas se refirió la necesidad de estar efectivamente disuelta la sociedad²⁴.

Seguidamente, en sentencia STC 16738 de 2019²⁵ se retomó el criterio de la legitimación en vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial aduciendo que “(...) *aún antes de la disolución de la sociedad conyugal o la sociedad patrimonial, sin distingos de sexo, los actos simulados por uno de los cónyuges, puedan ser demandados en acción de prevalencia, aún sin haberse disuelto las sociedades conyugal o patrimonial, por cuanto surgen o emergen desde su celebración o constitucional legal (...)*”, sin embargo, la re-adopción de dicho postulado no fue pacífica, contando la providencia con dos salvamentos de voto por parte de los magistrados Álvaro Fernando García Restrepo y Luis Alonso Rico Puerta, quienes señalaron incluso la configuración de una vía de hecho por contrariar el precedente de la Corporación.

El afianzamiento de esta postura tampoco pudo lograrse de manera contundente con la SC5233 de 2019²⁶, pues si bien fue reiterativa en indicar que la legitimación surgía desde el momento mismo de la celebración del matrimonio, la misma fue anulada mediante auto AC 054 de 2021²⁷ por haberse

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 16280 de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC 3993 de 2018. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC 6561 de 2018. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

²⁴ Si bien dichas sentencias no se encuentran graficadas en la línea jurisprudencial, lo cierto es que, del estudio desarrollado, se consideró necesario la citación de estas por cuanto en sede de tutela, variaron el escenario jurisprudencial.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC 16738 de 2019. M.P. Luis Armando Toloza Villabona.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 5233 de 2019. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Auto AC 054 de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

proferido sin tener en cuenta el desistimiento del recurso extraordinario de casación presentado por el actor, lo cual ha generado dudas sobre la aplicabilidad de esta jurisprudencia y fue traído nuevamente al espectro procesal con la SC 3771 de 2022²⁸.

Debido a lo anterior se resignó la legitimación a la formación de una relación jurídico procesal previa estructurada con la notificación de auto admisorio tendiente a disolver la sociedad patrimonial, como fue expresado en la SC 5226 de 2021²⁹ y que fue retomado en la SC-494 de 2023³⁰.

Cabe anotar, que en SC-444 de 2023³¹, la corte hace un despliegue sobre la legitimación en la causa de los herederos para proteger la simetría en la partición de la herencia impidiendo que se rompa la igualdad entre los herederos, durante la sucesión, que puede verse fraccionada con el proceder fraudulento de alguno de ellos, comportamiento cuya ejecución puede llegar a tener cabida antes o después del deceso del causante, y provenir del actuar de particulares, o familiares con vocación hereditaria, que sustraigan bienes que ingresarán a la sucesión del que está ad portas de su muerte, en detrimento de otros que, prontamente, serán llamados a heredar, dicha argumentación refuerza el pronunciamiento más reciente de la Corte Suprema de Justicia en el tema que nos ocupa, la sentencia SC 1756 de 2024. Ya que la Corte hace consolidación de esta temática y una rectificación del precedente³² al considerar que el actual no se ajustaba a las dinámicas de la sociedad colombiana contemporánea, precisando: *“Los cónyuges, con sociedad conyugal vigente o disuelta, están legitimados para demandar los actos realizados por su consorte, cuando son realizados con el fin de ocultar los bienes sociales o defraudar sus derechos patrimoniales”*³³.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 3771 de 2022. M.P. Francisco Ternera Barrios.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 5226 de 2021. M.P. Francisco Ternera Barrios.

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC-494 de 2023. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 444 de 2023. M.P. Marta Patricia Guzmán Álvarez.

³² Si bien en este caso la Corte decidió no casar la sentencia, en virtud de los diversos pronunciamientos inclusive disímiles referentes a la legitimación en la causa por activa que ahora se estudia, se acudió al artículo 333 del Código General del Proceso, proferido el criterio de la referencia, bajo la posibilidad que la ley otorga para que mediante este recurso extraordinario se pudiese *“unificar la jurisprudencia nacional”*.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC1756 de 2024. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

3. CONCLUSIONES

El patrimonio social es un haber el cual se construye de los bienes habidos dentro de un núcleo formado por una pareja y que es denominado familia o aportados a este, bien fuese por medio del vínculo del matrimonio o por Unión Marital de Hecho, así las cosas, una vez originadas las sociedades correspondientes, es deber de los consortes, obrar con responsabilidad patrimonial y financiera tal como lo haría un buen padre de familia. Sin embargo, la ley faculta a los cónyuges o compañeros para que puedan administrar libremente los bienes pertenecientes a ese haber cuando la sociedad respectiva se encuentre vigente.

En ese sentido, para llegar al ámbito de protección actual, en el que la legitimación se estructura se encuentre o no disuelta la sociedad conyugal, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia experimentó múltiples cambios, lo cual se pudo evidenciar en una línea caótica, con diferentes errores en la citación y uso de su propio precedente.

Al inicio del estudio jurisprudencial se vislumbra un error conceptual y jurídico con la múltiple citación de la sentencia SC5233 de 2019, por cuanto la misma fue nulitada mediante auto AC054-2021, cuya consecuencia inmediata es su sustracción del tránsito jurídico; así las cosas, al no producir efectos, conlleva a un error en la motivación de las providencias en las que fue reseñada.

Por otra parte, se vislumbra una falta de seguridad jurídica en la aplicación de la regla jurisprudencial establecida en determinados extremos temporales, por cuanto el criterio varió dependiendo del escenario en que se analizaron los problemas jurídicos planteados, lo cual se reflejó en decisiones diferentes dentro del mismo periodo de tiempo, dependiendo si este debía ser resuelto en sede de una tutela o casación. Ejemplo de ello son las sentencias STC 3993-2018 y STC6561 de 2018 que estipularon en sus motivaciones la necesidad de que la respectiva sociedad se hubiese demandado y se contará con auto admisorio o incluso que se hubiera disuelto, mientras que el criterio en sede de casación aplicable en aquel momento y sentado por la sentencia SC 16280 de 2016 era la legitimación en plena vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial.

Si bien las referidas sentencias de tutela no fueron ubicadas en el gráfico de la línea por no cumplir con los requisitos de reiteración y no haberse desprendido las mismas de la sentencia arquimédica, lo cierto es que las mismas exponen un panorama de contradicción y caos en la jurisprudencia de la Alta Corporación.

Así mismo se destaca la sustracción, desconocimiento o la desatención de la Corte a su propio precedente, pues en diferentes sentencias se omitió la citación de sus propias sentencias que abordan la temática de legitimación en causa para demandar en vigencia de las sociedades conyugal y patrimonial, lo que dificulta

el seguimiento de sus pronunciamientos y genera a su vez confusión respecto a la regla aplicable. Si bien actualmente se cuenta con una rectificación doctrinal que establece de manera clara y concreta el criterio aplicable, lo cierto es que para su afianzamiento se avizoran múltiples conflictos para el seguimiento y aplicación del precedente.

REFERENCIAS

- BARRAGAN J. A. (s.f.). *Ocultamiento de bienes para defraudar a la sociedad conyugal*. Universidad Libre de Colombia. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23639/i.%20formato%20de%20aprobaci%C3%B3n%20de%20investigaci%C3%B3n%20y%20disciplinar.pdf?sequence=1>
- BUSTAMANTE CÁCERES, Giancarlo. La sociedad cónyugal y su rol clave en el desarrollo del derecho familiar contemporáneo. *Epistemia, Revista Científica*, 2024, 8. Disponible en: <https://revistas.uss.edu.pe/index.php/EPT/article/view/2723>
- DEVÍS ECHANDÍA, H. Nociones generales del derecho procesal civil. Madrid: Aguilar, 1966. P.560
- Botero A, Gamboa S, Valdivieso K. Reflexiones sobre la inteligencia artificial aplicada a la administración de justicia. *Rev. jurid. Mario Alario D’Filippo (Online) [Internet]*. 7 de octubre de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(33):160-83. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4887>
- Carrillo de la Rosa Y. La validez de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Rev. jurid. Mario Alario D’Filippo (Online) [Internet]*. 15 de abril de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(32):131-55. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4761>
- Canosa Suárez U. Interpretación constitucional y el exceso ritual. No. 40 [Internet]. 26 de agosto de 2023 [citado 31 de diciembre de 2024];(2). Disponible en: <https://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/569>
- Peña Cuellar D, Vidal Lasso A, Buriticá Salazar A. El metaverso: un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. *Rev. jurid. Mario Alario D’Filippo (Online) [Internet]*. 7 de octubre de 2024 [citado 31 de diciembre de 2024];16(33):202-18. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4889>

LOPERA B., Cecilia. *La Sociedad Conyugal como ficción legal y el riesgo de una apuesta aleatoria*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 53, No.138. 2023. https://app-vlex-com.biblioteca.unimagdalena.edu.co/search/jurisdiction:CO+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+content_type:4/libre+administraci%C3%B3n+de+bienes+en+sociedad+conyugal/vid/925566282

GUTIERREZ S., Carlos Enrique. Guía práctica de los aspectos patrimoniales de la relación de pareja. Universidad Externado de Colombia. 2012. <https://app-vlex-com.biblioteca.unimagdalena.edu.co/vid/950070872>

Patiño Ciro, J. E. (2021). *La legitimación en la causa del cónyuge para demandar los actos simulados de su pareja* (U. P. Bolivariana, Ed.). Recuperado de https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/9807/Legitimaci%C3%B3n_causa_c%C3%B3nyuge.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Norma consultada

República de Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Bogotá: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1991.

República de Colombia. Ley 57 de 1887. Por la cual se expide el Código Civil. Diario Oficial, Bogotá, 29 de diciembre de 1887.

República de Colombia. (1932). Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio). Ley 28 de 1932. Diario Oficial, Bogotá.

República de Colombia. Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. (1990). Congreso de la República de Colombia.

Sentencias sala civil de la corte suprema de justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente No. 7593. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia S-0806 de 1967. M.P. Flavio Cabrera Dussán. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1995). Sentencia SC de 14 de agosto de 1995, Rad. 4628. Reiterado en CSJ SC, 26 de julio de 2013, Rad. 2004-00263-01; SC 16669-2016, rad. 11001-31-03-027-2005-00668-01; y STC 11358-2018 Rad. 642509. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 3864 de 2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC3864-2015%20\(2001-00509-01\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer/Providencias/SC3864-2015%20(2001-00509-01).pdf)
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 16280 de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/03/SC16280-2016.pdf>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC 3993 de 2018. M.P. Luis Alfonso Rico Puerta. SENTENCIA de Corte Suprema de Justicia - SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA n° T 4100122140002018-00005-01 del 21-03-2018
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC 6561 de 2018. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. https://app-vlex-com.biblioteca.unimagdalena.edu.co/search/jurisdiction:-CO+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1/STC6561+de+2018/vid/874140713
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC 16738 de 2019. M.P. Luis Armando Toloza Villabona. <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.cortesuprema.gov.co%2Fcorte%2Fwp-content%2Fuploads%2Frelatorias%2Ftutelas%2FB%2520MAR2020%2FSTC16738-2019.doc&wdOrigin=BROWSELINK>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 5233 de 2019. M.P. Ariel Salazar Ramírez. https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/03/SC5233-2019-2011-00518-01_compressed.pdf
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 4855 de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/12/SC4855-2021-2014-00011-01.pdf>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Auto AC 054 de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/not/civil21/prov/11001-31-03-040-2011-00518-01.pdf>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 5226 de 2021. M.P. Francisco Ternera Barrios. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/12/SC5226-2021-2008-00204-01.pdf>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 3771 de 2022. M.P. Francisco Ternera Barrios. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2023/01/SC3771-2022-2008-00634-01.pdf>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC 444 de 2023. M.P. Marta Patricia Guzmán Álvarez. <http://consultajuris-prudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC-494 de 2023. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. https://drive.google.com/file/d/1qY-NeIC7q8h4d7EluFfw3_jhqMug33ME/view

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC1756 de 2024. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. <https://drive.google.com/file/d/1CKBm5DKFancZ9CbzLcfj-DRB9-9wQT3X/view>

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

CÓMO DECIDEN LOS JUECES: PSICOLOGÍA, SESGOS Y MOTIVACIÓN JUDICIAL

HOW JUDGES MAKE DECISIONS: PSYCHOLOGY, BIASES, AND JUDICIAL REASONING

[HTTPS://DOI.ORG/10.32853/01232479.V01.N01699](https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01699)

 Edgar Romero Castillo¹

Recibido: 16 de septiembre de 2024 • **Aceptado:** 02 de diciembre de 2024 • **Publicado:** 7 de septiembre de 2026

- ¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes y conciliador en Derecho inscrito en diferentes centros de conciliación. Profesor universitario, con más de 20 años de experiencia en litigios en las áreas de Derecho Comercial, Derecho Civil, Derecho Administrativo y otras ramas del Derecho. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). E-mail: eromeroc81@gmail.com

Cómo citar este artículo:

Romero Castillo, E. (2025). Cómo deciden los jueces: psicología, sesgos y motivación judicial. *Revista del Instituto de Derecho Procesal*, 25-1, pp. 77-87. <https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01699>

RESUMEN

El presente artículo analiza la toma de decisiones judiciales desde la perspectiva de la psicología cognitiva, la neurociencia y la economía conductual, cuestionando la concepción clásica de la motivación judicial como un proceso meramente racional y deductivo. El objetivo central es examinar cómo factores internos y externos, tales como intuiciones, emociones y sesgos cognitivos, influyen en la labor jurisdiccional. A través de una revisión de teorías contemporáneas y el análisis de diversos estudios experimentales, el texto identifica la operación de sistemas de pensamiento intuitivo y deliberativo, así como la incidencia de heurísticos de anclaje,

representatividad y el sesgo de confirmación en el juzgador. Los hallazgos sugieren que el razonamiento jurídico actúa, en ocasiones, como una justificación racional posterior a una intuición emocional inicial. Se concluye que, si bien la motivación de las sentencias sigue siendo una garantía indispensable para el debido proceso y la legitimidad del Estado de Derecho, es imperativo reconocer las limitaciones cognitivas inherentes a la condición humana del juez. Este reconocimiento no deslegitima la función judicial, sino que propone fortalecer la motivación como un ejercicio de autoconocimiento y transparencia institucional, permitiendo el diseño de mecanismos que mitiguen vulnerabilidades cognitivas y promuevan decisiones más reflexivas y prudentes.

Palabras clave: Motivación judicial; psicología cognitiva; sesgos cognitivos; heurísticos; neurociencia.

ABSTRACT

This article examines judicial decision-making from the perspectives of cognitive psychology, neuroscience, and behavioral economics, challenging the classical conception of judicial reasoning as a purely rational and deductive process. Its primary objective is to analyze how internal and external factors—such as intuitions, emotions, and cognitive biases—influence judicial decision-making. Through a review of contemporary theories and an analysis of various experimental studies, the article identifies the operation of intuitive and deliberative thinking systems, as well as the influence of anchoring, representativeness, and confirmation biases on judges' decisions. The findings suggest that legal reasoning may, at times, function as a post hoc rational justification for an initial emotional intuition. The article concludes that, although the reasoning provided in judicial decisions remains an essential safeguard of due process and the legitimacy of the rule of law, it is imperative to recognize the cognitive limitations inherent in the human condition of judges. Such recognition does not undermine the legitimacy of the judicial function; rather, it advocates strengthening judicial reasoning as an exercise in self-awareness and institutional transparency, thereby enabling the development of mechanisms to mitigate cognitive vulnerabilities and promote more reflective and prudent judicial decisions.

Keywords: Judicial reasoning; cognitive psychology; cognitive biases; heuristics; neuroscience.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente el enfoque de este escrito se aparta parcialmente de la intención inicial del tema propuesto por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (“Motivación de las decisiones”), pues claramente la temática suele abordarse desde una óptica eminentemente procesal: deber de motivación, congruencia, suficiencia argumentativa, control de arbitrariedad, sana crítica y tutela judicial efectiva.

Sin embargo, en esta oportunidad se propone revisar el problema desde otra perspectiva: la psicológica. En otras palabras, preguntarse qué factores internos o externos pueden influenciar, consciente o inconscientemente, para que un juez adopte una decisión en determinado sentido dentro de un proceso judicial.

La pregunta no es menor. Tradicionalmente, la teoría procesal ha entendido la motivación judicial como la exteriorización racional del camino lógico seguido por el juez para arribar a una conclusión. La sentencia motivada permitiría controlar la arbitrariedad, garantizar el derecho de defensa y legitimar el ejercicio de la función jurisdiccional.

No obstante, los avances de la psicología cognitiva, la neurociencia y la economía conductual han mostrado que la toma de decisiones humanas rara vez responde exclusivamente a procesos racionales y deliberativos. Incluso personas altamente capacitadas, honestas y experimentadas pueden verse influenciadas por intuiciones, emociones, heurísticos y sesgos cognitivos. Ello también incluye a los jueces.

Ahora bien, debe advertirse desde el inicio que la intención de este artículo no es desacreditar a la judicatura ni poner en duda la legitimidad de las decisiones judiciales. Como lo advierte Brian M. Barry en su obra *“How Judges Judge”*, el estudio de los factores psicológicos que intervienen en la decisión judicial no pretende atacar a los jueces, sino comprender mejor cómo deciden realmente los seres humanos cuando ejercen funciones jurisdiccionales.

Precisamente allí radica la importancia del tema. Reconocer que el juez es humano no debilita la justicia; por el contrario, puede ayudar a construir decisiones más conscientes, prudentes y reflexivas.

La reflexión no solo involucra a los jueces. Quienes ejercen funciones de resolución de conflictos, incluso desde mecanismos alternativos, también enfrentan riesgos semejantes. En el caso del conciliador, por ejemplo, la empatía y la búsqueda de conexión con las partes resultan fundamentales para identificar intereses y facilitar acuerdos. Sin embargo, precisamente esa cercanía emocional puede generar, consciente o inconscientemente, preferencias o inclinaciones que amenacen un deber esencial del conciliador: la imparcialidad.

La psicología cognitiva aplicada al derecho no debe entenderse entonces como una crítica destructiva a la administración de justicia, sino como una herramienta de autoconocimiento institucional.

La tesis central de este trabajo es la siguiente: aunque la motivación judicial continúa siendo una garantía indispensable del debido proceso y del Estado de Derecho, los avances de la psicología cognitiva y las neurociencias muestran que las decisiones judiciales pueden estar influenciadas por procesos intuitivos, emocionales y heurísticos previos al razonamiento explícito, lo que obliga a repensar críticamente el alcance y significado de la motivación de las sentencias.

2. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

La obligación de motivar las decisiones judiciales constituye una de las garantías más importantes del proceso contemporáneo. Tradicionalmente se ha entendido que la motivación permite controlar la arbitrariedad judicial, facilitar el ejercicio del derecho de contradicción y legitimar el ejercicio del poder jurisdiccional.

La Corte Constitucional ha resaltado la importancia de la motivación judicial como garantía del debido proceso y mecanismo de control frente a la arbitrariedad judicial, en los siguientes términos:

En un estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, **dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial** y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-302 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, negrillas fuera del texto original).

Desde esta perspectiva clásica, el juez: (i) analiza los hechos; (ii) valora racionalmente las pruebas; (iii) interpreta el derecho aplicable; y (iv) posteriormente, exterioriza ese razonamiento en la sentencia.

La motivación aparecería entonces como el reflejo transparente del verdadero proceso decisorio.

La teoría clásica de la motivación judicial descansa, en gran medida, sobre una determinada concepción de racionalidad. El juez es presentado como un sujeto capaz de abstraerse de emociones, intuiciones, preferencias o influencias externas para decidir exclusivamente con fundamento en el derecho y en las pruebas legalmente incorporadas al proceso.

Sin embargo, la psicología cognitiva contemporánea ha comenzado a cuestionar seriamente esa visión.

3. EL GIRO COGNITIVO: CÓMO DECIDE REALMENTE LA MENTE HUMANA

Daniel Kahneman, premio Nobel de Economía, revolucionó el estudio de la toma de decisiones humanas con su obra *Thinking, Fast and Slow*. Allí sostiene que la mente opera mediante dos sistemas distintos:

- **Sistema 1:** rápido, intuitivo, automático y emocional.
- **Sistema 2:** lento, deliberativo, racional y analítico.

Según Daniel Kahneman, el **Sistema 1** opera de manera automática y genera asociaciones complejas e intuitivas, mientras que el **Sistema 2** desarrolla procesos más lentos, deliberativos y secuenciales orientados al razonamiento analítico (*Thinking, Fast and Slow*).

Según esta teoría, gran parte de nuestras decisiones cotidianas no son el resultado de razonamientos plenamente conscientes, sino de intuiciones rápidas y asociaciones automáticas.

La relevancia de esta teoría para el derecho es enorme. Si toda decisión humana está expuesta a heurísticos y sesgos cognitivos, no existe razón para pensar que los jueces sean completamente inmunes a esos fenómenos.

Precisamente esa fue una de las conclusiones alcanzadas por Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski y Andrew Wistrich en el artículo *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*.² A partir de diversos experimentos realizados con jueces norteamericanos, los autores concluyeron que incluso jueces experimentados podían verse influenciados por heurísticos y sesgos cognitivos, especialmente fenómenos de anclaje, representatividad e intuición automática.

Uno de los hallazgos más importantes fue el relacionado con el “anchoring effect” o efecto de anclaje. En uno de los experimentos, los investigadores suministraron a los jueces cifras iniciales arbitrarias antes de definir condenas o

² GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. y WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*. En: Cornell Law Review. Vol. 93, No. 1 (2007), p. XX.

indemnizaciones. Aun sabiendo que las cifras carecían de fundamento jurídico, las decisiones posteriores terminaron significativamente influenciadas por ese punto de referencia inicial.

A ello se suman investigaciones sobre el denominado “hindsight bias” o sesgo retrospectivo. Este sesgo consiste en la tendencia a considerar un resultado como previsible o inevitable una vez ocurrido. Baruch Fischhoff, pionero en el estudio del “hindsight bias”, demostró experimentalmente que el conocimiento posterior del resultado de un evento tiende a alterar retrospectivamente la percepción sobre su previsibilidad.³ En el ámbito judicial, este fenómeno puede ser especialmente problemático en asuntos relacionados con: previsibilidad; culpa; diligencia; causalidad; responsabilidad profesional; responsabilidad médica; responsabilidad contractual; y responsabilidad extracontractual.

Por su parte, en Colombia, Natalia Valencia Rodríguez, en su artículo “Las decisiones judiciales en órganos colegiados y el sesgo de retrospectiva en grupos”, explica que el sesgo retrospectivo puede llevar al juzgador a considerar un resultado como más previsible o inevitable una vez conocido el desenlace del caso, aun cuando ex ante ello no fuera razonablemente anticipable.⁴

El sesgo retrospectivo ha sido identificado de manera reiterada en múltiples investigaciones psicológicas. Incluso Jerome Frank, mucho antes del desarrollo formal de la psicología cognitiva moderna, intuía algo semejante. En *“Law and the Modern Mind”*, una de las obras más influyentes del realismo jurídico norteamericano, sostuvo que la incertidumbre judicial no dependía únicamente de las normas, sino también de factores humanos y subjetivos presentes en el proceso decisorio.⁵

Con ello pretendía mostrar que la incertidumbre judicial no depende únicamente de las normas, sino también de la forma en que los jueces perciben y reconstruyen los hechos.

4. INTUICIÓN, EMOCIÓN Y RACIONALIZACIÓN EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Uno de los aportes más disruptivos de la psicología contemporánea al estudio del razonamiento jurídico proviene de Jonathan Haidt.

³ FISCHHOFF, Baruch. “Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty”. En: *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*. Vol. 1, No. 3, 1975, pp. 288-299.

⁴ VALENCIA RODRÍGUEZ, Natalia. “Las decisiones judiciales en órganos colegiados y el sesgo de retrospectiva en grupos”. En: *Vniversitas Jurídica*. No. 148, 2024, pp. XX-XX.

⁵ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano’s, 1930, p. 6.

En su célebre artículo *“The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”*, Haidt sostiene que las personas normalmente no llegan primero a conclusiones morales mediante razonamiento racional. Por el contrario, primero experimentan intuiciones emocionales rápidas y luego construyen justificaciones racionales posteriores.⁶

La metáfora del “perro emocional y su cola racional” resulta especialmente poderosa:

- el “perro” representa las intuiciones y emociones;
- la “cola” representa el razonamiento consciente.

La tesis de Haidt es clara: la cola no mueve al perro; el perro mueve la cola. Esta idea coincide notablemente con varias intuiciones del realismo jurídico.

Jerome Frank sostenía que muchos jueces primero desarrollan una “hunch” o corazonada intuitiva respecto del caso y posteriormente construyen el razonamiento jurídico que la sustenta.⁷ Es decir, muchas veces la conclusión condiciona la metodología argumentativa y no al revés.

Por supuesto, ello no significa que los jueces actúen arbitrariamente o de mala fe. El propio Haidt aclara que las intuiciones morales son inevitables en la cognición humana.

Lo verdaderamente relevante es comprender que el razonamiento jurídico puede cumplir parcialmente una función racionalizadora.

Michele Ubertone y Giuseppe Rocchè, en el artículo *Can Disgust Predict Legal Decision-Making?*, analizaron experimentalmente cómo la emoción de disgusto (“disgust”) puede influir en decisiones jurídicas. Para ello diseñaron casos jurídicamente equivalentes, modificando únicamente elementos emocionalmente repugnantes, y observaron que las personas tendían a adoptar decisiones más severas frente a escenarios que despertaban disgusto, aun cuando el problema jurídico fuera sustancialmente el mismo.⁸

La idea es extraordinariamente importante: primero aparece la reacción emocional; después surge la construcción racional destinada a justificarla. Algo semejante ocurre con la empatía. La empatía puede ser una herramienta valiosa para comprender contextos sociales complejos y humanizar la justicia. No obstante, también puede generar riesgos.

⁶ HAIDT, Jonathan. “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”. En: *Psychological Review*. Vol. 108, No. 4, 2001.

⁷ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano’s, 1930.

⁸ UBERTONE, Michele y ROCCHÈ, Giuseppe. “Can Disgust Predict Legal Decision-Making? An Experimental Jurisprudence Perspective on Gut Feelings and the Rule of Law”. En: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. 37, No. 1, 2024, pp. 1-31.

El artículo “*Derecho y neurociencia. La toma de decisión de los jueces*”, de Diego Andrés Dal Santo, explica que la empatía permite comprender emocionalmente al otro, pero advierte que las conexiones emocionales inconscientes pueden influir en la decisión sin que el juez lo advierta.⁹ Precisamente allí surge uno de los grandes desafíos contemporáneos de la motivación judicial: distinguir entre comprensión humana e inclinación subjetiva.

5. LOS SEGOS COGNITIVOS EN LA DECISIÓN JUDICIAL

La literatura contemporánea identifica múltiples sesgos cognitivos potencialmente relevantes para la función jurisdiccional.

Paola Iliana De la Rosa Rodríguez y Víctor David Sandoval Navarro, en el artículo colombiano *Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial*, sostienen que el juez no se desprende de su biografía, experiencias y estructura psicológica al momento de decidir.

Los autores analizan, entre otros, los siguientes sesgos:

1. **Sesgo de confirmación:** Consiste en la tendencia a buscar o valorar preferentemente información que confirme hipótesis previas. Una vez el juez desarrolla una impresión inicial del caso, puede existir el riesgo de interpretar las pruebas posteriores de manera coherente con esa hipótesis.
2. **Sesgo retrospectivo:** Ya explicado anteriormente, consiste en considerar un evento como más previsible una vez ocurrido.
3. **Heurístico de disponibilidad:** Las personas tienden a evaluar probabilidades según la facilidad con que recuerdan ejemplos similares. Un juez que recientemente haya conocido múltiples casos semejantes puede sobrestimar la probabilidad de que un nuevo asunto responda al mismo patrón.
4. **Heurístico de representatividad:** Las personas suelen decidir según estereotipos o patrones mentales. La apariencia, lenguaje corporal, nerviosismo o forma de expresarse de una persona pueden generar inferencias intuitivas respecto de su credibilidad.
5. **Sesgo de anclaje:** Las decisiones posteriores pueden verse condicionadas por un punto de referencia inicial. Solicitudes del fiscal, cuantías reclamadas, condenas previas o posiciones iniciales de las partes pueden convertirse en anclas psicológicas relevantes.

⁹ DAL SANTO, Diego Andrés. “Derecho y neurociencia. La toma de decisión de los jueces”. 2024.

6. FACTORES EXTERNOS EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Una de las investigaciones más impactantes sobre psicología judicial fue desarrollada por Shai Danziger, Jonathan Levav y Liora Avnaim-Pesso en el artículo *Extraneous Factors in Judicial Decisions*.¹⁰

Los investigadores analizaron más de mil decisiones reales de libertad condicional en Israel y encontraron que la probabilidad de una decisión favorable disminuía progresivamente a medida que avanzaba la sesión de trabajo, aumentando nuevamente después de las pausas para comer.

El hallazgo llevó a popularizar la idea del “hungry judge effect” (“el efecto del juez hambriento”).

El estudio generó enorme impacto mediático y académico porque sugería que factores aparentemente irrelevantes —como hambre, cansancio o fatiga decisoria— podían influir en decisiones judiciales reales.

Sin embargo, posteriormente Andreas Glöckner, en *The Irrational Hungry Judge Effect Revisited*, cuestionó la magnitud del fenómeno.¹¹

Mediante simulaciones estadísticas sostuvo que parte del efecto observado podía explicarse por factores organizacionales y metodológicos, particularmente porque las decisiones favorables tomaban más tiempo y tendían a desplazarse fuera de ciertos bloques horarios.

La crítica es muy importante porque muestra que el estudio de la psicología judicial también exige rigor metodológico. No toda aparente irracionalidad demuestra irracionalidad real.

Con todo, incluso las críticas al “hungry judge effect” no eliminan una conclusión fundamental compartida por buena parte de la literatura contemporánea: la toma de decisiones judiciales ocurre dentro de limitaciones cognitivas humanas.

¹⁰ DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan y AVNAIM-PESSO, Liora. “Extraneous Factors in Judicial Decisions”. En: *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)*. Vol. 108, No. 17, 2011.

¹¹ GLÖCKNER, Andreas. “The Irrational Hungry Judge Effect Revisited: Simulations Reveal that the Magnitude of the Effect is Overestimated”. En: *Judgment and Decision Making*. Vol. 11, No. 6, 2016.

7. LA MOTIVACIÓN JUDICIAL FRENTE A LOS LÍMITES COGNITIVOS

Los aportes de la psicología cognitiva no obligan a abandonar el ideal de racionalidad judicial. Lo que exigen es comprender sus límites.

La motivación judicial sigue siendo indispensable: permite control ciudadano; facilita contradicción; fortalece transparencia; y obliga al juez a justificar públicamente su decisión.

Sin embargo, la motivación no garantiza por sí sola neutralidad absoluta. La sentencia puede exteriorizar razones jurídicas válidas y aun así estar influenciada por procesos intuitivos previos.

Ello no significa arbitrariedad deliberada. Significa, simplemente, reconocer que los jueces son seres humanos. Precisamente por ello, diversos autores proponen fortalecer mecanismos institucionales de autocorrección.

Jerome Frank advertía que ocultar las imperfecciones judiciales no ayuda a eliminarlas. En esa misma línea, Jeffrey Rachlinski y Andrew Wistrich, en *Getting Explicit About Implicit Bias*, sostienen que la conciencia del sesgo puede ayudar parcialmente a reducir su impacto.

Los autores encontraron que los jueces tienden a controlar mejor ciertos sesgos cuando son conscientes de ellos.

8. CONCLUSIONES

La motivación judicial continúa siendo una garantía esencial del debido proceso y del Estado de Derecho. Sin embargo, los avances de la psicología cognitiva, la neurociencia y la economía conductual muestran que no puede entenderse como una reconstrucción perfectamente transparente del verdadero proceso de decisión.

Los jueces deciden dentro de las limitaciones propias de la cognición humana. Intuiciones, emociones, heurísticos, experiencias personales y sesgos pueden intervenir, consciente o inconscientemente, en la construcción de la decisión judicial.

Ello no significa arbitrariedad ni deslegitimación de la función jurisdiccional. Por el contrario, reconocer la humanidad del juez puede permitir el diseño de mecanismos institucionales más conscientes de las vulnerabilidades cognitivas inherentes a toda toma de decisión humana.

La motivación judicial no debe abandonarse. Debe fortalecerse. Precisamente porque los jueces son humanos, la motivación continúa siendo indispensable como ejercicio de racionalidad, autocontrol y legitimación democrática.

Quizás el verdadero desafío contemporáneo no consiste en exigir jueces imposiblemente inmunes a toda influencia psicológica, sino jueces conscientes de sus propias limitaciones cognitivas y comprometidos con la construcción de decisiones cada vez más reflexivas, prudentes y transparentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BARRY, Brian M. *How Judges Judge*. New York: Routledge.
- DAL SANTO, Diego Andrés. “Derecho y neurociencia. La toma de decisión de los jueces”. 2024.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan y AVNAIM-PESSO, Liora. “Extraneous Factors in Judicial Decisions”. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2011.
- DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana y SANDOVAL NAVARRO, Víctor David. “Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio”.
- FRANK, Jerome. *Courts on Trial*. Princeton University Press.
- GLÖCKNER, Andreas. “The Irrational Hungry Judge Effect Revisited: Simulations Reveal that the Magnitude of the Effect is Overestimated”. *Judgment and Decision Making*, 2016.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey y WISTRICH, Andrew. “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases”. *Cornell Law Review*.
- HAIDT, Jonathan. “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”. *Psychological Review*, 2001.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
- TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*.
- UBERTONE, Michele y ROCCHÈ, Giuseppe. “Can Disgust Predict Legal Decision-Making? An Experimental Jurisprudence Perspective on Gut Feelings and the Rule of Law”.
- VALENCIA RODRÍGUEZ, Natalia. “Las decisiones judiciales en órganos colegiados y el sesgo de retrospectiva en grupos”. *Vniversitas Jurídica*, 2024.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES
JUDICIALES EN COLOMBIA:
ENTRE EL GARANTISMO JUDICIAL
Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

JUDICIAL REASONING IN COLOMBIA: BETWEEN
JUDICIAL GARANTISM AND JUDICIAL ACTIVISM

[HTTPS://DOI.ORG/10.32853/01232479.v01.n01709](https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01709)

 José Nieves López¹

Recibido: 25 de septiembre de 2024 • **Aceptado:** 10 de diciembre de 2024 • **Publicado:** 7 de septiembre de 2026

¹ Abogado Universidad del Norte. Candidato a Magíster Universidad de Navarra. Profesor Universidad Autónoma del Caribe. E-mail: jose.nieves@uac.edu.co

Cómo citar este artículo:

Nieves López, J. (2025). Motivación de las decisiones judiciales en Colombia: Entre el garantismo judicial y el activismo judicial *Revista del Instituto de Derecho Procesal*, 25-1, pp. 89-101. <https://doi.org/10.32853/01232479.v01.n01709>

RESUMEN

El presente artículo analiza la obligación constitucional de motivar las decisiones judiciales en Colombia, examinando las tensiones que emergen entre el garantismo judicial —entendido como la protección reforzada de derechos fundamentales a través del razonamiento jurídico— y el activismo judicial —concebido como la intervención creativa de los jueces en la definición de políticas públicas y en la transformación del ordenamiento jurídico—. A partir del examen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se identifican los estándares constitucionales que rigen la motivación de las providencias, sus fundamentos dogmáticos y las implicaciones prácticas de cada corriente interpretativa. El artículo concluye que la motivación judicial constituye

un imperativo democrático que no se agota en la justificación formal del fallo, sino que exige coherencia argumentativa, respeto por el precedente y deferencia hacia el principio de separación de poderes.

Palabras clave: Motivación judicial; garantismo, activismo judicial; debido proceso; precedente constitucional; Corte Constitucional de Colombia.

ABSTRACT

This article examines the constitutional obligation to provide reasons for judicial decisions in Colombia, analyzing the tensions that arise between judicial garantism—understood as the enhanced protection of fundamental rights through legal reasoning—and judicial activism—conceived as the creative intervention of judges in the formulation of public policies and the transformation of the legal system. Drawing on an analysis of the case law of the Constitutional Court and the Civil Chamber of the Supreme Court of Justice, the study identifies the constitutional standards governing the reasoning of judicial decisions, their doctrinal foundations, and the practical implications of each interpretative approach. The article concludes that judicial reasoning constitutes a democratic imperative that extends beyond the formal justification of judicial rulings, requiring argumentative coherence, respect for judicial precedent, and deference to the principle of the separation of powers.

Keywords: Judicial reasoning; judicial garantism; judicial activism; due process; constitutional precedent; Constitutional Court of Colombia.

1. INTRODUCCIÓN

La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho. En Colombia, este deber encuentra sustento directo en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política de 1991, así como en los desarrollos dogmáticos que la Corte Constitucional ha construido a lo largo de más de tres décadas de jurisprudencia garantista. La exigencia de que el juez explique, de manera razonada y suficiente, los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión no es una mera formalidad procesal: es una garantía sustancial del derecho al debido proceso y una condición de legitimidad democrática del poder jurisdiccional.

Sin embargo, la práctica judicial colombiana evidencia una tensión estructural entre dos grandes corrientes interpretativas. De un lado, el

garantismo judicial, heredero de la tradición de Luigi Ferrajoli, postula que la motivación debe operar como un mecanismo de control racional de la arbitrariedad, vinculando al juez al texto constitucional y a los precedentes consolidados. De otro lado, el *activismo judicial*, más cercano a la tradición norteamericana del *judicial review* expansivo, concibe la motivación como el espacio privilegiado para que los jueces asuman un rol protagónico en la transformación social, incluso más allá de los márgenes que el texto constitucional les asigna de manera explícita.

El presente artículo tiene por objeto examinar críticamente estas dos tendencias, identificando sus fundamentos teóricos, sus expresiones jurisprudenciales concretas en el ordenamiento colombiano y los riesgos que cada una entraña para la coherencia del sistema jurídico. Para ello, se adopta una metodología analítica-descriptiva, que combina el análisis doctrinal con el estudio sistemático de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. La hipótesis central es que una motivación judicial legítima no se inscribe exclusivamente en ninguno de los dos extremos, sino que demanda un equilibrio argumentativo que respete los límites democráticos del poder judicial sin renunciar a la función protectora de los derechos fundamentales.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y DOCTRINALES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

2.1 El deber de motivar en la Constitución Política de 1991

2.1.1 Consagración normativa y naturaleza jurídica

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, que en su dimensión garantista comprende, entre otros elementos, el derecho a obtener una decisión motivada y congruente. Por su parte, el artículo 228 superior establece que las actuaciones judiciales serán públicas y permanentes, con las excepciones que establezca la ley, y que en ellas prevalecerá el derecho sustancial. De esta conjunción normativa, la Corte Constitucional ha derivado la obligación irrenunciable de motivar las providencias judiciales como componente esencial del debido proceso.

En la Sentencia T-949 de 2003, la Corte señaló que la falta de motivación de una decisión judicial constituye una causal de procedibilidad de la acción de

tutela contra providencias judiciales, en la medida en que configura un defecto sustantivo que vulnera el derecho al debido proceso².

Posteriormente, en la Sentencia C-590 de 2005, el alto tribunal sistematizó las causales genéricas y especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, incorporando expresamente la ausencia de motivación como vicio de inconstitucionalidad que habilita la intervención del juez de tutela para la protección del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia³.

2.1.2 Contenido y alcance del deber de motivación

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la motivación de una providencia judicial no se satisface con la simple enunciación de normas aplicables o con la reproducción mecánica de argumentos de las partes. En la Sentencia SU-215 de 2016, la Corte Constitucional estableció que una motivación suficiente debe cumplir con tres condiciones: (i) claridad expositiva, de modo que los razonamientos sean comprensibles para las partes y para la comunidad jurídica; (ii) coherencia interna, en tanto las premisas fácticas y jurídicas deben articularse de manera lógica; y (iii) completud argumentativa, lo que implica que el juez debe responder todos los argumentos relevantes planteados por las partes en el proceso.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en armonía con la doctrina constitucional, ha sostenido reiteradamente que la motivación de las sentencias constituye un imperativo procesal y sustancial que garantiza el control de la actividad judicial y fortalece la confianza legítima de los asociados en el sistema de justicia.

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-949 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. La Corte señaló que la ausencia de motivación constituye una vía de hecho que habilita la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por vulneración del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional.

³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-4482 de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. La Sala reiteró que la motivación de las sentencias es presupuesto de validez de la actividad judicial y condición necesaria para el ejercicio de los mecanismos de impugnación.

2.2 APORTES DOCTRINALES: ENTRE FERRAJOLI Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

2.2.1 El garantismo de Ferrajoli y su recepción colombiana

Luigi Ferrajoli define el garantismo como un modelo normativo de derecho que, en el plano epistemológico, se caracteriza por un cognitivismo procesal que exige la verificación empírica de los presupuestos fácticos de las decisiones judiciales y la motivación jurídica de las mismas como condición de validez y no sólo de eficacia⁴. Desde esta perspectiva, la motivación opera como un mecanismo epistémico de control de la discrecionalidad judicial, subordinando la decisión a razones públicamente verificables.

La recepción de las ideas de Ferrajoli en Colombia ha sido amplia, especialmente en el campo del derecho penal y en la dogmática constitucional. La Corte Constitucional ha aludido expresamente a los postulados garantistas al fundamentar la naturaleza del debido proceso como garantía de contención del poder punitivo estatal y, por extensión, del poder judicial en general. Este enfoque ha permeado la jurisprudencia sobre la motivación de las decisiones de los jueces de tutela, de los tribunales administrativos y de las corporaciones judiciales de cierre.

2.2.2 El neoconstitucionalismo y la ponderación como método

Frente al modelo garantista, el neoconstitucionalismo —representado, entre otros, por Robert Alexy y Ronald Dworkin— propugna por una comprensión de la motivación judicial orientada a la optimización de los derechos fundamentales a través de la ponderación. En este paradigma, el juez no se limita a la aplicación silogística de la norma, sino que construye activamente el derecho aplicable mediante el sopesamiento argumentado de principios en conflicto⁵.

La Corte Constitucional colombiana ha incorporado explícitamente la metodología de la ponderación en su jurisprudencia, particularmente en la resolución de casos difíciles que involucran colisiones de derechos funda-

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. p. 67. El autor conceptualiza el garantismo como modelo epistemológico que impone condiciones de verdad procesal a las decisiones judiciales, siendo la motivación la expresión formal de esas condiciones.

⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 161. Alexy desarrolla el principio de proporcionalidad como método de motivación racional de las decisiones que involucran colisiones entre principios constitucionales.

mentales. En la Sentencia C-822 de 2005, la Corte sistematizó el juicio de proporcionalidad como herramienta metodológica para la motivación de decisiones que implican restricciones a derechos fundamentales, exigiendo que el análisis comprenda los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

3. EL GARANTISMO EN LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS

3.1 Contenido del garantismo judicial en el contexto colombiano

3.1.1 El precedente constitucional como límite a la arbitrariedad

Una de las manifestaciones más significativas del garantismo judicial en Colombia es el sistema de precedente constitucional vinculante, consolidado por la Corte Constitucional a partir de la distinción entre la parte resolutive y la *ratio decidendi* de sus fallos. La doctrina del precedente opera como un mecanismo de autocontrol del poder judicial: al obligar a los jueces a justificar expresamente las razones por las que se apartan de sus propias decisiones anteriores —figura denominada técnicamente como *distinguish* o *overruling*—, se garantiza la coherencia del sistema y se protege la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-047 de 1999, estableció los fundamentos del sistema de precedente en el derecho colombiano, precisando que la *ratio decidendi* de una sentencia de constitucionalidad tiene fuerza vinculante *erga omnes* y que su desconocimiento por parte de los jueces ordinarios configura una vía de hecho por defecto sustantivo⁶.

3.1.2 La motivación como garantía del derecho de contradicción

El garantismo judicial concibe la motivación no sólo como un deber del juez frente a las partes, sino como una condición de posibilidad del ejercicio efectivo

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. La Corte distinguió entre obiter dicta y ratio decidendi, precisando el carácter vinculante de esta última para todos los jueces de la República.

del derecho de contradicción y del recurso. Si el juez no expone las razones de su decisión, la parte afectada queda privada de los elementos necesarios para impugnarla de manera racional y eficiente, lo que desnaturaliza el sistema de recursos y convierte los mecanismos de control jurisdiccional en instrumentos meramente formales.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la motivación insuficiente, parcial o aparente constituye una violación autónoma del derecho fundamental al debido proceso, que puede dar lugar a la concesión del amparo tutelar con independencia del resultado que se obtenga al corregir el vicio. Esta doctrina refuerza la dimensión garantista de la motivación judicial en el ordenamiento colombiano.

4. EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SUS EXPRESIONES EN LA MOTIVACIÓN DE PROVIDENCIAS

4.1 Concepto y fundamentos del activismo judicial

4.1.1 Definición y rasgos caracterizadores

El activismo judicial puede definirse, en términos amplios, como aquella tendencia de los jueces —especialmente de los tribunales constitucionales— a adoptar decisiones que trascienden la interpretación y aplicación del derecho vigente para incidir directamente en la conformación de políticas públicas, en la corrección de omisiones legislativas o en la redefinición de valores sociales y culturales. Esta corriente ha encontrado en la acción de tutela y en los estados de cosas inconstitucionales declarados por la Corte Constitucional sus expresiones más depuradas en el contexto colombiano⁷.

La motivación de las decisiones activistas presenta rasgos diferenciadores respecto a la motivación garantista clásica: (i) apela con mayor frecuencia a principios y valores constitucionales de textura abierta; (ii) recurre a argumentos empíricos y de ciencias sociales para justificar sus órdenes; (iii) formula mandatos de contenido complejo dirigidos a órganos del Estado distintos al juez mismo; y (iv) admite una mayor creatividad interpretativa en la determinación del contenido y alcance de los derechos.

⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "El activismo dialógico y las tensiones de la democracia constitucional". En: Garantismo, hermenéutica y (des)constitucionalización. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 27.

4.1.2 El estado de cosas inconstitucional como paradigma del activismo motivado

La figura del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), creada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998 —relativa al hacinamiento carcelario— y desarrollada de manera protagónica en la Sentencia T-025 de 2004 —sobre el desplazamiento forzado—, representa el ejemplo más acabado de activismo judicial motivado en el derecho colombiano⁸. En estas decisiones, la Corte construyó motivaciones que integran el diagnóstico fáctico de una vulneración masiva y sistemática de derechos fundamentales con mandatos complejos de política pública dirigidos a múltiples entidades estatales.

La suficiencia y legitimidad de estas motivaciones han sido objeto de intenso debate académico. Para los defensores del activismo, la complejidad de la motivación responde a la necesidad de garantizar la efectividad real de los derechos fundamentales en contextos de profunda desigualdad estructural. Para los críticos, estas motivaciones trasgreden el principio de separación de poderes al convertir al juez constitucional en un super-legislador o en un administrador de políticas públicas.

5. LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL ACTIVISMO JUDICIAL

5.1 El principio de separación de poderes como límite externo

La Corte Constitucional ha reconocido que el activismo judicial tiene límites estructurales derivados del principio de separación de poderes y del principio democrático. En la Sentencia C-285 de 2016, relativa a la reforma del equilibrio de poderes, la Corte precisó que la independencia judicial no equivale a omnipotencia jurisdiccional y que los jueces deben respetar las competencias constitucionales de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público.

Asimismo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que el activismo judicial desmedido puede generar lo que la doctrina denomina *gobierno*

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Esta decisión declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado y emitió órdenes de política pública dirigidas a más de cuarenta entidades del Estado colombiano.

de los jueces, escenario en el que la motivación judicial deja de ser un instrumento de racionalización del poder para convertirse en un mecanismo de sustitución de la voluntad popular expresada a través del legislador democrático⁹.

6. TENSIONES Y PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE EL GARANTISMO Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

6.1 La motivación como espacio de equilibrio

6.1.1 El principio de proporcionalidad como puente argumentativo

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha demostrado que el principio de proporcionalidad puede fungir como un puente argumentativo entre el garantismo y el activismo, en la medida en que impone al juez la obligación de justificar sus decisiones mediante un escalonamiento racional de razones que incluye la identificación del fin constitucional perseguido, la constatación de la idoneidad y necesidad de la medida adoptada, y la realización del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este método, aplicado rigurosamente, limita la discrecionalidad judicial sin impedir la creatividad interpretativa necesaria para la protección efectiva de los derechos.

6.1.2 La coherencia sistémica como imperativo de la motivación

Tanto el garantismo como el activismo judicial convergen en la exigencia de coherencia sistémica de la motivación judicial. Una motivación coherente es aquella que no solo es internamente consistente —en el sentido de no incurrir en contradicciones lógicas—, sino que también se articula armónicamente con el conjunto del ordenamiento jurídico, respeta el principio de igualdad de trato y contribuye a la construcción progresiva y racional del derecho judicial colombiano.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-836 de 2001 —sobre el valor del precedente en la jurisdicción ordinaria—, estableció que el principio de igualdad impone a los jueces el deber de motivar expresamente los apartamientos de sus precedentes anteriores, bajo pena de incurrir en una

⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia STC-7580 de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. La Sala advirtió sobre los riesgos de una interpretación expansiva de las competencias judiciales que comprometiera el principio de separación de poderes.

discriminación injustificada contraria a la Constitución. Esta exigencia vincula indisolublemente la motivación judicial con la coherencia del sistema y con los imperativos de seguridad jurídica y confianza legítima.

7. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL COMPARADO: CORTE CONSTITUCIONAL Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

7.1 La Corte Constitucional: hacia una motivación transformadora

La Corte Constitucional ha construido, a lo largo de su historia, una doctrina de la motivación que podría calificarse como *transformadora*: sin abandonar las exigencias formales del garantismo, el tribunal ha ampliado progresivamente los contenidos de la motivación para incluir consideraciones de justicia material, de igualdad sustantiva y de eficacia real de los derechos. La Sentencia T-406 de 1992 —primera gran decisión en materia de derechos sociales— inauguró esta tendencia al señalar que la Constitución de 1991 impone al juez el deber de adoptar interpretaciones que hagan efectivos los derechos fundamentales, incluso cuando ello implique ir más allá de la literalidad de los textos normativos¹⁰.

En la Sentencia T-760 de 2008, relativa al derecho a la salud, la Corte Constitucional desplegó una motivación de extraordinaria extensión y complejidad que integró análisis normativos, empíricos y de política pública, emitiendo órdenes estructurales que han sido consideradas paradigmáticas del activismo judicial motivado. Esta decisión ilustra tanto las potencialidades como las tensiones del modelo: la motivación elaborada y pormenorizada otorga legitimidad a las órdenes estructurales, pero también genera interrogantes sobre la idoneidad institucional del juez constitucional para supervisar y orientar políticas públicas complejas.

8. LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: ENTRE LA CAUTELA Y LA GARANTÍA

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado una postura más cauta frente al activismo judicial, privilegiando una concepción de

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Esta sentencia sentó las bases de la doctrina constitucional sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales y la función transformadora del juez constitucional.

la motivación más cercana a los postulados del garantismo clásico. En múltiples decisiones, esta Corporación ha insistido en que la motivación de las providencias debe estar anclada en el derecho positivo vigente y en los precedentes consolidados, evitando las excursiones interpretativas que podrían comprometer la seguridad jurídica y la previsibilidad del sistema.

No obstante, la Sala ha reconocido también que la motivación judicial debe ser sensible a las particularidades del caso concreto y que el formalismo interpretativo extremo puede conducir a resultados materialmente injustos que desconocen la finalidad teleológica de las normas constitucionales. Este equilibrio, difícil de alcanzar en la práctica, revela la complejidad inherente a la función jurisdiccional en un Estado constitucional de derecho como el colombiano¹¹.

9. Conclusiones

El análisis realizado permite formular las siguientes conclusiones:

La motivación de las decisiones judiciales en Colombia constituye una garantía constitucional de primer orden, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, y cuyo contenido ha sido precisado y enriquecido progresivamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. La motivación no es un requisito formal, sino una condición sustancial de legitimidad del poder jurisdiccional.

El garantismo judicial aporta a la motivación un modelo de racionalidad argumentativa anclado en la verificación empírica de los hechos, en la sujeción al texto constitucional y legal, y en el respeto por el sistema de precedentes. Este modelo limita la arbitrariedad y protege la igualdad, pero puede resultar insuficiente en contextos de vulneración masiva y sistemática de derechos fundamentales.

El activismo judicial expande las posibilidades de la motivación para incluir consideraciones de justicia material y efectividad real de los derechos, pero entraña el riesgo de desplazar indebidamente las competencias constitucionales de las ramas legislativa y ejecutiva. Su legitimidad depende, en gran medida, de la calidad y suficiencia de la motivación que lo sustenta.

¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Auto AC-2348 de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. La Sala precisó que el formalismo interpretativo extremo puede constituir un defecto por desconocimiento del precedente constitucional cuando conduce a la negación de derechos fundamentales reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, el principio de proporcionalidad y la exigencia de coherencia sistémica ofrecen un puente argumentativo entre el garantismo y el activismo, permitiendo que la motivación judicial sea al mismo tiempo rigurosa en su metodología y sensible a las exigencias de la justicia material. El desafío para la judicatura colombiana consiste en cultivar esta tensión creativa sin sacrificar ninguno de los valores en juego.

REFERENCIAS

Doctrina

- ALEX, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2011. Vol. I.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). La ponderación en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria”. En: CEPEDA, Manuel José (ed.). Introducción a la Constitución de 1991. Bogotá: Presidencia de la República, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional, 1992.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: Corte Constitucional, 1999.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-949 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá: Corte Constitucional, 2003.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: Corte Constitucional, 2004.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-590 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Corte Constitucional, 2005.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: Corte Constitucional, 2005.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional, 2001.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: Corte Constitucional, 2008.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-215 de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá: Corte Constitucional, 2016.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-285 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá: Corte Constitucional, 2016. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-4482 de 2019. Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2019.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Auto AC-2348 de 2021. Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2021.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia STC-7580 de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2018.



INSTITUTO
COLOMBIANO
DE DERECHO
PROCESAL