

T-142-94

Sentencia No. T-142/94

ACCION INDEMNIZATORIA-Titularidad/DEBIDO PROCESO/PROCESO DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

En el presente caso, la negativa de entregar a la actora la suma indemnizatoria obedece a un aspecto sustancial, enmarcado en el debido proceso, por la siguiente razón. El señor se encuentra desaparecido y no ha culminado el proceso respectivo. Es obligación del Estado proteger también los intereses del desaparecido, los cuales sólo se protegen con el cumplimiento del debido proceso, sin que sea posible pretermitir trámite procesal alguno. La Sala considera que la negativa del Juzgado Penal no puede considerarse violatoria de los derechos fundamentales señalados por la actora, el debido proceso que debe cumplirse antes de hacer la entrega de la suma depositada en el Banco Popular, guarda armonía con la verdadera protección de los derechos de la familia y del propio desaparecido. No se pueden invocar en forma aislada derechos fundamentales y proceder a su protección, sin estudiar de manera armónica la razón de ser de las formas jurídicas. Formas jurídicas que, en la mayoría de los casos, no obedecen a simples caprichos del legislador, sino que están encaminadas a proteger el debido proceso.

REF: PROCESO T-24.202

PETICIONARIA: ANTONIA ISABEL ORTEGA DE LOPEZ contra el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE SANTA MARTA.

PROCEDENCIA: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA - SALA CIVIL contra el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE SANTA MARTA.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE ARANGO MEJIA.

Aprobada en sesión de la Sala Primera de Revisión, celebrada a los veintitrés (23) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo

proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil, actora ANTONIA ISABEL ORTEGA DE LOPEZ.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 33 del citado decreto, la Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de revisión, el expediente de la referencia.

La señora ANTONIA ISABEL ORTEGA DE LOPEZ presentó el 2 de agosto de 1993, ante el Juez Civil del Circuito de Santa Marta, demanda de tutela contra el Juzgado Tercero Penal Municipal de la misma ciudad, con el fin de que le sea entregada la suma depositada en el Banco Popular a favor de su esposo, pues el mencionado Juzgado se ha negado a hacerlo.

#### a) Hechos

La actora es la esposa legítima del señor Jaime López de la Rosa, quien desde el 1o. de noviembre de 1990 se encuentra desaparecido.

En el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta se adelantó un proceso por lesiones personales, en el que figuró como una de las víctimas el señor Jaime López de la Rosa. Mediante sentencia del 2 de agosto de 1991, se condenó al responsable del delito de lesiones personales a indemnizar al señor López, en un equivalente a treinta (30) gramos oro por perjuicios materiales y quince (15) gramos oro, por morales. En el Banco Popular, sección depósitos judiciales, el Juzgado realizó la consignación correspondiente, por la suma de \$382.325,95, a favor del señor López, esposo de la actora. La sentencia condenatoria fue confirmada por el Juzgado Tercero Superior, mediante fallo del 31 de octubre de 1991.

En el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Santa Marta cursa un proceso de declaración de muerte por desaparecimiento, iniciado por la actora, cuya demanda fue admitida el 31 de diciembre de 1992.

El 13 de enero de 1993, la actora solicitó al Juzgado Tercero Penal Municipal que le fuera entregada la suma que a favor de su esposo está depositada en el Banco, pues él se encuentra desaparecido y cursa el proceso respectivo. Esta solicitud fue negada por el Juez, en providencia del 25 de enero de 1993. La esposa insistió en su solicitud acompañando los

registros civiles de matrimonio y nacimiento de los cinco hijos del matrimonio. El Juzgado negó la reposición pero concedió el recurso de apelación que se había interpuesto. El Juzgado Octavo Penal del Circuito conoció la apelación, confirmó el proveído impugnado, y señaló que el esposo de la actora sigue siendo el titular de la acción indemnizatoria hasta que se obtenga la declaratoria de la muerte presuntiva. Todo de conformidad con el artículo 104 del Código Penal.

La actora, en razón de esta negativa, presentó la acción de tutela contra el Juzgado Tercero Penal Municipal.

b) Derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

La actora, en su demanda de tutela, manifiesta que la actuación del Juzgado al negarse a entregarle la suma depositada en el Banco Popular vulnera los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución, por las siguientes razones:

“Soy una persona que carezco de todo medio económico que me permita a mí y a mi familia conformada por los hijos que en común tengo con JAIME LOPEZ DE LA ROSA, nuestra subsistencia. . .

Señala la actora que necesita el dinero para hacer una pequeña inversión que le permita atender las necesidades primarias.

Considera que la negativa del Juzgado Tercero Penal Municipal se basa en aspectos esencialmente formalistas, como es tener que esperar la sentencia de presunción de muerte por desaparecimiento, actitud que contraría lo dispuesto con la Constitución.

La actora solicita que se llame a declarar a algunas personas que conocen su situación personal, familiar y económica.

Adjunta los registros civiles de matrimonio y de nacimiento de sus hijos, y del auto que admitió la demanda de muerte por desaparecimiento.

c) Pretensiones.

La actora solicita que se ordene al Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta le sea

entregada la suma depositada en el Banco Popular a favor de su esposo.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Civil del Circuito practicó diligencia de inspección judicial en el Juzgado Tercero Penal Municipal y recibió declaraciones de las personas que señaló la actora.

En sentencia del 17 de agosto de 1993, el Juzgado DENEGO la tutela solicitada, por las siguientes consideraciones:

- Según el artículo 10. del decreto 306 de 1992, que reglamentó el artículo 60. del decreto 2591, lo pretendido por la actora, no tiene el carácter de irremediable.

También señaló el Juez:

“En este caso se pretende la entrega de la suma que le correspondería a la accionante como cónyuge, y a sus menores hijos, a quienes ésta representa, del señor Jaime López de la Rosa, como se precisó. La negativa del Juzgado Tercero Penal Municipal para hacer entrega de esos dineros a la peticionaria se fundamenta en que no ha concluído el proceso de declaración de muerte por desaparecimiento, decisión que fue confirmada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito al que le correspondió conocer la apelación interpuesta en su contra.

“Este Despacho comparte las apreciaciones de los juzgados mencionados. Corresponde primero esperar la declaración del juzgado de familia, esto es, que se declare la muerte por desaparecimiento del señor Jaime López de la Rosa, para que, entonces sí, quede legitimada su cónyuge por sí misma y en representación de sus menores hijos, para reclamar los dineros que correspondan a él y que se encuentran depositados a nombre del Juzgado Tercero Penal Municipal.”

## III. IMPUGNACION

La actora impugnó esta decisión con los siguientes argumentos:

- El Juez profirió un “fallo inhumano”, pues no tuvo en cuenta su situación social y económica como mujer y madre de cinco hijos menores, violando así los derechos contemplados en los artículos 42,43 y 44 de la Constitución.

- El Juez no tuvo en cuenta lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 6o. del decreto 2591 de 1991, en el cual se señala que el juez atenderá las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

- La actora reitera que es una persona que no tiene empleo, ni bienes, ni rentas, y que para mantenerse ha tenido que recurrir al espíritu caritativo de parientes y amigos.

Por razones legales y humanitarias, solicita que se revoque este fallo.

#### IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Además de las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta solicitó al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia fotocopia del proceso de muerte por desaparecimiento del señor Jaime López de la Rosa, que cursa en ese Juzgado.

Mediante sentencia del 7 de septiembre de 1993, el Tribunal REVOCO el fallo del Juzgado Tercero Civil del Circuito, y ordenó al Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta lo siguiente:

“ORDENAR al Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta disponga lo pertinente para que entregue a la señora Antonia Isabel Ortega de López los dineros que, por acción indemnizatoria fueron cancelados a favor del señor Jaime López de la Rosa y que actualmente se encuentran depositados en el Banco Popular de esta ciudad, por cuenta de ese despacho y para los fines consignados en la parte motiva de esta providencia.

“La señora Ortega de López queda comprometida a dar la cuota que a otros herederos correspondan, en caso de reclamar.”

Las consideraciones del Tribunal fueron:

“Probado está dentro del proceso lo siguiente:

“1. El matrimonio de la accionante con el señor Jaime Rafael López de la Rosa, ocurrido el día 26 de octubre de 1971.

“2. La demanda instaurada por la señora Ortega de López de muerte por desaparecimiento.

“3. Que en esa unión nacieron cinco (5) hijos de los cuales, cuatro (4) son menores de edad: Claudia Cecilia, Giovanni Gerald, Edwin Leonardo y Douglas Eduardo, con 19, 18, 14 y 9 años de edad. El mayor Jaime (sic) Rafael, cumplió 21 años el día 3 de abril próximo (sic) pasado.

“4. El depósito por la suma de \$382. 325,95 en la sección respectiva del Banco Popular a ordenes (sic) del Juzgado Tercero Penal Municipal y a nombre del titular de la acción indemnizatoria, señor Jaime López de la Rosa, esposo de la accionante.

“De lo anterior se puede colegir, sin mayores disquisiciones, que la aquí accionante señora Antonia Isabel Ortega de López, quedó como cabeza de familia ante la desaparición de su esposo con cinco hijos, cuatro de los cuales son menores y sin que tenga medios atendibles de subsistencia para la manutención de ellos.

“Es preciso anotar por esta Sala de Tutela, que la decisión del a quo está edificada sobre unos postulados que si bien no han sido derogados expresamente por ley alguna, no consultan la realidad de los vientos renovadores traídos por la Constitución de 1991, que puso entre los fines esenciales del Estado “. . . servir a la comunidad (. . . ) y garantizar la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución”; (...) “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas” en sus “derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares” (art. 2 C.N.)

Y menciona como derechos que asisten a los ciudadanos, los contemplados en los artículos 42, 43 y 44. En relación especialmente con la familia y los niños.

Así mismo, el Tribunal señala que el decreto 2737 de 1989, Código del Menor, está encaminado a proteger la niñez. Bajo la Constitución de 1886, el fallo impugnado hubiera sido confirmado, pero:

“Hoy día no es posible, desde ningún punto de vista, pasar por alto los derechos constitucionales de la familia, mujer y los niños consagrados en la normas pretranscritas.” Cita un aparte de la sentencia T-426 de 1992, de la Corte Constitucional. Y agrega:

“. . . En el caso hipotético que apareciera (Jaime López de la Rosa), sus hijos conservan el derecho a la alimentación y a la subsistencia, entonces mal podría entrar a desconocer la

bondad de la medida de que un dinero que le pertenecía se hubiera destinado para la manutención de su familia. En el caso de que sea declarado muerto, sus hijos, como integrantes del primer orden sucesoral, se llevan como herederos la mitad de ese dinero y su mujer, por gananciales, la otra mitad. En caso de aparecer otros herederos, su derecho a suceder estaría a salvo, mediante la petición de herencia.”

También se apoya el Tribunal en el decreto 2737 de 1989, Código del Menor, especialmente el artículo 20, en lo que hace referencia a que se “tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.” y el 22 ibídem.

Concluye así:

“Los razonamientos anteriores son suficientes, en opinión de la Sala, para tutelar el derecho a la subsistencia, a la alimentación de los niños y a que se proteja la unidad familiar formulados en la petición y en consecuencia, la providencia impugnada habrá de ser revocada . . .”

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir este asunto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución, en concordancia con las normas pertinentes del decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Los titulares de la acción indemnizatoria en asuntos penales y el proceso de muerte por desaparecimiento.

Según obra en el expediente, el señor Jaime Rafael López de la Rosa fue visto por última vez el día 1o. de noviembre de 1990, y no se han vuelto a tener noticias de él desde tal fecha.

El Juzgado Tercero Penal Municipal, mediante sentencia del 2 de julio de 1991, “condenó al sindicado Héctor Cepeda Gutierrez; indemnizar con un equivalente a treinta gramos oro por perjuicios materiales y quince gramos oro por morales a favor de la víctima Jaime López.” (se resalta). Esta sentencia fue confirmada por el Juzgado Tercero Superior.

La esposa del señor López solicitó al Juzgado Penal que le fuera entregada dicha indemnización. El Juzgado no accedió aduciendo falta de titularidad de la esposa. Esto originó el inicio del proceso de declaración de presunción de muerte por desaparecimiento.

En el presente caso son varios los elementos a analizar:

- a) La titularidad de la acción indemnizatoria;
- b) El debido proceso en la declaración de muerte por desaparecimiento;
- c) Determinar si la negativa del Juzgado Penal está violando derechos fundamentales de la actora.

a) Titularidad de la acción indemnizatoria derivada de un hecho punible.

“Artículo 104.- TUTULARES DE LA ACCION INDEMNIZATORIA. Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.” (se resalta)

En este punto, la ley señala como únicos titulares de la indemnización a la persona natural, a sus sucesores y a las personas jurídicas perjudicadas.

Por consiguiente, es necesario establecer si la esposa del señor López, al momento de presentar la acción de tutela, era una de las personas titulares de dicha indemnización o si, como demandante en un proceso de declaración de muerte presunta por desaparecimiento, que cursa en el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia, había adquirido tal titularidad.

Para ello se analizará el proceso mencionado.

b) El debido proceso en la declaración de muerte por desaparecimiento.

El procedimiento para declarar la presunción de muerte por desaparecimiento ha sido establecido en nuestra legislación en forma rigurosa, pues lo que se presume no es un hecho cualquiera, sino el fin de la existencia.

El procedimiento mencionado, según el Código Civil, es el siguiente:

“Artículo 97.- Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:

“1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido, a lo menos, dos años.

“2. La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la Nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

“3. La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después de que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación.

“4. Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque la declaración; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan.

“6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

“7. Con todo, si después de que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del

desaparecido.”

Y en relación con los herederos presuntivos, señala:

“Artículo 100.- Se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta.

“El patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.”

El artículo 657 del Código de Procedimiento Civil, en lo referente a las reglas que se deben observar para la citada declaración de muerte presuntiva, en forma tácita, derogó lo relativo a la posesión provisoria y posesión definitiva de los bienes del desaparecido de que trata el numeral 6. del artículo 97 del Código Civil. Es decir, ya no existe la posibilidad para que transcurridos dos años desde cuando la ley fija el día presuntivo de la muerte, se conceda la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. Esta derogación obedeció al interés del legislador de abreviar este proceso, que como se observa, es dilatado y riguroso en su trámite.

Tal rigor está encaminado a proteger intereses del propio desaparecido; de los terceros, entre los cuales se encuentran el cónyuge y los eventuales herederos del ausente, lo mismo que sus acreedores y, en general, quienes tengan negocios con él; además, es de interés para la sociedad que no existan bienes y derechos abandonados.

En el caso concreto, según los documentos que obran en el expediente, a la fecha en que se produjo el fallo de tutela objeto de esta revisión, se habían realizado dos edictos emplazatorios de los tres que ordena la ley, es decir, se estaba en una etapa inicial del proceso y, lógicamente, no se había producido, por parte del Juzgado de Familia, declaración de muerte por desaparecimiento del señor López. Y menos aun, la esposa habría podido ser declarada heredera presuntiva del desaparecido, de conformidad con el artículo 100 del Código Civil transcrito.

En síntesis, la actora, para la época de la tutela, no podía considerarse titular de la indemnización fijada por el Juzgado Penal Municipal, a favor de su esposo.

Bajo las anteriores premisas, es necesario analizar si la negativa del Juzgado Penal a entregar

a la actora la suma indemnizatoria, por no ser titular de la misma, es un asunto meramente formal, o corresponde al derecho sustancial, y si, por consiguiente, hace parte del debido proceso. Este tema se relaciona íntimamente con lo señalado en el artículo 228 de la Constitución. Dice el artículo:

“Artículo 228.- La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” (se resalta)

En el presente caso, la Sala estima que tal negativa obedece a un aspecto sustancial, enmarcado en el debido proceso, por la siguiente razón.

El señor López se encuentra desaparecido y no ha culminado el proceso respectivo. Es obligación del Estado proteger también los intereses del desaparecido, los cuales sólo se protegen con el cumplimiento del debido proceso, sin que sea posible pretermitir trámite procesal alguno, según lo establece el artículo 29 de la Constitución.

Por consiguiente, en concepto de la Sala de Revisión de la Corte, analizada la situación desde el punto de vista de los derechos fundamentales del desaparecido, la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el sentido de ordenar al Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta a entregar a la actora los dineros correspondientes a su cónyuge, por concepto de acción indemnizatoria, antes que el juez competente se pronuncie, constituye no sólo una intromisión del juez de tutela en la órbita de competencia del juzgado penal, sino una vulneración del debido proceso a que también tiene derecho el señor López.

Hay que recordar que la Corte, en varias oportunidades se ha pronunciado en el sentido de que la acción de tutela no puede constituirse en un sistema de justicia paralelo al sistema jurídico existente. En sentencia C-453 de 1992, dijo esta Corporación:

“Subsistencia del orden jurídico compatible con la Carta

” Debe tenerse en cuenta que, como ya lo dijo esta Corte, la Constitución de 1991 no contiene una cláusula por medio de la cual haya sido derogada en bloque la legislación que estaba vigente al momento de su expedición. El artículo 380 se limitó a derogar la Carta de 1886 con todas sus reformas. Es decir, los cambios se produjeron en el nivel constitucional; las demás escalas de la jerarquía normativa siguen vigentes mientras no sean incompatibles con la nueva Constitución (artículo 4º C.N.).

“Es claro que las leyes por medio de las cuales han sido establecidas las competencias de los jueces en las diversas materias objeto de su función, los procedimientos previos a las decisiones que adoptan y los recursos que pueden intentarse contra tales decisiones en nada desconocen la preceptiva constitucional y, por el contrario, son desarrollo de las normas contenidas en el Título VIII de la Carta.

“En ese orden de ideas, la acción de tutela no puede asumirse como un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor. El entendimiento y la aplicación del artículo 86 de la Constitución tan solo resultan coherentes y ajustados a los fines que le son propios si se lo armoniza con el sistema. De allí que no sea comprensible como medio judicial capaz de sustituir los procedimientos y las competencias ordinarias o especiales, pues ello llevaría a un caos no querido por el Constituyente.” (M.P. José Gregorio Hernández)

c) Determinar si la negativa del Juzgado Penal está violando derechos fundamentales de la actora.

No se pueden invocar en forma aislada derechos fundamentales y proceder a su protección, sin estudiar de manera armónica la razón de ser de las formas jurídicas. Formas jurídicas que, en la mayoría de los casos, no obedecen a simples caprichos del legislador, sino que están encaminadas a proteger el debido proceso.

Tercera.- La mayoría de edad.

Adicionalmente, llama la atención lo afirmado por el ad quem en sus considerandos, sobre

la mayoría de edad de los hijos del matrimonio López Ortega. Dice el Tribunal:

“Que en esa unión nacieron cinco (5) hijos de los cuales, cuatro (4) son menores de edad: Claudia Cecilia, Giovanni Gerald, Edwin Leonardo y Douglas Eduardo, con 19, 18, 14 y 9 años de edad. El mayor Jaime (sic) Rafael, cumplió 21 años el día 3 de abril próximo (sic) pasado.

“. . . De lo anterior se puede colegir, sin mayores disquisiciones, que la aquí accionante señora Antonia Isabel Ortega de López, quedó como cabeza de familia ante la desaparición de su esposo con cinco hijos, cuatro de los cuales son menores y sin que tenga medios atendibles de subsistencia para la manutención de ellos.

Este aspecto constituyó uno de los argumentos principales para que el Tribunal accediera a la tutela.

Pero, según los registros civiles de nacimiento que obran en el expediente, las edades de los hijos del matrimonio López Ortega, cuando se presentó la acción de tutela, eran:

- Jaime Rafael, nació el 3 de abril de 1972. El 2 de agosto de 1993, tenía 21 años.
- Claudia Cecilia, nació el 9 de febrero de 1974. El 2 de agosto de 1993, tenía 19 años.
- Giovanni Gerald, nació el 12 de enero de 1975. El 2 de agosto de 1993, tenía 18 años.
- Edwin Leonardo, nació el 31 de octubre de 1979. El 2 de agosto de 1993, tenía 13 años.
- Douglas Eduardo, nació el 3 de septiembre de 1984. El 2 de agosto de 1993, tenía 10 años.

Como se observa, la actora no es madre de cuatro menores de edad, como lo afirma el Tribunal, pues de sus cinco hijos, tres son mayores de 18 años.

Al parecer, olvidó el Tribunal que desde 1977, ley 27 de 1977, la mayoría de edad se estableció a los 18 años y no a los 21. Dicen las normas pertinentes:

“Artículo 1o.- Para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor a quien ha cumplido diez y ocho (18) años.”

La anterior precisión, no significa que la Corte pretenda hacer caso omiso de la situación económica de la familia, al parecer agustiosa, sino destacar que invocando tal condición, no se puede pretermitir el debido proceso, en este caso, de presunción de muerte por desaparecimiento, pues, además de los aspectos analizados anteriormente, en el caso concreto, al existir 3 hijos mayores de edad, la entrega del dinero ordenada por el Tribunal, puede ser el origen de conflictos jurídicos difíciles de resolver, como por ejemplo que los tales hijos mayores no estuvieren de acuerdo con la disposición hecha por la actora de la suma objeto de la indemnización.

#### IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta, de 7 de septiembre de 1993, por las razones expuestas en la presente sentencia, y confirmar el del Juzgado Tercero Civil de Santa Marta, de 17 de agosto de 1993. En consecuencia, no se concede la tutela demandada por la señora ANTONIA ISABEL ORTEGA DE LOPEZ contra el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta.

Segundo.- Comunicar la presente sentencia al Juzgado Tercero Civil de Santa Marta, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. T-142/94

PRESUNCION DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO/ACCION INDEMNIZATORIA-Titularidad/PRINCIPIO DE INTERPRETACION RAZONABLE (Salvamento de voto)

Considerar inaceptable el pago de una determinada y modesta suma de dinero que apenas serviría para aliviar las penurias económicas de la familia del desaparecido, con el argumento de que no se han cumplido todos los trámites del proceso en el que se declara la muerte del titular del dinero, constituye un argucia formalista que desvirtúa el sentido de la institución que presume la muerte por desaparecimiento y obstaculiza, con argumentos ajenos al contexto, el propósito legal y constitucional de realizar la justicia y la equidad. El hecho de que parte esencial de los deberes del padre consista en aportar recursos económicos para el sustento de los miembros de su familia, hace que, de hecho, alguna parte de sus bienes esté comprometida para el cumplimiento de tales deberes. La circunstancia que hace imposible la manifestación de la voluntad del titular del dinero no hace menos urgente el cumplimiento de sus deberes, ni debilita el derecho de sus familiares al apoyo económico paterno. La sentencia abandona todo intento jurídicamente plausible para proteger el interés de la familia sin que el interés del padre se vea afectado. La exigencia de una caución a la madre, por ejemplo, podría ser una solución simple y adecuada para proteger todos los intereses en juego. Al aplicar ciegamente la ley, con independencia de las consecuencias familiares, el juez constitucional opta por la vía más cómoda y evade su compromiso de adaptar el derecho escrito a las diferentes manifestaciones de la realidad social.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Función/PRINCIPIO DE EQUIDAD (Salvamento de voto)

El juez encarna el más importante de los canales de comunicación entre el sistema jurídico y la realidad social. Por eso su prerrogativa de decir el derecho es también una función en la que participa un auditorio heterogéneo. La idea de “paz judicial” considerada por numerosos

autores contemporáneos como elemento esencial de la estabilidad democrática, consiste justamente en tomar decisiones motivadas en derecho, que obtengan asentimiento de las partes, del público y de la comunidad jurídica, o por lo menos de una buena parte de ellos. Es contraria a dicho propósito toda decisión que la opinión común no acepte por considerarla en contravía de la equidad o manifiestamente inapropiada para el caso que se juzga. Desde luego esto no significa que los fallos deban seguir el hilo conductor de las opiniones mayoritarias, quiere decir, eso sí, que la idea de equidad – el “ars aequi et boni” de los romanos – es la única solución jurídica adecuada para aquellos casos en los cuales la conclusión silogística o la simple aplicación directa de la norma resulta irrazonable, como ocurre en el presente.

Ref: Expediente T-24202

Actor: ANTONIA ISABEL ORTEGA DE LOPEZ

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Con todo respeto expongo las razones que me apartan de la decisión de la Sala. La idea central que anima este salvamento es la siguiente: un fallo respaldado en una legalidad pura, que no consulta la equidad, riñe con los preceptos constitucionales que consagran el estado social de derecho. A continuación explico los elementos básicos de esta crítica.

#### A. Equidad y seguridad jurídica

1. La relación que el derecho mantiene con la justicia y la legalidad (o seguridad jurídica) es problemática, difícil de discernir y aún más de inmovilizar en axiomas objetivos. Dicha dificultad proviene de que las decisiones jurídicas intentan hacer realidad ambos valores – justicia y seguridad – sin que ello sea posible plenamente debido a la relación de proporcionalidad inversa que mantienen.

2. El concepto de equidad irrumpió en las decisiones judiciales de principios de siglo en Europa, como una reacción contra el formalismo y el conceptualismo racionalista que quería hacer del derecho un saber a imagen de las ciencias naturales dominantes en el siglo XIX.

Al respecto es famoso el caso descrito por Casamayor, que tuvo lugar en el poblado de Montrouge (Francia) en el año de 1900. Según una ley francesa de 1884, el alcalde podía delegar la celebración de matrimonios entre sus asistentes. A falta de una delegación especial del alcalde se debía seguir el orden de los adjuntos presentes. Así, en ausencia del asistente primero, le correspondía al segundo, a falta de éste al tercero y así sucesivamente. Sucedió que una pareja fue unida por un tercer adjunto, sin que el segundo estuviese ausente, violando de esta manera la disposición legal. El procurador solicitó la nulidad del matrimonio. Los esposos resultaron concubinos y los hijos bastardos, hasta que el proceso llegó a la Corte de Casación, la cual consideró absurda la aplicación de la ley y regresó las cosas a su estado anterior por medio de la introducción de la figura del “funcionario de hecho”<sup>1</sup>.

4. Las constituciones propias del estado social de derecho, no sólo aprueban la participación creativa del juez en la aplicación del derecho, sino que, además, lo exigen como una condición esencial para la realización de sus propósitos. Quizás lo más importante de la innovación que introdujo el constitucionalismo de mediados del presente siglo - del cual se nutre la constitución política colombiana - consiste en concebir un sistema cuya afectación de la “predictibilidad” - seguridad jurídica - se justifica en beneficio de una mayor cercanía de las normas a la realidad social, esto es, de una mayor justicia. No sobra señalar que con la aceptación de esta manera de pensar, no se hizo otra cosa que recoger a plenitud la idea aristotélica de la equidad, como correctivo de la legalidad.

5. Los propósitos esenciales en un Estado social de derecho son de orden material. Todos los procedimientos y formalidades están previstos como medios para la realización de valores; de otra manera pierden sentido y justificación. Poco importan las llamadas “categorías jurídicas” si de su aplicación resulta una solución irrazonable que no satisface las exigencias mínimas de paz social que la comunidad demanda del derecho. El derecho es un instrumento finalista, dispuesto en su conjunto para la realización de valores. La aplicación exegética y formalista desnaturaliza su función social y desvirtúa su función constructiva y pacificadora.

6. La Constitución colombiana es generosa en el otorgamiento de posibilidades de apreciación judicial y rigurosa en el mandato que impone al juez la realización de la justicia (CP. arts. 1, 2, 13, 94, 228, etc.).

## B. Los recursos de la interpretación razonable

1. Considerar inaceptable el pago de una determinada y modesta suma de dinero que apenas serviría para aliviar las penurias económicas de la familia del desaparecido, con el argumento de que no se han cumplido todos los trámites del proceso en el que se declara la muerte del titular del dinero, constituye un argucia formalista que desvirtúa el sentido de la institución que presume la muerte por desaparecimiento y obstaculiza, con argumentos ajenos al contexto, el propósito legal y constitucional de realizar la justicia y la equidad.

2. El hecho de que parte esencial de los deberes del padre consista en aportar recursos económicos para el sustento de los miembros de su familia, hace que, de hecho, alguna parte de sus bienes esté comprometida para el cumplimiento de tales deberes. La circunstancia que hace imposible la manifestación de la voluntad del titular del dinero no hace menos urgente el cumplimiento de sus deberes, ni debilita el derecho de sus familiares al apoyo económico paterno.

3. Las normas jurídicas, incluso las meramente formales o procedimentales, se crean para proteger ciertos intereses o valores específicos. De lo contrario carecen de sentido. La decisión que no permite que la esposa utilice el dinero del desaparecido, se inspira en la protección del interés monetario del padre y quizás también en la protección del valor de la objetividad del derecho, supuestamente menguada por la introducción de excepciones a la regla general de la titularidad de los bienes.

Sin embargo, la sentencia abandona todo intento jurídicamente plausible para proteger el interés de la familia sin que el interés del padre se vea afectado. La exigencia de una caución a la madre, por ejemplo, podría ser una solución simple y adecuada para proteger todos los intereses en juego. Al aplicar ciegamente la ley, con independencia de las consecuencias familiares, el juez constitucional opta por la vía más cómoda y evade su compromiso de adaptar el derecho escrito a las diferentes manifestaciones de la realidad social.

Al fallar de esta manera, lo más probable es que la sentencia consiga justamente lo que quiere evitar; esto es, desvirtúa la eventual voluntad del padre, la cual, seguramente, estaría de acuerdo con la utilización de su propio dinero para la protección económica de la familia.

La sentencia, portadora de una visión exclusivamente patrimonialista, desconoce la existencia de los vínculos de afecto y solidaridad que unen al núcleo familiar (CP. art. 42) y ve en la esposa una amenaza para los intereses del desaparecido, sin el menor fundamento fáctico o normativo.

4. La decisión mayoritaria deja fácilmente de lado la tarea de encontrar una respuesta al problema, diferente de aquella que se desprende directamente del texto legal; con ello olvida la efectividad de los principios y valores constitucionales y, de paso, fosiliza los postulados normativos y paraliza el progreso de la dogmática jurídica.

En efecto, buena parte del avance de la ciencia del derecho se ha llevado a cabo a través de la práctica judicial que consiste en encontrar soluciones jurídicas por fuera de la aplicación directa de la ley, cuando ésta produce consecuencias indeseadas. La ficción es un buen ejemplo de este tipo de motivación jurídica. Ella sirve para obtener un resultado deseado - justo- calificando los hechos de manera contraria a como se presentan. Al explicar la importancia de esta figura en las decisiones judiciales, Chaim Perelman<sup>2</sup> relata que a finales del siglo XVIII el derecho inglés contemplaba la pena de muerte para todo robo superior a 40 chelines. Ante semejante norma, los jueces se negaron a cuantificar todo robo importante por encima de 39 chelines, hasta que cambió la legislación. Un robo de 10 libras, que tuvo lugar un día de 1908, en este orden de ideas, fue estimado en 39 chelines.

5. La declaración de muerte por desaparecimiento ha sido ideada como una presunción - muy cercana a la ficción - con el objeto de favorecer a los herederos del desaparecido. Su explicación no se reduce a un simple recurso técnico; también debe ser entendida como un mecanismo gnoseológico para ordenar y orientar la realidad hacia la obtención de ciertos propósitos. “Las instituciones son el reino de la ficción porque son lugares de producción de verdades institucionales”, dice Jesús Ignacio Martínez<sup>3</sup>. Por eso el sentido de la norma legal que consagra la presunción, se encuentra en concordancia con la introducción de una excepción a la regla general, la cual habría permitido a la esposa hacer uso de los dineros de su marido.

### C. La función pacificadora del juez constitucional

El juez encarna el más importante de los canales de comunicación entre el sistema jurídico y la realidad social. Por eso su prerrogativa de decir el derecho es también una función en la

que participa un auditorio heterogéneo. La idea de “paz judicial” considerada por numerosos autores contemporáneos como elemento esencial de la estabilidad democrática, consiste justamente en tomar decisiones motivadas en derecho, que obtengan asentimiento de las partes, del público y de la comunidad jurídica, o por lo menos de una buena parte de ellos. Es contraria a dicho propósito toda decisión que la opinión común no acepte por considerarla en contravía de la equidad o manifiestamente inapropiada para el caso que se juzga. Desde luego esto no significa que los fallos deban seguir el hilo conductor de las opiniones mayoritarias, quiere decir, eso sí, que la idea de equidad – el “ars aequi et boni” de los romanos – es la única solución jurídica adecuada para aquellos casos en los cuales la conclusión silogística o la simple aplicación directa de la norma resulta irrazonable, como ocurre en el presente.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 Casamayor, Les juges Paris, Seuil, 1957, p.154

2 Ch. Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en droit, L.G.D.J., Paris, 1984

3 La imaginación jurídica, Debate, Madrid, 1992. p.108