



Gerson Corzo

Espejo de agua

Mixta sobre tela

50 x 50 cms

2011

Derecho y economía

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

*Héctor Elías Hernández Velasco**
*Orlando Pardo Martínez***

RESUMEN

En el presente escrito se pretende realizar un análisis del papel jugado por el control de constitucionalidad en la adecuación del Código Civil a la nueva realidad jurídica vivida en el país posterior a la expedición de la constitución de 1991, Carta a partir de la cual se gestó en el ordenamiento jurídico nacional un proceso de constitucionalización en todas las áreas del Derecho, proceso que es claro ha logrado desarrollarse con especial atención al interior del derecho civil, por medio de la jurisprudencia y de los cambios legislativos que han definido consigo la transformación del Código Civil de nuestro país. Este ensayo es un producto del Proyecto de Extensión, que en la actualidad está en ejecución, denominado "El modelo de propiedad horizontal en Colombia: Criterios y fundamentos normativos", financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Industrial de Santander.

Palabras clave: inexequibilidad, control constitucional, fuente de Derecho, código, ilegítimo, propiedad, servidumbre.

CONSTITUTIONALIZATION THE COLOMBIAN CIVIL CODE IN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTION OF 1991

ABSTRACT

This essay attemptst o analyze the role played by the constitutional control in the adaptation of the Civil Code to the new legal reality lived in the country after the promulgation of the Constitution of 1991, when the national legislative organization was transformed by a constitutionalization process in all areas of law, a process that has clearly developed within the civil law, through jurisprudence and legislative changes that have defined the transformation of the Civil Code in our country. This essay is part of an Outreach Project, currently under development, called " Horizontal property model in Colombia: Standards and normative foundations" financed by the Research Provost Office at the Universidad Industrial de Santander.

Key words: unconstitutionality, constitutional control, source of law, code, illegitimate, property easement.

* Profesor Asociado de la Escuela de Derecho y Ciencia Política, Universidad Industrial de Santander, UIS, Historiador, Abogado, Especialista en Derecho procesal Civil, Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la UIS. Miembro del Grupo de Investigación "Derecho y justicia constitucional" de la UIS. Bucaramanga, Colombia.

Correo electrónico: helherve@uis.edu.co.

** Profesor Asociado de la Escuela de Derecho y Ciencia Política, Universidad Industrial de Santander, UIS, Historiador- Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Miembro del Grupo de Investigación "Derecho y justicia constitucional" de la UIS. Bucaramanga, Colombia.

Correo electrónico: Opardo@uis.edu.co.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de la acción pública de inconstitucionalidad, mediante el acto legislativo número 3 de 1910, trajo en el ordenamiento jurídico colombiano importantes avances en la construcción de una mejorada y más adecuada estructuración de algunos institutos jurídicos y, además, en el reconocimiento de diversos derechos fundamentales que a la luz de la Constitución de 1886 eran solo un catálogo de elementos pertenecientes a la parte formal de la carta, sin la correcta y necesaria aplicación material.

Desde el Acto legislativo número 3 de 1910 hasta el año de 1991 cuando fue expedida la nueva Carta Política, el control de constitucionalidad estuvo en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, alto Tribunal al cual podía recurrir cualquier ciudadano mediante la acción de inexecutable, toda vez que el accionante logrará encontrar a una norma de inferior jerarquía, que resultará abiertamente contraria a los preceptos que la Carta Política habría contenido para el desarrollo específico en esa materia o, aún mejor, contra las generalidades axiológico-jurídicas que dicha carta contiene. Esa función después de 1991 se radicó en cabeza de la Corte Constitucional, quien es en la actualidad el organismo de alto nivel jurisdiccional que debe velar por la protección de la supremacía legal en nuestro sistema jurídico.

En el contexto que se ha descrito, de transformación del orden vigente en materia constitucional, es precisamente en donde radica el objetivo del presente escrito, pues se busca analizar el papel que ha jugado el control constitucional que se ha venido dando desde la alta corte que “recientemente” ha sido designada como garante de decidir ese tipo de acciones, en el proceso de adecuación del Código Civil al nuevo orden constitucional que ha tomado vigencia desde el año de 1991; si se tiene en cuenta que el Código Civil, la obra de Don Andrés Bello, fue expedido a la luz del orden vigente en la segunda mitad del siglo XIX.

Es preciso comprender y tener en cuenta que después de 1991 la Constitución se erigió en norma de normas y con ello en la principal fuente de jerarquía normativa, hecho que ha generado necesariamente algunos fenómenos de incompatibilidad entre normas de inferior jerarquía con la norma superior, como bien ocurrió con algunos artículos del Código Civil.

Así, debe entenderse este texto como el desarrollo analítico de sus autores con el ánimo de comprender a cabalidad la manera en la que se han adaptado recíprocamente, pero conservando sus distancias jerárquicas, esas dos normas de las cuales emanan un sin número de cuestiones jurídicas que día a día se desarrollan en la vida de la administración procesal de justicia de nuestro país, y las cuales se tratan aquí desde su base jurídica esencial.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA DE NORMAS

A partir de la expedición de la Constitución de 1991 se produjo un giro radical en el sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, al instituirse la Constitución como norma de normas, es decir como norma de cierre y como norma que da coherencia y en sí armonía al sistema jurídico. Esa premisa ha llevado a que no pueda existir ningún tipo de incompatibilidad entre una norma de inferior jerarquía con una de superior. Este postulado fue ratificado por la Corte Constitucional, que dispuso que:

...la posición de supremacía de la constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico estriba en que “aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige, en esa forma, en el marco supremo para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o prefieran los órganos por ella instaurados (Carnota, 1993, p. 123).

Al ser la Constitución el marco supremo del ordenamiento jurídico, se hizo necesaria la creación de una Corte Constitucional que se encargara especialmente de velar por la supremacía jerárquica de la Carta, hecho con el cual se cerró un periodo de hondas discusiones doctrinales y jurisprudenciales que data del siglo pasado, y donde fundamentalmente se discutía que si al otorgar funciones de control a la Corte Suprema o a un alto Tribunal constitucional podría ser fuente de rompimiento del equilibrio entre los poderes; ello siguiendo la noción que desde el siglo XIX se había enraizado en nuestro medio, fiel al modelo clásico francés en el que fundamentalmente se le daba toda la “supremacía al imperio de la ley”, y donde los jueces eran meros instrumentos en la subsunción en el supuesto de la norma. Se llegó a plantear incluso que la rama judicial debía estar sometida al Ejecutivo, planteamiento invocado por Miguel Antonio Caro, en las discusiones para la promulgación de la Constitución de 1886; se recordará que antes de 1910 ni siquiera a la rama judicial se le había otorgado, en cabeza de la Corte Suprema, la guarda de la Constitución por vía de acción, pues esa competencia estaba en cabeza del propio legislador quien decretaba la anulación de las normas inconstitucionales. A la Corte Constitucional se le encomendó fundamentalmente la responsabilidad de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, de donde resulta que sus decisiones se constituyen en fuente de Derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta.

De esa forma, y teniendo en cuenta todo el postulado esgrimido por Hans Kelsen, en torno a la norma fundante y a la existencia de un tribunal constitucional, se dejó planteado claramente por el constituyente de 1991 que la Constitución es norma de normas; pero no catalogada como cualquier norma ordinaria, su supremacía no es una mera jerarquía formal sino que es la misma esencia del ordenamiento jurídico. Se constituyó así este alto tribunal constitucional en fuente de unificación y unidad del sistema jurídico, dándole en esa medida, al menos teóricamente, seguridad jurídica y coherencia al mismo, “pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente

previsibles”¹. Todo esto significa que al ser la Corte Constitucional suprema guardiana de la Constitución, sus providencias tienen que tener un efecto vinculante horizontal y vertical para los operadores jurídicos y para todos los asociados, como se expone a continuación:

Junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez como un actor y formador consciente de las reglas constitucionales y no simplemente como un lector pasivo de los textos superiores (López Medina, 1999, p. 123).

Es decir, frente a la nueva realidad jurídica, los jueces empiezan a ser creadores de Derecho; subsecuentemente, sus providencias, y específicamente las emanadas de la Corte Constitucional, tienen fuerza vinculante, esto es, jerarquía normativa. En la sentencia SU-047 de 1999 la Corte Constitucional recuerda que está sujeto al deber de aplicar el precedente constitucional “todo tribunal y en especial el juez constitucional”; adicionalmente, la Corte corrobora razones que fundamentan la fuerza vinculante de la jurisprudencia en general y, en particular, de la jurisprudencia constitucional. Así las cosas, la sentencia C-131 de 1993² que estudió la constitucionalidad del artículo 23 del Decreto Ley 2067 de 1991, concluyó, en materia de cosa juzgada constitucional, que los fallos de control abstracto tienen fuerza obligatoria, en la medida en que tienen efectos *erga omnes* y no simplemente inter partes, conforme al artículo 243 de la Carta.

La Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia, o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la constitución ha establecido (García, 1988, p. 49-50).

De esa forma, podemos entender que a la luz de la Constitución de 1991 los fallos no tienen un efecto meramente inter partes y no son simples fallos derogatorios o anulatorios de normas inconstitucionales; hoy en día se va mucho más allá, como se reitera, al constituirse en fuente directa y por ende con prevalencia normativa en el sistema de fuentes del Derecho. En ese marco, podemos ver que la nueva Constitución produjo un giro radical en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual, como se ha intentado destacar, ha llevado al juez a un papel dinámico como agente creador e intérprete de la norma. Es muy importante la precisión hecha por la Corte Constitucional con el precedente, en el sentido de entender que en materia interpretativa en aquellos casos de la ley oscura o de penumbra, no es el legislador el único intérprete autorizado, como ocurría en la teoría clásica del derecho francés donde el juez era apenas un instrumento de aplicación de la norma, sin que le fuera dado ningún margen de interpretación o activismo judicial, pero como se recordará ya desde el siglo XIX surgían algunos pasos tímidos en el otorgamiento de funciones legales para que el juez pudiera resolver

¹ Corte Constitucional. Sentencia. SU- 047 de 1999. Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.

² Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

algunas dudas sobre la constitucionalidad de ciertas normas, ordenanzas y acuerdos municipales, para posteriormente dar paso al control de leyes y actos legislativos, hecho que era trascendental en el proceso de ruptura del exacerbado formalismo jurídico decimonónico; pero fue tan solo con la Constitución de 1991 como de una forma definida a la Corte en sus providencias de control constitucional de las leyes, se le concedió la potestad de realizar interpretación de la ley con efectos vinculantes³, como bien se ha insistido. La importancia asumida por el alto Tribunal Constitucional después de 1991, apenas puede ser comparado en la historia judicial colombiana, con el papel jugado en 1935 por la Corte Suprema, la cual en un muy corto periodo logró estructurar a través de su Jurisprudencia muchos de los institutos jurídicos en materia de derecho civil privado y en materia de fuentes del Derecho frente a los principios generales del Derecho.

Teniendo en cuenta esos presupuestos, se puede reiterar que las providencias del alto tribunal Constitucional, cuando realiza control abstracto de constitucionalidad, y cuando en la parte implícita de sus decisiones, como en la revisión de tutela, por ejemplo, llega a establecer la existencia de la llamada cosa juzgada implícita o incidentalmente *ratio iuris*, que en últimas son aquellos razonamientos de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, que al guardar una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia y un claro “nexo causal con la parte resolutive” resultan vinculantes para los operadores jurídicos. Siendo necesario para ello:

1. En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente⁴.
2. La *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión semejante.
3. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente⁵.

En esos términos, se puede establecer que a partir de 1991 la supremacía de la Constitución fue una realidad que se pudo concretar directamente en el texto de la Carta, donde igualmente se consagraron acciones de carácter constitucional como forma de materializar tal supuesto jerárquico, como la tutela, acciones populares, acciones de grupos, etc., y se llegó a regular y desarrollar de una forma profunda todo lo concerniente a las acciones de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, tribunales contenciosos administrativos; igualmente se logró mayor dimensión y aplicación de la llamada excepción de inconstitucionalidad, y quizás uno de los grandes logros fue el alcance que se le dio al llamado precedente jurisprudencial, hecho con el que asistimos a una verdadera transformación en todo el sistema de fuentes del Derecho.

³ El artículo 25 del Código Civil establece en realidad un monopolio en cabeza del legislador, para interpretar la ley oscura con carácter obligatorio, excluyendo al juez. Para la Corte, si bien es indiscutible que el legislador goza de la facultad para interpretar las leyes oscuras, en virtud del artículo 150, numeral 1 de la Constitución, la asignación exclusiva de tal atribución al Congreso, desconoce el papel del juez para “crear el derecho”, connatural a la labor de administrar justicia, en las situaciones en las que la ley no es clara. No puede desconocerse que la ley debe responder a la realidad social en que se adopta, que la sociedad es dinámica y con ella cambian las realidades en donde debe ser aplicada, de manera que debe adaptarse a una realidad cambiante para ofrecer soluciones adecuadas, dadas por el legislador o el juez. Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. Magistrado Ponente: Marcos Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1317 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimy Yepes.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1317 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimy Yepes.

Todo ello con el fin de darle jerarquía a la Carta y como una forma directa de preservación de los derechos fundamentales.

Igualmente, en materia de derechos fundamentales, un paso importante se dio en la Constitución de 1991, al reconocer una carta abierta de derechos, y al haber consagrado o dado, como nos dice la Corte Constitucional, una “nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales al orden constitucional interno”⁶. Con la precisión que solo a partir del año de 1995 la Corte Constitucional adoptó “sin ambages el concepto de bloque de constitucionalidad”⁷. Con ello se vio ampliado el espectro del reconocimiento de los derechos fundamentales, hecho gestado con la nueva Carta y que resulta ser uno de los grandes aportes, pues si se tiene en cuenta las anteriores constituciones, que a pesar de consagrar un título de derechos y garantías, ninguna de ellas había podido llegar a darle materialmente medios para su tutela y, muchos menos, se le había dado a la Carta de derechos ese sentido abierto y de reconocimiento de normas extra sistémicas. En sentencia de la Corte Constitucional de 2003 podemos establecer con mayor precisión el reconocimiento de la existencia de una carta abierta de derechos:

La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4° de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia⁸.

En esas condiciones de ruptura y en sí de adopción de un nuevo marco constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad se constituyó en un artifice muy importante en el proceso de transformación y concreción de muchas de nuestras instituciones jurídicas. Con ello asistimos propiamente a un proceso de constitucionalización del Derecho en todas sus áreas. Basta abordar el estudio de cualquiera de nuestros códigos para verificar tal realidad, pues el gran dinamismo que se presentó después de 1991 ya habla por sí solo del alcance que hoy en día ha adquirido la figura como medio del establecimiento de la jerarquía normativa postulado en el nuevo ordenamiento jurídico.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Apenas como forma de ver el destacado papel que jugó la acción de inconstitucionalidad en el proceso de adecuación constitucional del Código Civil, el cual como bien es sabido hunde sus raíces en una larga tradición histórica, se abordará el análisis de las principales demandas que se presentaron contra muchos artículos de tal Código, y el cual hoy por

⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C- 067 de 2003. Magistrado Ponente: Marcos Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de “*principios y reglas de valor constitucional*”, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. Corte Constitucional. Sentencia. C- 067 de 2003.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia. C- 067 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

hoy a pesar de no responder en todos sus alcances al actual marco constitucional sigue siendo una pieza jurídica monolítica y portadora de toda la tradición histórica civilista de occidente.

Fundamentalmente, la acción de inconstitucionalidad en materia de Código Civil se convirtió en el medio que suplió la falta del pronunciamiento del legislador en el proceso de encontrar la concordancia entre las normas promulgadas a la luz de una constitución abrogada, como fue la de 1886 y la actual. Las demandas presentadas en contra de muchas de las normas del Código Civil estuvieron enfocadas en el sentido de buscar que la Corte declarara la inconstitucionalidad de artículos totales o parciales, por resultar estos contrarios a los principios rectores de la carta o ser violatorios de derechos fundamentales, tales como los artículos relacionados con los tratos discriminatorios, o como los que podían resultar de la denominación de ilegítimos a los hijos por fuera del matrimonio, o la de expresiones que resultaban lesivas o discriminatorias por su denominación a personas que tenían algún tipo de discapacidad mental, tales como: “locos”, “furiosos”, “mentecatos”, etc., o de aquellos artículos que rompían el consolidado derecho de igualdad, como el resultante de los matrimonios y las uniones maritales de hecho, o de estas dos últimas con las uniones entre parejas del mismo sexo.

De la misma forma se demandaron aquellos artículos que mostraban un atraso o desactualización en relación con el desarrollo científico y que por ende impedían obtener pruebas valiosas en materia de filiaciones, como por ejemplo la espera que debía hacer la mujer para contraer nuevas nupcias después de la muerte del cónyuge. De igual manera, en materia de bienes se establecieron muy pocas sentencias, una de las cuales declaró la inexecutable de la expresión “arbitrariamente” en el derecho de dominio, y otra dio un condicionamiento a la disposición normativa en materia de servidumbre de tránsito.

3.1 El título de las personas y la acción de inconstitucionalidad

En materia de consanguinidad, la Corte Constitucional siendo consecuente con las transformaciones que en esta materia ocurrían en el ordenamiento jurídico colombiano, como los decretos 2820 de 1974 y 772 de 1975, y la Ley 29 de 1982, en los cuales se había reemplazado la denominada consanguinidad ilegítima por la de extramatrimonial, declaró la inexecutable del artículo 39, 48 y 41 I del Código Civil. Con este fallo se cerró una larga tradición, que había caracterizado el sistema jurídico colombiano, en la cual los hijos concebidos fuera del matrimonio no tenían ningún tipo de derechos derivados del vínculo paterno, pues eran hijos de “dañado y punible ayuntamiento”, “bastardos”, “ilegítimos” o “naturales”. Con el fallo queda claramente establecido el sentido del reconocimiento de todos los hijos frente a la ley, sin que pueda haber ningún tipo de trato discriminatorio. En ese sentido, a la luz de los artículos 39 y 48, según la Corte, se prestaba para equívocas interpretaciones la expresión “ilegítimo”, entre otras razones, porque el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce igualdad entre la familia natural y la jurídica, de tal suerte que no existe consanguinidad ilegítima a causa de la inexistencia del matrimonio⁹. En otra sentencia que versaba sobre el artículo 61, aclaró la Corte que la declaración de inexecutable del artículo 48 no implicaba la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se

⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-595 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, dijo la Corte, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo¹⁰.

Siguiendo el mismo derrotero, se declaró en 2010 la inconstitucionalidad del artículo 62 del C.C., en lo concerniente con la expresión “cuando se trate de hijos extramatrimoniales” contenida en el inciso tercero del numeral 1º de ese mismo artículo. Según lo establecido por la Corte, se deja sentado el criterio según el cual los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, supone el derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares, con un impacto importante y definitivo, dirigido a garantizar que los hijos no sean sometidos a tratos discriminatorios por razón de su origen familiar¹¹.

En otra de las demandas, esta vez sobre el artículo 244, fue declarada inexecutable la expresión “legítima”¹². En esa medida se sigue reiterando que no se puede romper la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, e incluso estos derechos no terminan en ellos sino que continúan en sus descendientes, sean éstos, a su vez, legítimos extramatrimoniales o adoptivos¹³. De la misma forma el artículo 253 C.C., sobre la crianza y educación de los hijos, la Corte en la expresión legítima declaró su inconstitucionalidad¹⁴.

De tal forma, los derechos de los hijos fueron matizados con la inconstitucionalidad del artículo 169 que consagraba el inventario de bienes en segundas nupcias; en ese artículo específicamente se declaró la inconstitucionalidad de las expresiones consagradas en el artículo 5º, subrayadas: “La persona que teniendo hijos (de precedente matrimonio) bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiere (volver a) casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando”; según la Corte, con estas

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. En la misma providencia se declaró la exequibilidad de la expresión “legítimos” contenida en los numerales 5 y 7.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-145 de 2010. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Corte Constitucional. Sentencia No. C-105 de 1994. Exequible. Artículos 1226, 1241, 1244, 1245, 1250, 1253, 1255, 1258, 1261, y 1274 del Código Civil Colombiano, salvo la palabra “naturales” del inciso primero del artículo 1253, que se declara inexecutable. Declárense inexecutable las siguientes palabras, contenidas en los artículos del Código Civil que se determinan a continuación:

- a) En el artículo 61, la palabra legítimos, que aparece en los ordinales 1o., 2o. y 3o.
- b) En el artículo 222, la palabra legítimos.
- c) En el artículo 244, la palabra legítimo del inciso segundo.
- d) En el artículo 1253, la palabra legítimos, que aparece dos (2) veces en el inciso primero; y en el artículo 1259, la palabra legítimo que aparece en los incisos primero y segundo.
- e) En el artículo 260, la palabra legítimos, que aparece en el inciso primero;
- f) En el artículo 422, la palabra legítimos que aparece en los ordinales 2o. y 3o., y legítimo que aparece en el ordinal 5o.
- g) En el artículo 457, la palabra legítimos, del ordinal 2o.
- h) En el artículo 537, la palabra legítimos, del ordinal 2o.
- i) En el artículo 550, la palabra legítimos utilizada en los ordinales 2o. y 3o.
- j) En el artículo 1016, la palabra legítimos usada en el ordinal 5o.
- k) En el artículo 1025, la palabra legítimos empleada en el ordinal 2o.
- l) En el artículo 1226, la palabra legítimos, del ordinal 4o.
- ll) En el artículo 1236, la palabra legítimos, del inciso primero.
- m) En el artículo 1242, la palabra legítimos, que aparece en el inciso segundo.
- n) En el artículo 1261, la palabra legítimo, empleada en el inciso primero.
- ñ) En el artículo 1266, la palabra legítimos, que aparece en el ordinal 1o.
- o) En el artículo 1277, la palabra legítimos, del inciso segundo.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-10 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia Número 1026 de 2004. Según comunicado de prensa de la Sala Plena de 21 de octubre de 2004. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Código Civil, Comentario, Legis.

expresiones se violan los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto ellas establecen un tratamiento discriminatorio entre las distintas “clases” de hijos que describe nuestro ordenamiento legal, al no preverse lo pertinente en su regulación a los hijos extramatrimoniales. La sentencia reza así: “...para la persona que haya tenido un vínculo matrimonial y quisiera contraer nuevas nupcias, la obligación de elaborar un inventario solemne de los bienes que esté administrando de los hijos habidos en dicho matrimonio, que se encuentren bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, con la intervención de un curador especial... Del incumplimiento de dicha obligación se generan ciertas consecuencias negativas y sanciones”¹⁵. Y prosigue:

Según la Constitución, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de éste. La igualdad pugna con toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado. De tiempo atrás, la ley colombiana ha establecido la igualdad de derechos entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. En virtud de la adopción, el adoptivo ingresa a la familia y se convierte en parte de ésta, del mismo modo que los hijos de la sangre. La igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, no termina en ellos: continúa en sus descendientes, sean éstos, a su vez, legítimos extramatrimoniales o adoptivos. Toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar, es contraria a la Constitución. Son contrarias a la Constitución todas las normas que establezcan diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones entre los descendientes legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, pues al igual que los hijos tienen iguales derechos y obligaciones¹⁶.

3.2 El lenguaje: objeto de inconstitucionalidad

En otras demandas de inconstitucionalidad ya no solamente se invocó el rompimiento del derecho de igualdad sino que se puso de presente que muchas palabras o expresiones igualmente se constituían en fuente de rompimiento de derechos fundamentales y por ende resultaban contrarias a los principios rectores de la Carta. Fue así como se atacó por inconstitucional el artículo 33 del Código Civil, el cual fue declarado inexecutable, salvo con la expresión persona, la cual se determinó executable. Es decir, que las demás disposiciones del artículo 33 fueron declaradas inexecutables, como eran las de hombre, niño, adulto, etc., por resultar, según la Corte Constitucional, contrarias a los valores, principios y derechos constitucionales porque tornaban invisible al género femenino.

En el mismo sentido el artículo 34 del C.C., las expresiones “varón” y “la mujer que no ha cumplido doce” fueron declaradas inexecutables¹⁷. Quedando así establecido que se identificará como impúber a todo el que no ha cumplido catorce años. De tal manera, el citado artículo resulta constitucional siempre y cuando, dice la Corte, se entienda que son impúberes los menores que no han cumplido los 14 años, independientemente de si es varón o mujer, y que son púberes las personas entre los 14 y los 18 años, también, independientemente de si es varón o mujer, para todos los efectos civiles¹⁸.

En otra sentencia, con el mismo fundamento, se declaró la inexecutable de la

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-289 DE 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Becerra Carbonell.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 804 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra porto.

expresión “o cuando la mujer aunque impúber haya concebido” contenida en el artículo 143 del Código Civil.¹⁹ Para la Corte, la exclusión establecida en la norma demandada constituye un trato discriminatorio prohibido por el artículo 13 de la Constitución, de los contrayentes menores de edad que han engendrado-concebido, toda vez que el matrimonio no es el único mecanismo del ordenamiento jurídico para proteger al hijo concebido, quien goza de una amplia gama de instrumentos de protección. De manera que todos los menores impúberes pueden solicitar, asistidos por sus padres o curador *ad litem*, la nulidad del matrimonio²⁰.

Y en la misma búsqueda de la igualdad de géneros, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 126 del Código Civil, tal y como fue modificado por el artículo 7º del Decreto 2272 de 1989, con excepción de la expresión “de la mujer”, que se declaró inexecutable, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (CP arts. 13 y 43), el competente para celebrar el matrimonio es el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes, a prevención²¹.

En otra de las sentencias, y haciendo precisión sobre el uso del lenguaje, la Corte declaró también la inexecutable del artículo 89, el cual en su tenor literal consagraba: “El domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella”²². La libre determinación del domicilio, dice la Corte, se da en desarrollo del principio de igualdad garantizado en el artículo 13 de la Carta Política, pues tan persona es el patrono como su trabajador doméstico, y los dos deben tener la misma posibilidad para fijar de manera autónoma sus respectivos domicilios, sin que el uno dependa del otro. Para la Corte, los postulados del Estado Social de Derecho son incompatibles con toda concepción legal de castas o estratos sociales y en consecuencia resultan inconstitucionales las reglas que, suponiéndolos, acojan la idea de que unas personas, en el ámbito de su particular autonomía, estén supeditadas a la voluntad, a los deseos o a la condición de otras²³.

En el mismo sentido del domicilio de los contrayentes en un matrimonio, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las expresiones “varón” y “de la mujer”, consagrados en el artículo 131 del C.C., referentes a los contrayentes matrimoniales de distritos diferentes. El argumento esgrimido por la Corte Constitucional tuvo que ver con el desarrollo del derecho constitucional a la igualdad entre sexos; en consecuencia, según el criterio establecido se debe entender que en este caso la norma trata del juez de la vecindad de aquel contrayente, cuyo domicilio fue escogido por los futuros cónyuges como lugar para celebrar el matrimonio y el requerimiento se hará al juez de la vecindad del otro²⁴.

Del artículo 140 del C.C., en torno a la nulidad del matrimonio, se declararon inconstitucionales algunas expresiones consagradas en el inciso 3º, que versa sobre la nulidad de aquellos matrimonios en que falta el consentimiento de alguno de los

¹⁹ Código Civil Colombiano. Art. 43.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia. C- 008 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

²¹ Corte constitucional. Sentencia C-112 del 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. Magistrado Ponente: Marcos Gerardo Monroy Cabra.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de julio 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁴ Corte Constitucional Sentencia. C112 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

contrayentes o de ambos, estas fueron: “Los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos”²⁵. Para la Corte el lenguaje legal debe ser acorde con los principios y valores que inspiran a la Constitución de 1991, ya que:

Es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga... es evidente que los términos empleados por el legislador de la época para referirse al caso en que se presume la falta de consentimiento para contraer matrimonio de quien es incapaz en razón a su condición mental, son contrarios a la dignidad humana y por ende discriminatorios. Por lo tanto, si bien deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico, no es posible expulsar las solas expresiones demandadas²⁶, resultando necesaria en este caso su integración normativa a fin de poderlas retirar del ordenamiento jurídico, permitiendo, a su vez, que el contenido normativo que sí resulta constitucional no pierda sentido y armonice con el sistema jurídico del que forma parte²⁷.

3.3 Actualización científica: pruebas

La Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “de derecho” consagrada en el artículo 92 del C.C., en la que fundamentalmente se asumía una presunción de derecho en materia de filiación, que, como es entendido, no admite prueba en contrario. El fundamento que tuvo en cuenta la Corte para su declaratoria de inexecutable fue que en la actualidad científica la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación. La filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por la experticia sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antro-po-heredo-biológica. En consecuencia, la presunción establecida en esta norma será simplemente legal, que admite prueba en contrario²⁸.

Por su parte, el artículo 127, en el cual se establece la prohibición para que determinadas personas que posean algún tipo de discapacidad, como en el caso de ciegos, sordomudos, sean inhábiles para rendir testimonio. Según la Corte, la consagración de esa imposibilidad o inhabilidad para rendir testimonio produce una discriminación a un grupo determinado de personas al restringir la posibilidad de ser testigos a los ciegos, sordos y mudos, lo que resulta a todas luces contrario a los principios Constitucionales²⁹. Ello debido a que el desarrollo científico ha podido crear medios idóneos que permiten la comunicación con otro tipo de medios gesticulares o medios tecnológicos.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 2003. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶ Exequible el numeral 8 del artículo 140 del Código Civil, condicionado a que se entienda que la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena. Declarar Exequible el numeral 6° del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando el término “robada violentamente” se entienda como sean raptados y, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad de sexos, la causal de nulidad del matrimonio y la convalidación de la misma, puede invocarse por cualquiera de los contrayentes. Ver en: Corte Constitucional. Sentencia. C-007 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 2003. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia. C-004 de 1998. Magistrada Ponente: Jorge Arango Mejía.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 1999. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

En el mismo orden se declaró la inexecutable de los numerales 5, 6 y 7 del artículo 1068 del Código Civil, de las expresiones “ciego”, “sordos” y “mudos”. Encuentra la Corte que le asiste razón al demandante por cuanto los numerales acusados al establecer la inhabilidad para ser testigos de un testamento solemne a las personas ciegas, sordas y mudas, crean una discriminación inaceptable a la luz de la actual Carta Política. En efecto, el artículo 13 superior dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y recibirán el mismo trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin que sea posible establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica³⁰, e impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que dicha igualdad sea efectiva y real. Establece, igualmente, la disposición superior citada, que “el Estado protegerá a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometen³¹”. En el mismo marco, en el artículo 1504, la expresión por “escrito” fue declarada inexecutable. (Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito)³².

3. 4 El divorcio y segundas nupcias

El artículo 154 del C.C. fue declarado inexecutable en la expresión: “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”³³. Así, pues, el estudio hecho por la Corte, encontró que la expresión anteriormente enunciada, como una de las causales de divorcio, vulnera derechos de orden constitucional, ello debido a que “al asignarle al perdón o consentimiento que haya prestado uno de los miembros de la pareja a las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, el efecto que le asigna esta norma, el legislador se inmiscuye en el fuero interno de los cónyuges. Para la Corte, la norma parcialmente demandada es inconstitucional porque ante la realidad de la ruptura conyugal,

El Legislador no puede imponer la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ni inmiscuirse en el fuero íntimo de los miembros de una pareja a través de la valoración de los mecanismos que sus integrantes elijan conjunta o individualmente para la realización del amor conyugal, así ésta no se consiga. Y, además, como de conformidad con los presupuestos constitucionales el Legislador no puede negar a los cónyuges, ante una situación de fracaso, la reestabilización de sus vidas en todos los órdenes, la expresión demandada es inconstitucional y así lo declaró la Corte³⁴.

De igual forma y en el mismo contexto, la Corte se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la expresión “de precedente matrimonio” del Art. 171 del Código Civil, pero condicionó la interpretación del vocablo “casarse” y la expresión “contraer nuevas nupcias”, contenidos en dichas normas, en armonía con los Arts. 13 y 42 de la Constitución, a la circunstancia de que sean entendidos, bajo el supuesto de que la misma obligación que se establece para la persona que habiendo estado ligada por matrimonio anterior quisiere

³⁰ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 13.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-065 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-983 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-66° de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-66° de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur.

volver a casarse, se predica también respecto de quien resuelve conformar una unión libre de manera estable, con el propósito responsable de formar una familia³⁵.

En otro fallo, igualmente referente al matrimonio, respecto de los artículos 173 y 174 en lo relativo a las segundas nupcias, se declaró Inexequible, en lo referente a la imposibilidad de la mujer de volver a contraer segundas nupcias antes del parto o de haber cumplido 270 días, cuando el matrimonio haya sido disuelto o haya sido declarado nulo. En su análisis la Corte resalta lo improcedente del mantenimiento de esta consagración normativa, la cual obedeció a una realidad en la cual el desarrollo científico no había adquirido los niveles de avance que en la materia se presentan hoy día; al respecto dice la Corte, “nuestro Código Civil se redactó en el siglo XIX, época ajena a los conceptos modernos de herencia biológica”³⁶.

3.5 La emancipación de los hijos y los malos tratos

Primeramente está la inconstitucionalidad de la expresión *habitual*, y en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, consagrados en el artículo 315 del C.C., que hace alusión directa a la emancipación judicial del hijo, la cual se puede hacer por decreto del juez, por maltrato (habitual) del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño. El fundamento de la inexecutableidad declarado por La Corte Constitucional, se dio:

... en razón a que atentan contra los derechos de los menores y desconocen la protección especial consagrada en la Constitución contra todo acto de maltrato. De esta manera, la causal de emancipación se contrae al maltrato del hijo y en cada caso, el juez de conocimiento deberá valorar las circunstancias que rodean al menor afectado, para efectos de determinar si amerita decretar la pérdida de la patria potestad del padre o padres responsables³⁷.

3.6 El desheredamiento

El inciso primero del numeral 5 del artículo 1266 del Código Civil autoriza a un ascendiente a desheredar a un descendiente:

por haber cometido un delito a que se haya aplicado alguna de las penas designadas en el número 4 del artículo 315, o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames, a menos que se pruebe que el testador no cuidó la educación del desheredado es inconstitucional³⁸.

Encontró la Corte que esa disposición resulta contraria a la Constitución, como quiera que se autoriza la imposición de una pena civil por la comisión de un hecho delictivo diferente a las demás causales que la misma norma establece para desheredar a un descendiente, bajo la consideración ya hoy arcaica según la cual era esa una manera de asegurar por el causante el respeto a las reglas de comportamiento doméstico, o para imponer una sanción a quien con su conducta afectara el honor del causante o de la familia a la cual perteneciera, pues se consideraba infamante, deshonoroso e injurioso a los familiares, el haber incurrido en delito sancionado por el Estado con pena privativa de la libertad³⁹.

³⁵ Constitucional en Sentencia C-289 de marzo 15 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Becerra Carbonell.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 1440 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia. C-1003 de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Hernández.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Igualmente, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 1134, entre otras razones, por considerar que una disposición que limite o condicione derechos como el de usufructo, uso o habitación o una pensión periódica de la mujer siempre que permanezca en estado de soltería o viudez, resulta claramente contradictoria al espíritu de igualdad que inspiró la Constitución de 1991. Por ello estimó la inconstitucionalidad de este artículo, sin prohibir que el testador establezca asignaciones condicionales tal como lo establece el artículo 1128, y así, simplemente, se trata de la exclusión de la condición que trae esta disposición ya que va en contravía de los principios de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación del asignatario, al impedir que este contraiga nupcias por primera o segunda vez⁴⁰.

3.7 La expresión ‘arbitrariamente’ en el derecho de dominio

En materia de bienes, la Corte Constitucional se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 669⁴¹, en el llamado derecho de propiedad o dominio en la expresión “arbitrariamente”. En el ordenamiento jurídico colombiano, según el concepto de dicho Tribunal, la configuración del derecho de propiedad (reiterativa de la inconsistencia anotada a propósito de la Reforma de 1936), se hizo atenuando aún más las connotaciones individualistas del derecho y acentuando su función social. Es claro, según la Corte Constitucional, que el paso dado por el Constituyente de 1991 aleja aún más al ordenamiento jurídico Colombiano, y ahora sí de modo inocultable y considerable, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes), contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio “arbitrariamente”, así se hagan complejos intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esta palabra.

De todo lo anterior se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer, es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad dista mucho de coincidir con el propuesto por el Constituyente del 91; por ende, se deduce que el contenido del Art. 669 del Código Civil, según el cual el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho arbitrariamente, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia⁴². Es preciso tener en cuenta que esta misma disposición había sido declarada exequible en el año de 1988. Para la Corte Suprema, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, no había contradicción entre la norma constitucional que definía el derecho de propiedad como función social, pues esta disposición de la función social ya había sido consagrada desde la Ley 200 de tierras en el gobierno de López Pumarejo, la disposición que lo considera como derecho real del cual puede hacerse uso arbitrariamente pero con sujeción a la ley y al respeto del derecho ajeno, pues tal definición adoptada por el constituyente, bajo la inspiración de Duguit, le asigna simplemente al Estado un mayor poder de limitación de dicho derecho cuando un interés social así lo exija, como el propio profesor Bordelés lo reconoció al decir que, como

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁴¹ Artículo 669. Definición: El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella (arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno).

⁴² Constitucional. Sentencia C-595 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

obligada consecuencia de la función social de la propiedad, “el legislador puede, por tanto, introducir a la propiedad individual todas las restricciones que sean conformes con las necesidades sociales a las cuales debe sujetarse”⁴³.

3.8 Sobre el derecho de servidumbre de tránsito

En materia de servidumbre se declaró inexecutable la expresión “toda” contemplada en el artículo 905 del C.C., norma que hace alusión al derecho de servidumbre de tránsito; ahora bien, el problema resuelto por la Corte se circunscribe al hecho de que para el reconocimiento de una servidumbre de tránsito se debe hallar destituido de toda comunicación. Para la Corte, en el actual marco constitucional y legal, el derecho de propiedad debe cumplir una función social, de lo cual, según ésta Corporación,

... es lógico inferir que un bien que no tiene comunicación con las vías públicas no puede ser adecuadamente explotado o usado, con lo que se afecta el interés colectivo que implica la incomunicación del predio sirviente como condición necesaria para imponer la servidumbre. En esa medida, si el predio cuenta con vía de acceso, pero puede resultar ésta inadecuada o insuficiente para explotar, usar y gozar del bien; es esencialmente por estas razones le dio la inconstitucionalidad de la expresión⁴⁴.

4. CONCLUSIÓN

La existencia de una jerarquía normativa en el moderno Estado de Derecho ha significado el punto de equilibrio de los poderes, y el elemento que le ha permitido a este tipo de Estados crear unas nociones claras de seguridad y coherencia del sistema jurídico. Se puede entender ello a partir del derrumbe de las monarquías absolutistas y del surgimiento del Estado de Derecho. En tiempos de las monarquías absolutistas, el rey supuestamente emanaba su autoridad de gobernar de la gracia divina, pero con el derrumbe de las monarquías, los emergentes Estados como los latinoamericanos y, desde luego, entre ellos el colombiano, diseñaron un modelo alejado de la autoridad del monarca, que por más de tres siglos los había gobernado.

El modelo de Estado constitucional les representó a estos primeros constituyentes el punto de encuentro de sus diferencias. La Constitución, como norma suprema del ordenamiento al cual todos debían estar sujetos, les significó ese elemento que le daba unidad y le garantizaba cada uno de los derechos de los nuevos ciudadanos y, de contera, legitimaba el ejercicio del poder político.

En esa medida, la jerarquía normativa, entendida como la existencia de unas normas de superior e inferior jerarquía -modelo kelseniano- representó un punto crucial para el diseño de la nueva realidad jurídico-política. No todas las normas podían tener el mismo efecto vinculante; unas podían ser del orden local, regional o nacional, y otras debían darle coherencia y unidad a ese sistema, siendo en este punto la Constitución la norma suprema. El constitucionalismo en nuestro país se inició en 1810, y se ha extendido por

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 86. Referencia: Expediente número 1823. Acción de inexecutableidad contra el artículo 669 del Código Civil. Ley 57 de 1887. El dominio o propiedad. Actor: Ernesto Rey Cantor. Magistrado Ponente: Dr. Jairo E. Duque Pérez.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

todo el siglo XIX hasta la actualidad; desde esos tiempos no ha pasado un sólo momento en nuestra historia donde se haya invertido esa realidad, ni siquiera en tiempos de las dictaduras: Bolívar, Urdaneta, Melo, Mosquera, Reyes, y Rojas, se actuó por fuera del marco de las normas.

El asunto clave para entender el desarrollo y ascenso del constitucionalismo en Colombia, particularmente frente al surgimiento y consolidación del control constitucional, radica en la comprensión histórica del mismo proceso de origen y funcionamiento del poder político, legitimado en la democracia representativa y materializado en las instituciones ‘motores’ de la política en el Estado liberal, esto es, en el ejecutivo y en el legislativo, y, de contera, la percepción de una rama judicial ‘subordinada’ a tales ‘poderes’, teóricamente soportada en el clásico modelo de Estado de derecho, representativo y de soberanía nacional.

En el modelo clásico del Estado de derecho, el poder legislativo tenía la legitimidad exclusiva para crear derecho como intérprete de la Carta, por ello lo imperante era el ‘derecho’ (dado por la ley), emanado de dicho órgano y no la Constitución; el pueblo le entregaba la soberanía para interpretar y desarrollar la Constitución; mientras que al poder jurisdiccional le correspondía la tarea de garantizar y tutelar lesiones a los derechos sobre la base de la aplicación exclusiva de la ley. Lo anterior explica por qué el control de la misma Carta estaba en manos del legislativo, pues precisamente éste era el autorizado democráticamente para definirla, protegerla o modificarla.

La confianza en el “imperio de la ley”, del modelo jurídico colombiano en el siglo XIX, llevó a que se gestara una completa pasividad por parte de nuestros altos tribunales de justicia, pues a ellos no les era permitido sino constituirse en unos aplicadores irrestrictos de la ley, eran simplemente su “boca”. Ahora bien, todo lo anterior, paradójicamente, bajo la óptica de la concepción la supremacía de la Carta, la cual sí operaba para los demás órganos del Estado, principalmente frente a las normas emitidas por las autoridades ejecutivas, constituyó y permitió el interés real de establecer un control de constitucionalidad y de legalidad, como control político-jurídico del legislativo para mantener su supremacía normativa, fincada, como se anotó, en el ‘imperio de la ley’. En síntesis, existía una conciencia teórica y formalizada del modelo normo-jerárquico de supremacía constitucional, pero políticamente y jurídicamente se sustentaba la supremacía del legislador, soportada en la legitimidad democrática y funcional del mismo.

En ese marco, en realidad, era imposible cualquier tipo de activismo judicial; para el poder judicial, su participación, en materia y concreción de la supremacía constitucional, fue extremadamente limitada hasta 1910 cuando surgió tanto la aparición de los controles de constitucionalidad como los de legalidad; hecho con el cual se abrió el camino para que los ciudadanos, por activa, pudieran participar en la vigilancia de la supremacía constitucional, y que se logró de forma acabada con la creación de la Corte Constitucional en 1991, con lo cual se hizo posible la construcción de un nuevo paradigma en el nuevo modelo de Estado, esto es, el Estado Constitucional de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carnota, W. (1993). Una Visión Introspectiva del Nuevo Control de institucionalidad Colombiano. *Revista Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*, (6), 1993, Ministerio de Justicia.

Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. En la misma providencia se declaró la exequibilidad de la expresión “legítimos” contenida en los numerales 5 y 7.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-595 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-379 de julio 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia. C-004 de 1998. Magistrada Ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 1999. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte constitucional. Sentencia C-112 del 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-289 DE 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Becerra Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-66° de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur.

Corte Constitucional. Sentencia C- 1440 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-1317 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimy Yepes.

Corte Constitucional. Sentencia. C-983 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia. C- 067 de 2003. Magistrado Ponente: Marcos Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 2003. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-065 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia Número 1026 de 2004. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C- 804 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. Magistrado Ponente: Marcos Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia. C-1003 de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-145 de 2010. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia. C- 008 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

García de Entierro, E. (1988). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3 edición. Madrid: Civitas Editores.

López, D. (1999). El Valor del Precedente Constitucional. En *Derecho Constitucional. Perspectiva Crítica*. Bogotá: Siglo del hombre Editores. Vol. I. Facultad de Derecho Universidad de los Andes.