BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

GACETA JUDICIAL:
130 AÑOS DE HISTORIA JURISPRUDENCIAL COLOMBIANA (1887-2017)

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

GACETA JUDICIAL:

130 AÑOS DE HISTORIA JURISPRUDENCIAL COLOMBIANA (1887-2017)

Universidad de los Andes

TEMIS

Bogotá - Colombia
2017

Gaceta judicial : 130 años de historia jurisprudencial colombiana (1887-2017) / Marcela Castro de Cifuentes (Coordinadora) – Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes : Temis, 2017.

440 páginas ; 16 x 23 cm.

Otros autores : Ricardo Posada-Maya, María Camila Correa Flórez, Ligia María Vargas Mendoza, Juan Felipe Daza Lora, Laura Rubio Krohne, Nicolás Süssmann Herrán, Carlos Julio Giraldo Bustamante, Lilia Zabala Ospina, Ana María Muñoz-Segura, Santiago Martínez Méndez, Mario Alberto Cajas Sarria, Antonio Barreto Rozo, Jorge González Jácome, Diana Durán Smela, Esteban Restrepo Saldarriaga.

ISBN 978-958-35-1153-0

1. Gaceta judicial – Historia 2. Colombia. Corte Suprema de Justicia – Jurisprudencia 3. Jurisprudencia – Recopilaciones, repertorios, etc. – Colombia 4. Administración de justicia – Colombia I. Castro Ruíz, Marcela II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 348 SBUA

Para citar este libro: http://dx.doi.org/10.15425/2017.87

© Marcela Castro de Cifuentes, Ricardo Posada Maya, María Camila Correa Flórez, Ligia María Vargas Mendoza, Juan Felipe Daza Lora, Laura Rubio Krohne, Nicolás Süssmann Herrán, Carlos Julio Giraldo Bustamante, Lilia Zabala Ospina, Ana María Muñoz Segura, Santiago Martínez Méndez, Mario Alberto Cajas Sarria, Antonio Barreto Rozo, Jorge González Jácome, Diana Durán Smela, Esteban Restrepo Saldarriaga.

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2017.

© Ediciones Uniandes
Calle 19 núm. 3 - 10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

© Editorial Temis S. A., 2017.
Calle 17 núm. 68D - 46, Bogotá.
www.editorialtemis.com

ISBN: 978-958-35-1153-0
2908 20170037830
ISBN e-book: 978-958-774-559-7

Diseño de cubierta: Neftali Vanegas

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 de 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 de 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero de 2015, Mineducación.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos.
Diag. 18bis núm. 41-17, Bogotá.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los editores.

Presentación

Decir el derecho, *iuris dictio*, es en los Estados modernos labor del legislador que dicta los mandatos generales y abstractos destinados a los ciudadanos y a los servidores públicos para que se logre la convivencia social y se fomente el bien común, que es la finalidad primaria del orden jurídico. Pero la verdadera ciencia de los juristas es la *interpretatio*: los mandatos de la ley muestran su eficacia cuando se los pone a prueba con los elementos factuales que provee el medio social. El texto da certeza sobre la regla, pero más allá de lo literal de sus palabras, el intérprete busca y encuentra la *ratio legis*. Como lo dice bellamente Grossi: "[...] el texto no puede convertirse en una prisión para el intérprete, ni puede abrir vías para la sola compatibilidad verbal, sino más bien de contenido, para que el intérprete pueda disponer de nuevos argumentos «tomándolos a manos llenas del exterior»"[1].

Estas afirmaciones, que las hace Grossi en el contexto medieval explicando la función creativa de la *iurisprudentia* a cargo de los glosadores y los doctores de la ley, sirven de marco para insistir en la trascendental tarea que cumplen los jueces que no solo conocen la ley e identifican la fuente jurídica aplicable al caso concreto, sino que también al interpretarla reflexionan sobre la norma, le dan vida, desentrañan su espíritu, amplían y ponderan sus efectos en el entorno social específico en el que desempeñan su tarea, para dictar el fallo en el que la justicia debe brillar para los ciudadanos de carne y hueso.

Es ese el pensamiento que inspira la presente obra: una conmemoración en la que no se trata simplemente de recordar una fecha, un hecho histórico que marcó la difusión de la jurisprudencia colombiana a finales del siglo XIX con la creación de la Gaceta Judicial, sino poner de relieve la importancia de la función jurisdiccional y la administración de justicia en Colombia como Estado de Derecho.

Cuando en virtud de la Constitución Política de 1886, Colombia se reconstituyó como República unitaria, se estableció la separación de poderes como principio del Estado democrático. Aunque dicho principio sentó sus bases desde los albores de nuestra vida republicana en la Constitución de la Gran Colombia promulgada en Cúcuta en 1821, la jurisdicción ordinaria

[1] Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 174-177.

empezó a tomar su forma actual a partir de la Carta que selló la denominada regeneración política. En ella, la Corte Suprema de Justicia, como cabeza de la rama judicial, fue encargada, entre otras funciones, de conocer de los recursos de casación y decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hubiesen sido objetados por el gobierno como inconstitucionales (art. 151, nums. 1 y 4)[2].

En su tarea de recomponer la arquitectura institucional de Colombia, la Ley 61 de 1886 —"provisional sobre organización y atribuciones del poder judicial y el ministerio público y algunos procedimientos especiales"—, reformada a la postre por la célebre Ley 153 de 1887, dispuso la forma de ejercer la función jurisdiccional a cargo de la Corte Suprema y de los demás tribunales y jueces encargados de la administración de justicia en el territorio nacional. Con relevancia especial para esta conmemoración, en su artículo 145, la Ley 61 dispuso: "Dentro de los sesenta días siguientes al de la sanción de esta ley, establecerá el Gobierno un periódico permanente, costeado de los fondos comunes aplicados a impresiones oficiales, que será especialmente destinado a la publicación regular y metódica de los siguientes documentos: 1º. Todas las sentencias que dicte la Corte Suprema sobre recursos de casación, de revisión y de hecho; 2º. Todos los acuerdos y las demás sentencias que dicte la misma Corte [...]".

En cumplimiento de la citada disposición, el 21 de enero siguiente, el gobierno expidió el Decreto 62 de 1887, mediante el cual se ordenó, en el artículo 1º, la creación de un periódico oficial denominado *Gaceta Judicial*, destinado a servir exclusivamente de órgano de publicidad de la Corte Suprema de Justicia y del Procurador General de la Nación, y en el artículo 2º encargó al Ministerio de Gobierno contratar "la impresión y edición de la *Gaceta Judicial* y cuidar con el mayor esmero de suministrar a la imprenta los materiales necesarios, corregir debidamente las pruebas de impresión, así en tiras como páginas. Hacer distribuir el periódico, tanto en la capital de la República como por medio de los correos, entre todos los funcionarios y oficinas públicas a quienes se distribuye el *Diario Oficial,* y ejecutar toda operación que sea necesaria para la regular y cumplida publicación, distribución y venta del periódico".

Tal como se observa en el facsímil que se ha incluido en el presente volumen, la *Gaceta Judicial*, año I, número 1, del 12 de febrero de 1887, en sus primeras páginas reproduce el Decreto 62 de 1887; a renglón seguido deja constancia de la instalación de la Corte Suprema Nacional, llevada a efecto el 3 de septiembre de 1886 y, además, precisa:

"*Objeto de este periódico*. El régimen federal absoluto que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias, más o menos profundas

[2] La acción pública de inconstitucionalidad se estableció posteriormente, mediante el Acto Legislativo 3 de 1910.

y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la familia, en la constitución de la propiedad, y en los procedimientos judiciales de los colombianos, que a la verdad, no tenían razón de ser en el seno de un pueblo natural é históricamente unido por comunes sentimientos, caracteres y necesidades. Al mal de la adversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad en la Justicia".

"Para hacer más fructuosa esta publicación, la Corte ha resuelto que se reproduzcan, en su orden cronológico, todos los acuerdos, autos y sentencias que desde septiembre de 1886 se han publicado en el *Diario Oficial*. De esta manera, los que hayan de consultar esta *Gaceta*, hallarán en sus páginas íntegramente reunido el cuerpo de los procedimientos y doctrinas que la nueva Corte Suprema de Justicia, desde su instalación, ha ido adoptando en el desempeño de sus funciones".

"Es de esperar que así todos los que tienen el delicado encargo de administrar justicia o de servir el ministerio público, y los ciudadanos que se interesan en los negocios forenses, presten a la *Gaceta Judicial* la atención y el apoyo que a todos conviene".

Con ocasión de los 130 años de la *Gaceta Judicial*, la presente obra se propone mostrar problemáticas relevantes que ha abordado la Corte Suprema de Justicia concernientes a muy diversas áreas del derecho por medio de sus Salas de Casación y su Sala Plena encargada del control constitucional hasta 1991. Así, el lector encontrará una muestra significativa de los aportes que ese alto tribunal ha realizado a la conformación, comprensión, interpretación y aplicación del derecho en la historia reciente del país. El libro se compone de cuatro partes que contienen escritos de las respectivas salas: Casación Penal, Civil, Laboral y Sala Plena, en los cuales se realizó una intensa investigación y análisis de fuentes primordialmente jurisprudenciales, tomadas de la *Gaceta Judicial*.

En materia penal, se incluyen cuatro capítulos. En primer lugar, el brillante escrito sobre la pena de muerte en Colombia del profesor Ricardo Posada —con un enfoque histórico-jurídico— muestra con un riguroso análisis cómo se aplicó la pena capital entre 1886 y 1910. Por su parte, la profesora María Camila Correa aborda el examen de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia, con apoyo en abundantes referencias jurisprudenciales. En "La presunción de premeditación en el homicidio entre 1890 y 1936", los autores Ligia María Vargas y Juan Felipe Daza revisan la jurisprudencia de la Corte para el período señalado, y destacan la evolución y las transformaciones recientes

de este fenómeno. Por último, se presenta un escrito dedicado al delito de estupro en Colombia, preparado por LAURA RUBIO y NICOLÁS SÜSSMANN, estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes.

Los capítulos dedicados al derecho privado subrayan la importancia de las sentencias de la Sala de Casación Civil —que cobijan problemas del derecho civil y comercial— para interpretar nuestros códigos, decimonónico aquel y este cumplió ya los 45 años, para adaptar nuestra normativa a los incesantes cambios en las relaciones familiares y de negocios. En mi capítulo sobre el guardián de la actividad peligrosa, indico cómo la Corte elaboró una categoría que contribuyó a delinear un régimen especial en beneficio de las víctimas de accidentes provocados por quienes despliegan acciones lícitas, que de suyo generan un riesgo para los ciudadanos. Por otra parte, la promesa de contrato, que es un instrumento de amplia utilización en el tráfico jurídico colombiano, pero que tiene una regulación escueta e insuficiente, ha sido objeto de frecuente análisis por los jueces y por la Corte en sede del recurso extraordinario de casación. El escrito del profesor CARLOS JULIO GIRALDO examina los principales pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la promesa, mostrando sus aciertos y también los cuestionamientos que ella ha suscitado en la doctrina y en la práctica jurídica. En el campo del derecho de familia, la profesora LILIA ZABALA presenta un estudio de la jurisprudencia de la Corte sobre las uniones maritales de hecho. La autora reconoce los avances que en materia de reconocimiento de derechos introdujo la Carta de 1991 y las interpretaciones de la Corte Constitucional desde entonces, pero destaca la importante función que en torno a tales uniones había cumplido y sigue cumpliendo la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El derecho del trabajo es abordado en dos escritos con temas bien diversos y relevantes. En uno de ellos, la profesora ANA MARÍA MUÑOZ examina el régimen de la pensión de sobrevivientes en clave normativa y jurisprudencial, para precisar cómo la Sala de Casación Laboral ha interpretado un componente fundamental de la normatividad sobre seguridad social en el país. El otro estudio, de la autoría del profesor SANTIAGO MARTÍNEZ, versa sobre la noción de salario y sus componentes, tema que ha suscitado grandes debates jurisprudenciales.

Por último, se incluyen cinco trabajos relativos a temas de control constitucional que ejerció en su momento la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En esta sección, el profesor MARIO CAJAS, experto en la historia de nuestra Corte, examina de manera crítica el juicio de constitucionalidad del llamado "Estatuto de Seguridad" expedido por el gobierno en 1978. Dos escritos revisan los pronunciamientos del Alto Tribunal en torno a los estados de excepción contemplados en la Carta de 1886: ANTONIO BARRETO enfoca el estado de sitio previsto en el artículo 121 y analiza el fenómeno

con amplio apoyo en elementos conceptuales y jurisprudenciales; Jorge González se refiere a la reinterpretación de la emergencia económica por parte de la Corte, con ocasión de la declaratoria del gobierno en 1982. Por su parte, la profesora Diana Durán toma un hito histórico y las consideraciones en torno a su exequibilidad: el Plebiscito de 1957, tema de indudable importancia no solo para la historia institucional, sino también en la actualidad. Finalmente, con el sugestivo título "Del 5 de mayo de 1978 al 9 de octubre de 1990", el profesor Esteban Restrepo expone con sólidos argumentos cómo se evidencia en los dos fallos proferidos en las fechas mencionadas, la transformación de un control constitucional altamente formal a una concepción contemporánea de poder constituyente, acogida por la Constitución de 1991.

Confiamos que esta publicación que se propone visibilizar la jurisprudencia de la Corte sea de buen recibo por la comunidad de jueces, profesores, investigadores, estudiantes, historiadores del derecho y abogados en ejercicio. Como lo plantea acertadamente Mario Cajas en su obra, no existe una historia de la Corte Suprema de Justicia, ni de su trayectoria institucional como cabeza de la rama judicial[3]. Con el presente libro deseamos contribuir a llenar ese vacío.

Deseo expresar mi más sincero reconocimiento y gratitud a todos los investigadores que hicieron posible la publicación de esta obra, quienes con sus escritos, realizados desde campos y perspectivas diversas, con despliegue de rigor y compromiso intelectual, enriquecen el conocimiento de la historia de nuestras instituciones jurídicas y permiten que las nuevas generaciones conozcan de primera mano el trabajo de la Corte Suprema de Justicia y la forma como ella, como órgano de cierre de la justicia ordinaria y juez constitucional, ha cumplido su responsabilidad de decir el derecho en procura de realizar los derechos sustanciales y los valores del Estado democrático.

También deseo destacar la colaboración de los profesores Ricardo Posada y María Camila Correa, quienes apoyaron en todo momento la idea de publicar este libro y prestaron su concurso para que fuese una realidad. Así mismo, agradezco a la Facultad de Derecho, a la colección Biblioteca Jurídica Uniandina por acoger y patrocinar en forma entusiasta la iniciativa de esta conmemoración y a la Oficina de Publicaciones y su directora Magnolia Prada por su permanente ayuda.

Es justo también dar las gracias a Nubia Mateus, gestora de Servicios de Información de la Biblioteca de Derecho y a Luis Eduardo Bernal, técnico de Sistemas de la Facultad, quienes desde su área de conocimiento y en

[3] Mario Cajas, *La historia de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1991,* t. i, De la regeneración al régimen militar, *1886-1958*, Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015, pág. 13.

forma desinteresada han prestado invaluables servicios durante varios años para mejorar la Gaceta Judicial digitalizada, proyecto que se desarrolló en virtud del convenio celebrado en 2010 entre la Corte Suprema de Justicia y la Universidad de los Andes. Para Anamaría E. Rodríguez, Andrea Contreras, Armando Guío —hoy egresados de la Facultad— y David Betancur, estudiante de la Universidad EAFIT de Medellín en pasantía en los Andes en 2013, expreso también mi agradecimiento por realizar la paciente tarea de ajustes y correcciones a la base de datos y al buscador de la *Gaceta Judicial*. Estas herramientas fueron fundamentales para realizar de manera exitosa las pesquisas y los análisis que se vierten en esta obra. La labor de Ana María Bernal, también egresada de la Facultad, en la organización de los escritos y soporte en las labores necesarias para alistar la fase editorial fue decisiva para el éxito del proyecto, por lo cual hago explícitos mis sentimientos de gratitud.

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
Coordinadora del libro
Directora del Proyecto de Digitalización de la Gaceta Judicial
Profesora titular
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

Bogotá, abril de 2017

Año I REPUBLICA DE COLOMBIA. Número 1.°

GACETA JUDICIAL

(Organo oficial de la Corte Suprema de Justicia)

Bogotá, 12 de Febrero de 1887.

CONTENIDO.

Pág.

Objeto de este periódico 1
Decreto número 62 sobre ejecución de la Corte Judicial 2

ACUERDOS DE LA CORTE SUPREMA.

Instalación de la Corte Suprema 2
Acuerdo sobre no á sobre concesiones, empréstitos y expropiaciones. 3
Id. sobre no á no re arrestar jurisdicción 3
Id. número 22 sobre varios asuntos 4

NEGOCIOS CIVILES.

Sentencia sobre una petición 5
Id. sobre un juicio ejecutivo 5

NEGOCIOS CRIMINALES.

Sentencia sobre causa por sustracción de documentos 5

AUTOS INTERLOCUTORIOS.

Sobre responsabilidad de un telegrafista 6
Sobre delito político 6
Sobre hurto de unas alhajas 7
Sobre una gratificación 8
Avisos 8

GACETA JUDICIAL.

OBJETO DE ESTE PERIÓDICO.

El régimen federal absoluto que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias más ó menos profundas y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son Departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la familia, en la constitución de la propiedad, y en los procedimientos judiciales de los colombianos, que á la verdad no tenían razón de ser en el seno de un pueblo natural é históricamente unido por comunes sentimientos, caracteres y necesidades. Al mal de la diversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad en la Justicia.

Guiado por altos propósitos de concordia nacional y de unificación de todos los grandes elementos de prosperidad con que contaba el país, el Consejo Nacional Constituyente reconoció la verdad de los hechos históricos y la necesidad de acomodar á ellos las instituciones políticas, y resueltamente proclamó la unidad de la República, como la base fundamental de la reconstitución y de toda reforma en lo futuro. Procediendo con la necesaria consecuencia, dió nuevas formas al Poder Judicial, y admitió los recursos de casación, entre los nuevos procedimientos judiciales, con el fin muy loable de asegurar la justicia en todas partes y abrir campo á la fijación, por medio del más alto Tribunal, de principios y reglas que, estableciendo una Jurisprudencia nacional, sirviesen de sólida garantía á todos los intereses que tienen en la ley su salvaguardia.

Cónona con estas miras es la ley 61 de 1886 (25 de Noviembre) "provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio público, y algunos procedimientos especiales." En ella se han adoptado las disposiciones necesarias para hacer efectivos los recursos de casación, de revisión y de hecho, cuyas decisiones han de formar regla en la República, una vez que constituyan la uniformidad necesaria. De aquí la necesidad de mantener un órgano permanente de publicidad de los actos de la Corte Suprema de Justicia, dando cabida en él á las exposiciones jurídicas del Procurador general, y á todos los escritos y documentos que, á juicio de la misma Corte, puedan ilustrar la Jurisprudencia colombiana y crear hábitos de estudio y de compilación de todos los actos que se refieren á la teoría y la práctica del Derecho.

Pero el *Diario Oficial*, sujeto á las multiplicadas é imperiosas necesidades de publicidad que son propias del Gobierno, no podía prestar sus columnas con entera y metódica regularidad á la publicación de los actos judiciales superiores; y además, dispersos estos actos en muchos números del *Diario*, y con inevitables interrupciones, no era posible que ellos sirviesen para formar un cuerpo de doctrina y de historia de la alta administración de justicia. Estas consideraciones movieron al Legislador (*Disposiciones varias* de la ley 61 citada) á mandar establecer un periódico especial que sirviese de órgano á la Corte Suprema para hacer conocer sus decisiones y prestar importantes servicios al foro colombiano. Con estos objetos ha sido creada la *Gaceta Judicial*, que en lo sucesivo será el medio oficial de publicidad de las decisiones de la Corte, y de los demás documentos que ella mande insertar.

El decreto ejecutivo que en seguida se reproduce, satisface cumplidamente la necesidad que se había hecho sentir.

Para hacer más fructuosa esta publicación, la Corte ha resuelto que se reproduzcan, en su orden cronológico, todos los acuerdos, autos y sentencias que desde Septiembre de 1886 se han publicado en el *Diario Oficial*. De esta manera, los que hayan de consultar esta *Gaceta*, hallarán en sus páginas integramente reunido el cuerpo de los procedimientos y doctrinas que la nueva Corte Suprema de Justicia, desde su instalación, ha ido adoptando en el desempeño de sus funciones.

Es de esperar que así todos los que tienen el delicado encargo de administrar justicia ó de servir el Ministerio público, y los ciudadanos que se interesan en los negocios forenses, presten á la *Gaceta Judicial* la atención y el apoyo que á todos conviene.

DECRETO NUMERO 62 de 1887

(21 DE ENERO),

sobre ejecución especial del artículo 145 de la ley 61 (25 de Noviembre) de 1886.

El Presidente de la República de Colombia,

Vistas las disposiciones contenidas en el artículo 145 de la ley 61 de 1886 (25 de Noviembre) "provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial, etc.,"

DECRETA:

Art. 1.° Créase un periódico oficial de la República, denominado *Gaceta Judicial*, destinado á servir exclusivamente de órgano de publicidad de la Corte Suprema de Justicia y del Procurador general de la Nación, que contendrá, conforme al citado artículo 145, las materias siguientes:

1.° Todas las sentencias que dicte la Corte Suprema sobre recursos de casación, de revisión y de hecho;

2.° Todos los acuerdos y las demás sentencias que dicte la misma Corte;

3.° Las vistas del Procurador-general que sean de mayor importancia, á juicio de la Corte;

4.° Los fallos de los Tribunales Superiores y Juzgados que, á juicio también de la Corte, convenga hacer insertar;

5.° Los avisos oficiales sobre el personal de la Corte y mutaciones que ocurran; y los edictos, emplazamientos y demás avisos que ella deba ó disponga hacer publicar; y

6.° Las exposiciones, memorias ó estudios sobre puntos de Derecho, é informes ó exposiciones de la Corte, que ésta considere dignos de publicidad.

Art. 2.° Corresponde al Ministerio de Gobierno, por medio de la sección encargada de las impresiones oficiales, contratar por cuenta del Gobierno la impresión y edición de la *Gaceta Judicial*, y cuidar con el mayor esmero de suministrar á la imprenta los materiales necesarios, corregir debidamente las pruebas de impresión, así en tiras como en páginas, hacer distribuir el periódico, tanto en la capital de la República como por medio de los correos, entre todos los funcionarios y oficinas públicas á quienes se distribuya el *Diario Oficial*, y ejecutar toda operación que sea necesaria para la regular y cumplida publicación, distribución y venta del periódico.

Art. 3.° Queda reservado á la Corte Suprema de Justicia el determinar el orden de preferencia en que deban insertarse en la *Gaceta Judicial* las sentencias, autos, edictos y demás resoluciones de la misma Corte, las vistas del Procurador general de la Nación, y todos los documentos y escritos que, conforme al parágrafo 2.°, del citado artículo 145 de la ley 61 de 1886, han de ser publicados en dicho periódico. Al efecto, la Corte Suprema designará cada año, en el mes de Enero, uno de sus Magistrados para que, recibiendo de ella las instrucciones del caso, se entienda con el Editor-corrector oficial del Ministerio de Gobierno, ó directamente con el impresor, en los casos en que fuere urgente ó necesario, con el fin de señalar el orden de preferencia y colocación de los materiales que, por disposición de la Corte, se suministren para su publicación.

Art. 4.° El Secretario de la Corte irá suministrando de cada semana los materiales, á medida que los tenga preparados para su publicación, y á más tardar habrá completado dichos materiales cuarenta y ocho horas antes del promedio del día en que ha de salir á luz cada número de la *Gaceta Judicial*.

Art. 5.° La *Gaceta Judicial* contendrá seis Secciones oficiales, á saber:

1.° De *Sentencias definitivas* de la Corte Suprema de Justicia;

2.° De *Autos interlocutorios* de la misma Corte;

3.° De *Acuerdos* y *resoluciones* de la Corte;

4.° De *Vistas del Procurador general de la Nación*, emitidas en los asuntos que cursen ante la Corte;

5.° De *Documentos varios judiciales*, propios de la Corte, ó que ella mande insertar, emanados de otros Tribunales ó Juzgados de la República; y

6.° De *Edictos* y *avisos judiciales* que la Corte estime conveniente ó obligatorio hacer publicar.

Art. 6.° Además de las seis secciones oficiales de que trata el artículo anterior, podrá crearse otra *No oficial*, para insertar en ella aquellas divertaciones jurídicas, memorias científicas sobre Jurisprudencia y otros escritos ó estudios sobre puntos de Derecho que la Corte pueda mandar insertar, conforme al inciso 6.° del artículo 145 de la citada ley 61 de 1886.

Art. 7.° Con el fin de hacer tan metódica cuanto más sea posible la publicación de los documentos de que trata este decreto, en cada una de las Secciones oficiales de que habla el artículo 5.° se hará siempre la conveniente subdivisión en partes bien marcadas, según que las sentencias ó los autos se refieran á recursos de *casación*, de *revisión* ó de *hecho*, á negocios *civiles* ó á negocios *criminales*, y entre éstos, á los *comunes* ó los de *responsabilidad*.

Art. 8.° La *Gaceta Judicial* será impresa de manera que sus números puedan ser fácilmente empastados formando libro, y se publicará un número el sábado de cada semana. Tendrá el tamaño de impresión fuera de márgenes, de 30 centímetros de altura por 19 de anchura, y se compondrá de ocho páginas cada una dividida en dos columnas. Si la experiencia comprobare que dichas ocho páginas son insuficientes, podrá hasta duplicarse su número, ó podrán publicarse dos números semanales, á juicio del Ministerio de Gobierno, pero consultando previamente la opinión de la Corte Suprema.

Art. 9.° La edición de la *Gaceta Judicial* será por lo menos de dos mil ejemplares, á fin de que pueda ser distribuída á todos los Jefes de oficinas nacionales, á todos los Tribunales y Juzgados de la República, desde la Corte Suprema hasta los Juzgados municipales, á los Agentes del Ministerio público en todas sus escalas, y á cuantos funcionarios públicos deban intervenir en la administración de justicia ó tener conocimiento de ella; todo sin perjuicio de los ejemplares que puedan ser necesarios para atender á la demanda de los particulares.

§. El Ministerio de Gobierno dispondrá ó estipulará lo conveniente acerca del precio á que deba ser vendido el periódico á los particulares, ya sea en números sueltos ó por suscripciones.

Art. 10. La edición de la *Gaceta Judicial* se hará en papel de buena calidad, con los tipos denominados *small-pica* y *long-primer*, acomodándola rigorosamente á la nueva ortografía de la Academia Española.

Art. 11. Cada año se formará por Secciones, según la naturaleza de los negocios, un índice cronológico de los documentos publicados en la *Gaceta Judicial*, del primero de Enero al treinta y uno de Diciembre del último año, con expresión de las páginas respectivas; índice que será redactado por el Oficial Mayor de la Corte Suprema, y se insertará al fin del último número del año á que corresponda.

Art. 12. Tan luego como se comience la publicación de la *Gaceta Judicial*, este periódico será el órgano oficial de publicidad de la Corte Suprema de Justicia y del Procurador general de la Nación, dejando de serlo el *Diario Oficial*. En consecuencia, todas las autoridades, corporaciones y funcionarios públicos de Colombia, darán entera fe á los documentos oficiales que en dicha *Gaceta* se publiquen, así como la han dado hasta ahora á las publicaciones de igual clase del *Diario Oficial*.

Art. 13. El Editor oficial tendrá el deber de verificar, por medio de los correos y por distribuciones, canjes de la *Gaceta Judicial* con otros periódicos de igual naturaleza, así nacionales como extranjeros; á cuyo efecto el Magistrado de la Corte Suprema que haya sido designado para entenderse con dicho Editor, suministrará á éste la lista de los periódicos cuyo canje ha de ser solicitado. Los canjes que se obtengan pertenecerán á la Biblioteca de la Corte Suprema. Desde sería convenientemente encuadernados y conservados.

Dado en Bogotá, á 21 de Enero de 1887.

ELISEO PAYAN.

El Ministro de Gobierno, FELIPE F. PAÚL.

ACUERDOS DE LA CORTE SUPREMA.

INSTALACIÓN DE LA CORTE SUPREMA NACIONAL.

En la ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia, á los tres días del mes de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, se reunieron en acuerdo los señores Magistrados doctores Rito Antonio Martínez, José María Samper y Antonio Morales, nombrados principales, y los suplentes primero, tercero, cuarto y séptimo, señores doctores Froilán Largacha, Manuel José Angarita, Luis S. de Silvestre y Salomón Forero, por ausencia de los principales, y declararon instalada la Corte Suprema, en cumplimiento de lo preceptuado en el inciso 4.° del artículo *A* de las disposiciones transitorias de la Constitución de la República.

Constituída así la Corte bajo la Presidencia del señor Magistrado doctor Angarita, por orden alfabético de apellidos, éste nombró para Secretario *ad-hoc* al señor Magistrado doctor Morales, con lo cual se declaró abierto el acuerdo.

En consecuencia, se procedió á la elección de Presidente para el período legal en curso y por el término que señala el artículo 148 de la Constitución. Practicada la votación, sirviendo de escrutadores los señores Magistrados doctores Forero y de Silvestre, dió el siguiente resultado: cinco votos por el señor Magistrado doctor Martínez, y dos por el señor Magistrado doctor Samper; en tal virtud, la Corte declaró legalmente elegido al primero.

En seguida se procedió á la elección de Vicepresidente, sirviendo de escrutadores los mismos señores Magistrados que en

la anterior; practicada la votación resultó así: cinco votos por el señor Magistrado doctor Samper y dos por el señor Magistrado doctor Lavracha; en consecuencia, la Corte declaró legalmente elegido al primero.

Acto continuo, y sirviendo de escrutadores los señores Magistrados doctores Angarita y de Silvestre, se procedió á la elección de Secretario, la cual dió este resultado: cinco votos por el señor doctor Ramón Guerra Azuola, y dos votos por el señor Flavio González M., por lo cual la Corte declaró legalmente elegido al primero.

En este estado, el señor Presidente dispuso que se comunicaran estas designaciones á los Excelentísimos señores Presidente de la República y Presidente del Honorable Consejo Nacional Legislativo, á su Señoría el señor Procurador general de la Nación, á los señores Ministros del Despacho, al señor Gobernador del Distrito Federal de Cundinamarca, al señor Jefe Civil y Militar del Territorio nacional de Panamá, á los señores Gobernadores ó Jefes civiles y militares de los Departamentos, á los señores Presidentes de las Cortes ó Tribunales de los mismos y al señor Presidente de la Oficina general de Cuentas. Ordenó también el señor Presidente de la Corte que se comunique lo más pronto el nombramiento de Secretario con el fin de que, si acepta, se sirva concurrir inmediatamente al Despacho, á efecto de tomar posesión; y que se publique esta acta en el *Diario Oficial*.

Con lo cual se dió por terminado el presente acuerdo, que firman el señor Presidente y demás señores Magistrados, con el infrascrito Magistrado Secretario *ad-hoc*.

El Presidente, R. ANTONIO MARTÍNEZ.—El Vicepresidente, JOSÉ M. SAMPER.—*Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Larrazcha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.* El Magistrado Secretario *ad-hoc*, *Antonio Morales*.

Secretaría de la Corte Suprema—Bogotá, diez de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Es copia conforme.—*Ramón Guerra A.*

ACUERDO N.° 3.

(SOBRE SUMINISTROS, EMPRÉSTITOS Y EXPROPIACIONES.)

En Bogotá, á 21 de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, reunidos en la Sala de conferencias los señores Magistrados de la Corte Suprema, Su Excelencia el Presidente hizo notar que, habiéndose resuelto en el acuerdo del día nueve del mes en curso aplazar provisionalmente las decisiones relativas á asuntos pendientes sobre empréstitos, suministros y expropiaciones, motivados por hechos anteriores á la última guerra civil, por cuanto había motivos para suponer que sobre este particular adoptase alguna resolución el Consejo Nacional Legislativo, parecía conveniente que la Corte tomase la iniciativa para provocar alguna decisión que pusiese término á la expectativa. Como los demás señores Magistrados abundasen en las mismas ideas, el señor Magistrado doctor Samper fijó la siguiente proposición que, suficientemente discutida, fué aprobada por unanimidad de votos:

"La Corte Suprema acuerda dirigir, por medio de su Presidente, una nota á Su Excelencia el Presidente del Consejo Nacional Legislativo, con el fin de manifestar á este augusto Cuerpo la convicción que tienen todos los Magistrados de la conveniencia que habría para los intereses de la Nación, y acaso también para los particulares, en que todas las reclamaciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones que deduzcan nuestras á una sola jurisdicción, y de manera que la entidad calificadora de la justicia y cuantía de aquellas reclamaciones, pudiese tener mayor libertad que un Tribunal, para amparar los intereses nacionales contra excesivas pretensiones. De esta suerte, habiéndose creado, por recientes decretos del Gobierno, una Sección especial en el Ministerio de Relaciones Exteriores, y una Comisión distinta para el común de los negocios, encargadas de estudiar y resolver las reclamaciones por suministros, empréstitos y expropiaciones, provenientes de la última guerra civil, bien podría convenir que á dicha Sección y dicha Comisión, respectivamente, pasasen las reclamaciones de igual naturaleza, provenientes de hechos anteriores al 18 de Diciembre de 1884, en que han conocido hasta ahora los Jueces nacionales y la Corte Suprema, á virtud de disposiciones legales.

"Caso que el Consejo Nacional Legislativo creyere conveniente la medida que se indica, se pondría término inmediatamente á los procedimientos judiciales pendientes, á virtud de la disposición legal que se adoptase, y al punto serían remitidos á su nuevo destino los expedientes que se hallen en tela de juicio, sin demora para los reclamantes ni riesgo de perjuicio para la Nación. Si, al contrario, el Consejo Nacional resolviere prontamente el punto, declarando que en su concepto no debe hacerse alteración en lo existente, la Corte se aplicará con actividad á resolver sobre los juicios pendientes relativos á empréstitos, suministros y expropiaciones, bien que con el temor de que el estudio y decisión de estos delicados asuntos causen inevitables demoras en los muchos otros negocios de que conoce la Corte.

"Comuníquese copia de este Acuerdo al Excelentísimo Señor Presidente del Consejo Nacional Legislativo, y publíquese en el *Diario Oficial*."

Con lo cual se dió por concluido el presente Acuerdo, que firman todos los señores Magistrados con el infrascrito Secretario.

El Presidente, R. ANTONIO MARTÍNEZ.—El Vicepresidente, JOSÉ MARÍA SAMPER.—*Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Larrazcha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.*

El Secretario, *Ramón Guerra A.*

Secretaría de la Corte Suprema—Bogotá, veintidós de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.—Es copia.

Ramón Guerra A.

ACUERDO N.° 4.

(SOBRE ASUNTOS JURÍDICOS.)

En Bogotá, á veintisiete de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, habiendo solicitado el señor Magistrado doctor Samper que se reuniese la Corte Suprema en Sala de acuerdo para considerar un asunto importante, resolviéronse todos los señores Magistrados, y abierta la sesión por el señor Presidente, el mencionado señor doctor Samper hizo la siguiente exposición verbal:

"El artículo 89 del Código Penal de la nación dispone que toda pena se prescriba por el decurso de cierto tiempo, según su naturaleza, y el 71 señala como tiempo para la prescripción, diez años para las penas corporales y cuatro para las demás; salvo los casos especiales, á que se refieren los artículos 69 y 70. En consecuencia, el artículo 1,419 del Código Judicial (cuadragésima reforma de 1876), manda que cese todo procedimiento cuando llegue el caso de prescripción, lo mismo que en los de muerte del reo y de indulto ó amnistía.

"Conforme á estas disposiciones, han ocurrido y siguen ocurriendo muchos casos en que, ya por demoras en los procesos, ya porque los acusados procuren entorpecerlos con un propósito deliberado, ó por abandono de los funcionarios de instrucción ó los Jueces de primera instancia, á veces se cumplen los diez años, y muy frecuentemente los cuatro del término de la prescripción, antes de que se pronuncie la sentencia condenatoria ó el auto de seguimiento de causa, y es necesario entonces mandar que cese todo procedimiento; con lo que fácilmente se asegura la impunidad de los reos ó sindicados.

"Es principio universal de jurisprudencia civil, que la prescripción se interrumpe por juicio formal en que comparece la parte que la puede alegar; y es absolutamente lógica y racional la aplicación de este principio á los asuntos criminales, por ser una misma la razón de la ley. Esto está reconocido por los Códigos de varios de los extinguidos Estados, según los cuales la prescripción de las penas se interrumpe por el juicio criminal en que comparece el reo. Desde el momento en que está *sub judice*, sabe que se le exige la responsabilidad merecida por el delito que ha cometido, y por lo tanto, falta el motivo para alegar prescripción de la pena respectiva.

"Por estas consideraciones, estimo conveniente que se reforme el artículo 71 del Código Penal, haciendo alguna distinción entre los funcionarios públicos y el común de los particulares, y aumentando, para esto el término de la prescripción respecto de los primeros, por cuanto, en igualdad de circunstancias, su delincuencia es más grave y perniciosa que la de los particulares; y que se adicione el artículo 70, agregándole lo necesario.

"Propongo, por tanto, la siguiente resolución:

"Manifestarse al Excelentísimo Consejo Nacional Legislativo que, en concepto de la Corte Suprema, conviene aprovechar la ocasión de la expedición que va á hacerse de un nuevo Código Penal, para reformar el artículo 71 y adicionar el 76 del modo siguiente:

Art. 71. En los demás delitos y culpas que tengan señalada pena corporal, la pena se prescribe por diez años. En los delitos y culpas que tengan señalada otra pena, ésta se prescribe por el transcurso de cuatro años, si el acusado no era funcionario público, y por el de seis, si era funcionario público cuando cometió el delito.

Art. 76. El término de la prescripción no se contará respecto del reo remiso lo que se fugue de un establecimiento de castigo, sino desde el día de la fuga. Tampoco se contará en el tiempo de la prescripción el de la duración del proceso, desde la fecha de la comparecencia del acusado contra quien se ha pronunciado auto de formación de causa, á menos que el proceso haya durado, desde aquella fecha, por un tiempo igual al de la prescripción, ó que el sindicado haya estado detenido.

Detenidamente consideramos los señores Magistrados este proyecto de acuerdo, y lo aprobamos por unanimidad de votos.

Con lo cual se dió por terminado el presente Acuerdo, que firman los señores Magistrados con el infrascrito Secretario.

El Presidente, R. ANTONIO MARTÍNEZ.—El Vicepresidente, JOSÉ M. SAMPER.

Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

ACUERDO N.° 22.

(SOBRE VARIOS ASUNTOS).

En la ciudad de Bogotá, á siete de Febrero de mil ochocientos ochenta y siete, se constituyó la Corte Suprema Nacional en Sala de acuerdo, con asistencia de todos los señores Magistrados y del infrascrito Secretario, con el objeto de tomar en consideración los siguientes asuntos:

Considerose en primer lugar, á indicación del señor Presidente, la obligación que tenía la Corte de nombrar, para el presente año, el Revisor del Banco Nacional. Procedióse á hacer el nombramiento y obtuvo la totalidad de los votos el señor Matías de Francisco; por lo cual el señor Presidente lo declaró nombrado, y dispuso se comunicase el nombramiento al señor Ministro del Tesoro, al Director General del Banco Nacional y al señor de Francisco.

Dióse lectura al siguiente telegrama, recibido por la Corte.

Medellín, 1.° de Febrero de 1887.

A Su Excel. señor el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Bogotá.

Instalóse Tribunal Superior del Distrito y acordó someter á la Corte los siguientes puntos de consulta, por si estuviere en sus facultades resolverlos:

1.° ¿Fiscales del Tribunal tienen voto en el nombramiento de Jueces?

2.° ¿Debe el Tribunal nombrar suplentes de Jueces Superiores de Distrito, y en qué número?

3.° ¿Pueden los Jueces que se nombren funcionar válidamente, si el primero de Marzo no se tiene constancia oficial de aprobación de la Corte?

Caso negativo, ¿qué se hace?

¿Siguen los actuales ó quedan acéfalos los Juzgados?

4.° ¿Bastará como prueba de idoneidad certificación de empleados antioqueños residente en esa ó de Gobernador de aquí?

Requiérese inmediata resolución si la Corte fuere competente, para poder obrar con acierto.

"Dios guarde á Su Señoría.

Silverio Arango P."

El señor Magistrado Samper propuso la siguiente resolución, que fué aprobada por unanimidad:

Señor Presidente del Tribunal del Distrito de Antioquia.—Medellín.

Esta superioridad ha considerado hoy, en Sala de acuerdo, la consulta que le hace Su Señoría en telegrama del primero (1.°) recibido el cinco, y ha resuelto lo siguiente:

La Corte no se considera competente, por falta de facultad legal expresa, para resolver sobre la consulta del Tribunal Superior del Distrito de Antioquia; mayormente cuando la opinión que expresase podría anticipar fallos en futuros juicios.

La Corte no puede adoptar resoluciones generales en ningún asunto, sino emitir fallos especiales, en vista de autos, y menos cuando los asuntos generales tienen carácter administrativo.

Transmítase la consulta á su Señoría el Ministro de Gobierno, por ser más natural que la resuelva el Poder Ejecutivo.

Comuníquese al Tribunal Superior de Antioquia y al Ministerio de Gobierno.

Además, el señor Magistrado doctor Samper fijó la siguiente proposición, que fué aprobada por unanimidad:

No siendo posible á la Corte resolver, en muchos casos, con pleno conocimiento de la idoneidad de las personas, sobre aprobación ó desaprobación de los nombramientos de Jueces de Circuito que hagan los Tribunales Superiores,—se dispone que se dirija una orden circular á todos los Presidentes de dichos Tribunales, en la cual se les pida remitan siempre á la Corte, con los nombramientos de Jueces de que den cuenta, los informes ó documentos, ó copia de éstos, que hayan tenido á la vista para comprobar la idoneidad constitucional de los individuos nombrados para las judicaturas de Circuito; á fin de que la Corte pueda resolver, con pleno conocimiento, si aprueba ó nó los nombramientos.

Se consideró en tercer lugar una nota de Su Señoría el Presidente del Tribunal de Cundinamarca, de fecha tres del presente mes, número 82, en la cual comunica al Secretario varios nombramientos hechos por dicho Tribunal, de Jueces de Circuito; y la Corte, á moción del Magistrado señor Angarita, resolvió lo siguiente:

No teniendo la Corte la completa certeza exigida por el artículo 115 de la ley 61 (25 de Noviembre) de 1886, "provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial etc.," certeza sin la cual no es posible aprobar los nombramientos de todos los Jueces á quienes se refiere la nota oficial que se considera, la Corte se abstiene por ahora de resolver, y dispone que para aprobar ó desaprobar estos nombramientos, se pidan previamente al Tribunal de Cundinamarca los datos, informes y documentos que haya tenido á la vista para cerciorarse de la idoneidad que tengan los nombrados, conforme al artículo 157 de la Constitución.

Transmítase por el telégrafo la resolución general anterior, á todos los Presidentes de los Tribunales Superiores de Distrito.

No habiendo otro asunto de qué tratar, Su Señoría el Presidente levantó la sesión.

El Presidente, JOSÉ M. SAMPER.—*Manuel J. Angarita.—Julián R. Cock Bayer.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Benjamín Noguera.—Manuel A. Sanclemente.—Ramón Guerra A.*, Secretario.

Es copia fiel.—Bogotá, diez de Febrero de mil ochocientos ochenta y siete.

El Secretario,—*Ramón Guerra A.*

SENTENCIAS DEFINITIVAS.

NEGOCIOS CIVILES.

Corte Suprema de Justicia—Bogotá, veintidós de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

VISTOS:—Antonia, Felisa y María Francisca Sandino, han solicitado se les declare con derecho al goce de pensión del Tesoro nacional, como huérfanas de su legítimo padre el Capitán de la Independencia, José Sandino. El Jefe del Estado Mayor general del Ejército, por cuyo conducto se ha hecho la solicitud y el Ministro de Guerra y Marina, han informado, en 20 de Abril y 25 de Mayo de 1885, respectivamente, de un mo-

do favorable á las solicitantes, y el expediente ha sido remitido á la Corte para la resolución respectiva.

Están comprobados los siguientes hechos:

1.° Que José Sandino sentó plaza de soldado al servicio de la causa de la Independencia, en primero de Enero de mil ochocientos doce, y que se retiró del servicio, por invalidez, en tres de Mayo de mil ochocientos diez y ocho en el grado de Alférez 1.°; que concurrió á las acciones de guerra de Chire, Guadualito, á las dos de La Mata de la Miel, Yagual, San Fernando, Macueritas, Barinas, Calabozo, Sombrero, Ortiz y Cojedes, quedando en la última por muerto sobre el campo de batalla, á consecuencia de seis heridas que le causaron una perpetua invalidez; y que abonado el doble tiempo de campaña, tuvo diez años, cinco meses, tres días de servicio. Todo lo cual aparece de la respectiva hoja de servicios formada por el Estado Mayor en veinte y seis de Mayo de mil ochocientos treinta y siete, que en copia autorizada se ha acompañado.

2.° Que Sandino fué ascendido á Capitán en mil ochocientos cuarenta y uno, según el despacho expedido á su favor por el General en Jefe del Ejército del Sur, despacho que fué refrendado por el Poder Ejecutivo en once de Diciembre del mismo año.

3.° Que el Capitán Sandino contrajo matrimonio con Alberta Orjuela, en diez de Mayo de mil ochocientos cuarenta y uno, según la certificación del Párroco que obra en el expediente. Que de ese matrimonio proceden las solicitantes, como lo acreditan las partidas de bautismo de cada una de ellas, reforzadas con las declaraciones de varios testigos.

4.° Que dicho militar murió en Santá el cinco de Septiembre de mil ochocientos cincuenta y cuatro como aparece de la partida de defunción que obra en copia, autorizada por el Notario 1.° de ese Circuito.

5.° Que las reclamantes dependían de su padre del cual recibían los medios de subsistencia; que son solteras y se hallan en absoluta pobreza; que observan una conducta honorable; que hay identidad real entre las mencionadas hijas del Capitán Sandino y las peticionarias y que no han recibido recompensa alguna del Tesoro nacional, según lo asegura el Secretario del Tesoro.

Están, pues, llenados todos los requisitos fijados por el artículo 879 del Código Militar para optar las solicitantes al goce de la pensión en los términos del artículo 858, inciso 1.° del mismo Código.

Por estos fundamentos, la Corte Suprema de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el dictamen del señor Procurador general, resuelve lo siguiente: Antonia, Felisa y María Francisca Sandino, huérfanas del militar de la Independencia, José Sandino, tienen derecho al goce de pensión del Tesoro nacional mientras permanezcan solteras, la que se fija en la cantidad de cuarenta y ocho pesos mensuales, divisible por iguales partes entre las interesadas; con derecho á su goce desde la notificación de esta sentencia, conforme al artículo 905 del Código citado.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el *Diario Oficial*, remítase en copia al Cuerpo Legislativo para los efectos legales y archívese el expediente.

R. Antonio Martínez.—José M. Samper.—Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

La anterior sentencia fué publicada en la audiencia del veintidós de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Guerra A., Secretario.

En veintitres de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis notifiqué la anterior sentencia al señor Procurador general de la Nación.

ARANGO M.—*Guerra A.*, Secretario.

En veintisiete de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis notifiqué la sentencia anterior al apoderado señor Marcos Naranjo.

Marcos Naranjo.— Guerra A., Secretario.

Es copia conforme. Bogotá, Septiembre veintiocho de mil ochocientos ochenta y seis.

El Secretario, *Guerra A.*

Corte Suprema de Justicia—Bogotá, veintitrés de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Vistos: El Juez de ejecuciones nacionales libró, en veintisiete de Agosto de mil ochocientos ochenta y tres, mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Manuel José Matta, por cantidad de setenta y un pesos, de que le declaró definitivamente responsable la Oficina general de Cuentas por auto del veinte del mismo mes. Al notificarse el auto del Juez, interpuso apelación el ejecutado, la que le fué concedida para ante la Corte.

El apelante no ha suministrado papel con estampillas para dar curso al negocio, por cuyo motivo el señor Procurador general ha promovido articulación para que se declare que el apelante ha desistido de la instancia. Sustanciado el incidente conforme al artículo 423 del Código Judicial, y no habiendo consignado el interesado las estampillas necesarias, según informe del Secretario, la Corte Suprema de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso interpuesto por Manuel José Matta, quedando ejecutoriado el auto de primera instancia á perjuicio del recurrente, de cuyo cargo será las costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el *Diario Oficial* y devuélvase el expediente.

R. Antonio Martínez—José M. Samper—Manuel J. Angarita—Salomón Forero—Froilán Largacha—Antonio Morales—Luis S. de Silvestre—Ramón Guerra A., Secretario.

En veintisiete de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis notifiqué al señor Procurador general la resolución que antecede.

ARANGO M.—*Guerra A.*, Secretario.

Es copia conforme.

Bogotá, Octubre nueve de mil ochocientos ochenta y seis.

El Secretario, *Ramón Guerra A.*

NEGOCIOS CRIMINALES.

Corte Suprema de Justicia.—Bogotá, veintitrés de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Vistos.—Por auto de [illegible] y seis de Octubre de mil ochocientos ochenta y cinco, dictado por [illegible] el Juez 6.° del Circuito de Bogotá (folios 40), fueron sometidos á juicio criminal Luis V. Herrera y Manuel de J. Calle, por infracción del capítulo 6.° título 6.° del Código Penal, que trata de la sustracción de efectos custodiados en archivos públicos.

Seguido el juicio por los trámites legales, el Juez dictó sentencia en nueve de Febrero del presente año, por la cual condenó á Herrera, como responsable en tercer grado del delito expresado, á sufrir la pena de un año de reclusión, y á Calle á la suspensión, por dos meses, del empleo que ejercía de Archivero y á pagar una multa de veinte pesos.

Esta sentencia, apelada por ambos reos, ha venido á la Corte por haber sido concedido el recurso.

Oídas las partes en esta segunda instancia, el señor procurador general refiere el hecho de la siguiente manera, de acuerdo con los autos:

"El enjuiciamiento de los citados Herrera y Calle se originó por el hecho de haber sustraído aquel del Archivo de la Oficina general de Cuentas, un considerable número de expedientes de los cuales apenas se ha conseguido recuperar una parte.

"En tal hecho, la responsabilidad de autor único y principal corresponde á Herrera, siendo así que á Calle solamente se le puede hacer el cargo de negligente como encargado de la custodia del Archivo de donde Herrera sustrajo los expedientes, sirviéndose para ello de la llave que Calle le confiara para asuntos particulares, pues Herrera ni aun siquiera era empleado de la Oficina.

"Lo anteriormente extractado, consta de una manera sucinta en el proceso, sin que haya la más ligera duda respecto de la existencia del hecho criminoso y de sus responsables, pues por propia confesión de Herrera y por el testimonio de varios individuos que lo vieron salir repetidas ocasiones del Capitolio, ya solo ó ya acompañado de un muchacho, llevando abultados rollos de papel en horas en que estaban cerradas las oficinas

públicas situadas en aquel local, como por las declaraciones terminantes de las personas que compraron á dicho Herrera los expedientes sustraídos en cantidad de cuarenta arrobas, poco más ó menos, se ha establecido hasta la evidencia, la culpabilidad del citado individuo.

"Por lo que hace á Calle, aun cuando Herrera lo indica como su cómplice, resulta que tal inculpación no ha sido justificada por no ser bastante para ello el dicho singular interesado del inculpado. Mas, como Calle sí ha confesado que confiaba á Herrera la llave de la Oficina en que ocurrió la novedad, hay que convenir en lo manifiesto de su descuido y en que las incurrido por lo tanto en la pena señalada por el artículo 319 del Código de la materia."

En seguida el expresado funcionario nota, con razón, que la sentencia debe ser reformada, por cuanto que se aplicó á Herrera la pena de reclusión, en vez de la de prisión, según el artículo 318 del Código Penal, y porque se omitió aplicarle las penas de que trataa los artículos 29, 62 y 64 del expresado Código.

Además, la Corte observa que calificada en tercer grado la culpabilidad de ambos reos, la multa á que debe ser condenado Calle debe ser la cantidad de diez pesos, que es el mínimo de la señalada por el 319 del Código expresado, y que la suspensión por dos meses del destino que éste desempeñaba, debe aplicársele la subsidiaria de que trata el 638 por aparecer del *Diario Oficial* número 6,739 que ya no desempeña el destino de Archivero.

Por lo expuesto, y calificando el delito en segundo grado, por concurrir en su perpetración circunstancias agravantes y atenuantes, y dando cumplimiento á los artículos 104, 105, 113, 31, 62 y 64 del Código Penal y 1,937 del Código Judicial, la Corte Suprema de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada y condena á Luis V. Herrera á sufrir la pena de dos años seis meses de prisión en el respectivo Establecimiento del Departamento de Cundinamarca, computándose en este tiempo los seis meses seis días que estuvo detenido desde el veinte de Mayo hasta el veintiséis de Noviembre de mil ochocientos ochenta y cinco; y el tiempo que trascurrirá desde el cuatro de Marzo de mil ochocientos ochenta y seis, en que fué nuevamente reducido á prisión por el retiro de la fianza de escarcela, hasta que empiece á contarse la pena corporal. Igualmente queda condenado á la privación de [illegible] público, y á la de toda pensión, [illegible] destino, cargo y empleo suspensión de los derechos políticos mientras dure la pena corporal, al pago, solidario y mancomunadamente con el otro reo, de las costas, al resarcimiento de todos los daños; y á la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado.

Condénase á Manuel J. Calle, en cumplimiento del artículo 319 del Código Penal, y previa calificación de su culpabilidad en tercer grado, por no concurrir circunstancias agravantes de su falta, á la pena de suspensión por dos meses y al pago de la multa de diez pesos; y como aparece que ya no desempeña el destino de Archivero, se le aplicará la subsidiaria de veinte pesos de multa, conforme al artículo 638 del Código últimamente citado; al pago, de mancomún y solidariamente con Herrera, de las costas, daños y perjuicios que hayan resultado.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el *Diario Oficial*, y devuélvase el proceso al Juez de primera instancia.

R. Antonio Martínez.—José M. Samper.—Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

La anterior sentencia fué publicada en audiencia del mismo día veintitrés de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Guerra A., Secretario.

En veinticuatro de los mismos la notifiqué al señor Procurador.

ARANGO M.—*Guerra A.*, Secretario.

En veintisiete de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, notifiqué la sentencia anterior al señor Abel Puél, defensor de J. Calle L.

Abel Puél.—Guerra A., Secretario.

Es copia conforme.
Bogotá, Octubre doce de mil ochocientos ochenta y seis.
El Secretario, *Ramón Guerra A.*

AUTOS INTERLOCUTORIOS.

Corte Suprema de la Nación.—Bogotá, veinte de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Vistos: Por denuncio introducido por Aurelio Mora M. en veintiocho de Septiembre de mil ochocientos ochenta y tres, ante el señor Administrador principal de Hacienda nacional de la ciudad de Barranquilla, se ha levantado este sumario para averiguar la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el telegrafista Elías Moreno C., por no haber entregado oportunamente el telegrama que con fecha veintisiete de Agosto de mil ochocientos ochenta y tres dirigió desde Calamar Alberto Castillejo M. al denunciante Mora, residente éste entonces en Barranquilla.

Adelantada la actuación y después de repetidas ampliaciones ordenadas por la Corte Suprema, se ha dictado por el Juez 2.° de la Provincia de Barranquilla el auto de reinticuatro de Junio del corriente año por el cual se sobresee en el procedimiento referido.

Habiendo venido en consulta este auto de sobreseimiento y surtida ya la tramitación respectiva, oído el dictamen del señor Procurador general, la Corte pasa á resolver sobre el mérito del sumario y acerca del auto consultado, para lo cual considera lo siguiente:

Como se deja dicho, el cargo contra el telegrafista Elías Moreno C. consiste en que deliberadamente retuvo y dejó de entregar el telegrama que Castillejo envió desde Calamar á Barranquilla destinado á Mora; pero ese telegrama fué enviado precisamente en los momentos en que el orden público estaba seriamente amenazado en el Estado de Bolívar, como se comprueba por el decreto expedido por el Presidente de ese extinguido Estado, en veinte de Agosto de mil ochocientos ochenta y tres, es decir, tres días antes del anotado telegrama; y en este se daban noticias de operaciones militares en el Río Magdalena, que necesariamente tenían relación [illegible] con la expectativa común y con el orden público.

Con tal motivo el telegrafista Moreno creyó y debió creer, que no solo le era potestativo, sino que era también de su deber retener aquel telegrama.

Con tanto mayor razón debió creerlo así, cuanto que todas las providencias del Presidente, ó á lo menos la mayor parte, según el decreto ya mencionado, se referían á la Provincia de Barranquilla y entre esas providencias figura como muy importante la relativa á las precauciones que debían tomarse respecto al servicio telegráfico. En tal situación y teniendo en cuenta que el artículo 69 del decreto orgánico del ramo de telégrafos hace necesariamente en las circunstancias difíciles, á los telegrafistas jueces de la entrega ó no entrega de los telegramas; es claro que no hubo culpabilidad por parte de Moreno, pues que no es que su conducta está exenta de malicia.

Agréganse á esto las declaraciones que obran en el sumario, encaminadas y favorecedoras al sumariado entre las cuales figura la muy respetable del sujeto que era entonces Gobernador de la Provincia de Barranquilla.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el dictamen del señor Procurador, confirma el auto de sobreseimiento consultado y dispone que este sumario sea remitido al Juzgado de su origen.

Notifíquese y cópiese en el libro respectivo.

R. Antonio Martínez.—José M. Samper.—Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

En veinticos de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, notifiqué el auto anterior al señor Procurador general.

ARANGO M.—*Guerra A.* Secretario.

Es copia conforme. Bogotá, cinco de Febrero de mil ochocientos ochenta y siete.

Ramón Guerra A. Secretario.

Corte Suprema Nacional.—Bogotá, veinte de Septiembre de [illegible] ochocientos ochenta y seis.

Vist[illegible] la Provincia de Lorica en el Departa-

mento de Bolívar, consulta con esta Superioridad el auto de ocho de Febrero del corriente año, por el cual sobresee en el procedimiento criminal, con relación al sumario iniciado de oficio por el Alcalde de Montería, con el objeto de averiguar la efectividad de un conato de conspiración contra el Gobierno nacional de que el indicado Alcalde tuvo conocimiento.

Practicadas las diligencias posibles, solamente dos testigos, jóvenes de diez y seis años, afirman que un tal Pedro Negrete los invitó para un movimiento revolucionario; pero además de que estos testigos hablan con absoluta vaguedad, sin referirse á plan ni combinación alguna, sin determinar otra cosa que un aislado deseo de Negrete,—las citas y ampliaciones posteriores pusieron en claro que no había tal plan de movimiento subversivo, ni asomo de conato ó tentativa al efecto.

Además, como muy bien lo expresa el señor Procurador en su precedente dictamen, después del decreto de amnistía general, expedido por el Gobierno, toda investigación referente á delitos políticos anteriores sería baldía y sin objeto.

Por tanto, la Corte Suprema Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto de sobreseimiento consultado y del que se deja hecha mención.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Juzgado de donde procede.

R. Antonio Martínez.—José M. Samper.—Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

En veintidós de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis notifiqué el auto anterior al señor Procurador general.

ARANGO M.—*Guerra A.*, Secretario.

Es copia conforme. Bogotá, veintidós de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

El Secretario, *Ramón Guerra A.*

Corte Suprema nacional—Bogotá, veinticuatro de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

Vistos: El Alcalde del Distrito de Popayán, señor Liborio Navia, sabiendo que tres hombres allí desconocidos y que luégo se supo que se llamaban José María Nieva, Pedro A. Serrano y Pedro A. Arango, habían vendido y seguían vendiendo en la cabecera de este Distrito, alhajas de oro y de plata, piedras preciosas y perlas y ejecutado otros actos sospechosos; dispuso, en Noviembre de mil ochocientos ochenta y dos, la iniciación de un sumario para averiguar si se había cometido el delito de hurto ó de robo y quiénes eran los responsables, según lo ordenado á las autoridades del Cauca por la legislación de aquel Estado. En consecuencia, se recibieron varias declaraciones, se embargaron y depositaron los objetos que se hallaron en poder de los desconocidos, y se dispuso la detención de éstos; dándose luégo cuenta con las diligencias practicadas al Juez del Circuito de Popayán, en lo criminal, ante quien ocurrieron los tres detenidos en solicitud de excarcelación y la entrega de las cosas embargadas; y habiéndolos sido negada, apelaron al Tribunal del Departamento del Centro, en el mismo Estado del Cauca, el cual confirmó el auto apelado.

Después de todo esto, el expresado Juez del Circuito de Popayán, en lo criminal, dictó auto en el que mandó consultar con la Corte Suprema federal lo que se había hecho en las mencionadas diligencias; y la Corte, considerando que no había prueba de que el delito, si existía, se hubiera cometido en el Estado del Cauca, y que era posible que se hubiese cometido en el Ecuador, de donde no se había solicitado la extradición de los detenidos, ni de las autoridades judiciales ni del Poder Ejecutivo de la Unión; decidieron que Nieva, Serrano y Arango fueran restituidos á su libertad, no pudiéndose proceder de oficio en estos casos, según los artículos 1,887, 1,888 y 1889 del Código Judicial; y por cuanto en esta clase de negocios corresponde el conocimiento sólo á las autoridades nacionales, con exclusión de las de los Estados, mandó sacar copia de lo que estimó conducente para averiguar la responsabilidad en que podieran haber incurrido las autoridades del Estado del Cauca que intervinieron en el aludido sumario.

Con la copia de las diligencias mandadas sacar por la Corte, se principió la averiguación de la responsabilidad de las autoridades del Cauca; mas como al mismo tiempo que se seguía el sumario contra Nieva, Arango y Serrano, éstos se habían dirigido á la misma Corte quejándose contra aquellas autoridades caucanas, á solicitud del Ministerio público y de conformidad con los artículos 1,662 y 712, inciso 2.º del Código Judicial, se decretó la acumulación de unas y otras diligencias.

Remitidas que fueron todas ellas, el Ministerio público ha sido de concepto que debe sobreseerse, por considerar que así lo demanda la independencia del Poder Judicial de los Estados, consignada en la Constitución federal; que no hay prueba de que el delito se hubiera cometido en el Ecuador; y que las autoridades caucanas ninguna ley nacional quebrantaron al investigar si Nieva, Serrano y Arango habían cometido algún delito.

La independencia del Poder Judicial de los Estados, consagrada en la Constitución federal, sólo se refería naturalmente á los negocios de la competencia de los mismos Estados, de modo que si resultara que las autoridades judiciales de éstos, hubieran usurpado la jurisdicción federal, bien fuera la de los Jueces nacionales de primera instancia, bien la de la Corte Suprema, decidiendo algún Tribunal de Estado lo que sólo á la Corte federal correspondía decidir; no hay duda de que esas autoridades judiciales de los Estados que tal hubieran hecho, hubieran sido responsables en el orden federal, ó sería llegado el caso de dar cuenta al Congreso (número 16 de la primera reforma de la ley 46 de 1876) del vacío de la legislación.

Pero como acertadamente lo observa el señor Procurador general, el hecho de practicar las diligencias sumarias para averiguar si se ha cometido algún delito, cuál sea éste, quién es el responsable, cómo y en donde ha tenido lugar, es un deber impuesto á las autoridades del Cauca por la legislación; y por lo que hace á la competencia, ésta resulta de los hechos que aparezcan en el sumario comprobados; de modo que para fijar la competencia, es preciso levantar el sumario, siendo por este motivo que el artículo 1,505 del Código Judicial dispone que, si el funcionario de instrucción no fuere competente para conocer del juicio, pasará las diligencias al Juez respectivo.

No puede haber responsabilidad sino cuando se conoce en un juicio en que el Juez es incompetente; pero no habiendo conocido el Juez del Circuito de Popayán, en lo criminal, ni el Magistrado del Tribunal del Departamento [illegible] del Estado del Cauca, de juicio alguno, sino apenas interv[illegible] diligencias sumarias, á tiempo que si no consta que el delito se cometiera en el Circuito de Popayán, tampoco aparece que se cometiera fuera de esa circunscripción judicial (artículo 1,507 del Código Judicial); es visto que en ninguna responsabilidad pudieron incurrir los funcionarios caucanos, pues lo único que á este respecto existe en autos es una declaración en la que el testigo Juan Jurado dice que cuando pasó por Machache en el Ecuador, oyó decir que allí se habían robado algunas alhajas de la Iglesia, lo que, como se ve, es un testimonio singular y de referencia.

Por tanto, de acuerdo con el señor Procurador general, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, sobresee en estas diligencias instruídas para averiguar la responsabilidad en que pudieran haber incurrido el Juez del Circuito de Popayán, en lo criminal, señor Eusebio Casas, y el Magistrado del Tribunal del Departamento del Centro, en el Estado del Cauca, señor don Pablo Diago.

Notifíquese al señor Procurador general, sáquese copia para su publicación en el *Diario Oficial* y archívese.

R. Antonio Martínez.—José M. Samper.—Manuel J. Angarita.—Salomón Forero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

En veinticinco de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis notifiqué al señor Procurador general.

ARANGO M.—*Guerra A.*, Secretario.

Es copia conforme. Bogotá, Septiembre veintinueve de mil ochocientos ochenta y seis.

El Secretario, *Ramón Guerra A.*

Corte Suprema de Justicia.—Bogotá, Septiembre veinticuatro de mil ochocientos ochenta y seis.

Vistos. En siete de Marzo de mil ochocientos ochenta y dos, ocurrió Nicolás M. de Paz ante el encargado del Poder Ejecutivo del extinguido Estado de Bolívar, denunciándole que, á virtud de haber sido desamortizada y rematada una casa situada en la ciudad de Cartagena, en la calle de La Tablada, barrio de Santo Toribio, en la cual uno de sus ascendientes había dejado fundado un capital con el carácter de capellanía; y que el derecho al goce de ese capital, ó mejor dicho, al rédito ó pensión que debería pagar el Tesoro nacional por haber éste vendido la finca en pública subasta, le había sido declarado por sentencia judicial—; no había podido, sin embargo, obtener el reconocimiento de su derecho, porque no se habían remitido á la Dirección del Crédito nacional las diligencias que acreditaran ese remate y esa desamortización, recibiendo con ello considerables perjuicios, porque á la causa se le debían yo quince años de intereses.

De este denuncio resulta que el señor de Paz se queja de que ha habido omisión en el envío del mencionado expediente; pero no dice que éste haya sido sustraído ó maliciosamente extraviado de la respectiva oficina. Se deja comprender que anuncia una responsabilidad por mal desempeño en los deberes oficiales, pero sin indicar contra quién; y seguramente por ser asunto en que está interesada la Nación, y en el que, por consiguiente, debe procederse de oficio, el Secretario general del Estado envió el referido denuncio al Juez 2.º de la Provincia de Cartagena, después de haber pedido al Agente subalterno de Bienes Desamortizados un informe sobre el paradero del expediente á que alude el denunciante, informe que pasó también al Juzgado.

El Juez acogió el denuncio—aunque sin recibir declaración al denunciante, como debió hacerlo en busca de mayores datos—y pidió al Secretario general informe de las personas que habían desempeñado el cargo de Agentes de Bienes Desamortizados en el Estado, desde mil ochocientos sesenta y cinco—época de la desamortización de la casa en referencia—hasta mil ochocientos ochenta; y pidió también del Agente subalterno respectivo, informe de las diligencias de remate de la casa, tomado de los inventarios que debían existir. Del informe de este último empleado resulta que no existía en la Oficina de Bienes Desamortizados la diligencia de remate de la finca, practicada en mil ochocientos sesenta y cinco; y agrega en nota de tres de Junio de mil ochocientos ochenta y dos, que en su oficina no había constancia de que el expediente se hubiera remitido á otro empleado después de la nota con que se pasó al Poder Ejecutivo del Estado, para la aprobación del remate.

Con tal motivo, el representante del Ministerio público pidió desde treinta de Junio de mil ochocientos ochenta y dos, que se solicitara del Secretario general del Estado copia de la nota con que se hubiere devuelto el expediente al empleado que lo había enviado para la aprobación; y que en el caso de no encontrarse en el copiador constancia de la devolución, se buscara en la Secretaría el susodicho expediente. Este pedimento del Fiscal fué muy acertado y razonable, porque tendía á examinar en cuál de las dos oficinas—en la Secretaría general ó en la de Bienes Desamortizados—había sido descuidado, perdido ó sustraído el expediente, sabiéndose también así cuál era el empleado responsable. El Juez, en la misma fecha de este pedimento, decretó de conformidad con lo indicado por el Fiscal; y según todas las notas que corren desde el folio 16 hasta el 29 inclusive, se estuvieron pidiendo constantemente, desde Junio de mil ochocientos ochenta y dos hasta doce de Marzo de mil ochocientos ochenta y cuatro, de la Secretaría general, los datos que el Ministerio público solicitaba. En todos esos veintiún meses, el Secretario general, con manifiesto desacato al Juzgado, con sobra de indiferencia por la administración de la justicia, y con notable violación de sus deberes, no se dió por entendido ni expresó excusa alguna tocante al dato de su oficina pedido, echando sobre esta oficina y con esta conducta, la presunción de que allí había muerto el expediente solicitado por el denunciante Paz.

El Juez por su parte, con sobra de debilidad, olvidando los artículos 158, 176 y 1,498 del Código Judicial de la Nación, y sin tratar tampoco de promover algo acerca de la responsabilidad del Secretario omiso, se limitó por auto de dos de Marzo de mil ochocientos ochenta y cuatro, á decir que no habiéndose podido obtener de la Secretaría el dato requerido, se prescindiría de él, pasando el sumario al Fiscal. Este, á su vez, dió por agotados los medios de investigación, y pidió el sobreseimiento, el cual se decretó por auto de doce de Marzo de mil ochocientos ochenta y cuatro, que es el que ha venido en consulta y del cual se ocupa actualmente la Corte.

Ese auto se funda en que la responsabilidad es indefinida, pues no puede saberse lo que la constituye ni quién pueda ser el responsable; en que el expediente del primer remate quedó sin efecto por remates posteriores, y que en estos últimos ha podido fundarse el reconocimiento del Tesoro público para la expedición del certificado de la renta: en que el movimiento de los archivos de los Bienes Desamortizados y las variaciones introducidas por las leyes en este Ramo, hacen imposible la responsabilidad; y, últimamente, en que el transcurso de los años desde que debió ocurrir la diligencia cuya pérdida se averigua, hace muy difícil encontrar este asunto. El señor Procurador general de la Nación encuentra fundados estos motivos para el sobreseimiento, agregando la circunstancia, muy cierta ciertamente, de la indeterminación de que adolece el memorial de denuncio; y por todo ello condujva la resolución del Juez de primera instancia.

La Corte Suprema encuentra también exactos esos fundamentos del Juez, así como los del dictamen del señor Procurador; y dándolos por reproducidos, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto consultado.

Mas, como por lo que se deja expuesto en el cuerpo de esta resolución puede existir alguna responsabilidad contra el Secretario general del extinguido Estado de Bolívar, que lo fuera desde treinta de Junio de mil ochocientos ochenta y dos hasta doce de Marzo de mil ochocientos ochenta y cuatro, por omisión en el cumplimiento de sus deberes, sáquese copia de lo conducente y pásese al señor Procurador general, para que promueva lo que crea del caso.

Y como el Juez 2.º de la Provincia de Cartagena, señor Miguel Díaz Granados, aparece culpable de morosidad en el curso de esta actuación—si no precisamente por violación del artículo 169, sí por no haber cumplido con lo prescrito en el 176 del Código Judicial de la Nación,—sáquese también copia de lo conducente y pásese igualmente al Ministerio público para lo de su cargo.

Notifíquese, sáquese copia y devuélvanse los autos al Juez de su procedencia.

R. Antonio Martínez.—José M. Samper.—Manuel J. Angarita.—Salomón Rivero.—Froilán Largacha.—Antonio Morales.—Luis S. de Silvestre.—Ramón Guerra A., Secretario.

En veinticinco de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis notifiqué al señor Procurador general.

ARANGO M.—GUERRA A., Secretario.

Es copia conforme. Bogotá, veintiocho de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis.

El Secretario, *Ramón Guerra A.*

ANUNCIOS.

LA GACETA JUDICIAL.—Se publica este periódico ordinariamente una vez por semana (los sábados), y se admiten suscripciones en el Banco Nacional así:

Por un semestre (26 números)..... $ 3 00
Por un año (52 id)..... 5 00

No se venden números sueltos.

Es de cargo del Ministerio de Gobierno hacer repartir el periódico á los suscriptores en la capital, y en los Departamentos por medio de los correos; sin perjuicio de la distribución á las oficinas públicas que deben recibirlo.

No se admiten anuncios que no sean de carácter oficial, ni inserciones que no sean autorizadas por la Corte Suprema.

IMPRENTA DE PINANO, POR J. DELIO CHIEN.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación VII

PARTE PRIMERA

DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

LA PENA DE MUERTE EN COLOMBIA. UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ENTRE 1886 Y 1910

RICARDO POSADA-MAYA

1. Consideraciones generales 3
2. Características de la pena capital 6
   A) Evolución legislativa 6
   B) Rasgos principales de la pena de muerte en las legislaciones penales colombianas de 1837 a 1890 16
3. Desarrollo de la pena de muerte en la jurisprudencia 23
   A) Los aspectos procesales debatibles del sistema de pena de muerte 25
   B) La pena de muerte y la relación de poder entre los jueces de hecho (jurados) y de derecho 29
   C) Las figuras jurídico-políticas de la conmutación y el derecho de gracia 34
      a) Los casos en los que la Corte Suprema de Justicia enviaba el proceso al presidente de la República 34
      b) Los supuestos en los que la Corte solicita expresamente la conmutación presidencial de la pena de muerte (Ley 56 de 1886, art. 4º) 35
4. Conclusiones 41
5. Bibliografía 42

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL, DOCTRINAL Y NORMATIVA DE LOS DELITOS DE ACCESO CARNAL VIOLENTO Y ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS EN COLOMBIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL CONSENTIMIENTO

MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ

PÁG.

1. Introducción 52
2. Aspectos generales de los tipos penales 53
   A) Código Penal de 1936: delito de violencia carnal (art. 316) .. 53
   B) Código Penal de 1980: delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (arts. 298 y 303) 59
   C) Código Penal del 2000: delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (arts. 205 y 208) 62
3. Evolución 64
   A) Particularidades referentes a la definición de acceso carnal y al sujeto activo 64
4. El consentimiento y la violencia 66
5. Conclusiones 71
6. Bibliografía 72

CAPÍTULO III

LA PRESUNCIÓN DE PREMEDITACIÓN EN EL HOMICIDIO, EN LA JURISPRUDENCIA ENTRE 1890 Y 1936

REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LIGIA MARÍA VARGAS MENDOZA
JUAN FELIPE DAZA LORA

1. Introducción 76
   A) Presunción de la premeditación 78
   B) Requisitos de la premeditación 80
2. Aplicación jurisprudencial de la premeditación presunta 86
3. Conclusión 92
4. Bibliografía 95

Capítulo IV

ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE EL DELITO DE ESTUPRO EN COLOMBIA Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Laura Rubio Krohne
Nicolás Süssmann Herrán

pág.

1. Introducción 97
2. Evolución legislativa 100
3. Descripción general del delito 102
4. Bien jurídico tutelado 104
   A) La afectación a la libertad: consentimiento y disentimiento 110
5. Análisis concreto del delito 112
   A) Estupro propio 112
   B) Estupro impropio 115
6. Caracterización de la promesa formal de matrimonio 116
7. Concursos 119
8. Conclusiones 120
9. Bibliografía 120

Parte segunda

DERECHO PRIVADO

Capítulo V

EL GUARDIÁN DE LA ACTIVIDAD PELIGROSA: UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DISEÑADA POR LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Marcela Castro de Cifuentes

1. Introducción 125
2. Las actividades peligrosas 126
3. ¿Por qué los daños causados por actividades peligrosas tienen o deben tener un régimen especial? 132
   A) Contra el causante del daño pesa una “presunción legal de culpa” 133
   B) Causales de exoneración 136

PÁG.

4. Debate preliminar: ¿culpa o riesgo? 137
5. El guardián de la actividad. Origen y evolución en la jurisprudencia colombiana 146
6. Comentarios finales 158
7. Bibliografía 159

CAPÍTULO VI

LA PROMESA DE CONTRATO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

1. Introducción 162
2. Función económica 165
3. Concepto 166
4. Sujetos y características 167
5. Características más importantes del contrato 169
A) ¿Es un contrato solemne? 169
B) Bilateral 173
C) Principal 175
D) Oneroso 176
E) Nominado 176
F) Provisional y transitorio 176
6. Elementos de la esencia del contrato de promesa 177
A) Que conste por escrito 177
B) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 [*sic*] del Código Civil 177
C) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato 180
D) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales 183
7. Conclusiones 187
8. Bibliografía 187

Capítulo VII

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN TORNO A LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

Lilia Zabala Ospina

PÁG.

1. Introducción 192
2. El concubinato y los derechos de sus integrantes 193
   A) La sociedad de hecho concubinaria: derechos patrimoniales de los concubinos 193
   B) Los efectos civiles del concubinato: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la lucha por la igualdad de los hijos 196
3. La unión marital de hecho: efectos civiles y patrimoniales 199
   A) Efectos personales y civiles 199
   B) Los efectos civiles de la unión marital de hecho: la constitución de los compañeros permanentes como un nuevo estado civil 202
4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes 207
5. La aplicación retroactiva o retrospectiva de la sociedad patrimonial 211
6. Conclusión 212
7. Bibliografía 213

Parte tercera

DERECHO LABORAL

Capítulo VIII

DEL VÍNCULO A LA CONVIVENCIA REAL Y EFECTIVA

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la pensión de sobrevivientes

Ana María Muñoz-Segura

1. Introducción 219
2. La cónyuge, representante del vínculo prevalente 222

PÁG.

3. O cónyuge o compañero(a), convivencia efectiva al momento de la muerte 228
4. Cónyuge y compañero(a) permanente, de acuerdo con el tiempo de convivencia 234
5. Conclusiones..... 237
6. Bibliografía..... 238

CAPÍTULO IX

LOS PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO EN EL RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO

SANTIAGO MARTÍNEZ MÉNDEZ

1. Importancia del tema 243
2. Antecedentes normativos..... 245
3. Análisis normativo y línea jurisprudencial..... 251
A) Formalidades 255
B) Contraprestación directa..... 256
4. Comentarios finales 258
5. Bibliografía..... 259

PARTE CUARTA

DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO X

EL JUICIO AL ESTATUTO DE SEGURIDAD DE 1978 O UNO DE LOS "PEORES CASOS" EN LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA

1. Introducción..... 264
2. Breves antecedentes y contexto del Estatuto de Seguridad de 1978 267
A) Doctrina de la seguridad nacional, subversión y orden público 267
B) La Corte Suprema de Justicia frente al juzgamiento de civiles por militares bajo el estado de sitio en la Constitución de 1886..... 269

PÁG.

C) Del gobierno de López Michelsen a la obsesión de Turbay por "la seguridad" 273
D) El Estatuto de Seguridad de Turbay de 1978 276
E) El Estatuto de Seguridad de 1978 ante la Corte Suprema de Justicia 279
F) El Estatuto de Seguridad luego del fallo de la Corte 285
A) Las primeras reacciones 285
3. La creciente ola de denuncias de violaciones de derechos humanos: movilizaciones en contra del Estatuto y rechazo internacional 290
4. Consideraciones finales 297
5. Bibliografía 298

CAPÍTULO XI

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL ESTADO DE SITIO: LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS DOCTRINAS DE LAS FACULTADES IMPLÍCITAS Y DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL GOBIERNO

ANTONIO BARRETO ROZO

1. Introducción 302
2. El predominio tácito del poder ejecutivo en los asuntos de orden público: la doctrina de las facultades implícitas 304
3. El predominio explícito del poder ejecutivo en los asuntos de orden público: la doctrina de las atribuciones constitucionales en cabeza del gobierno 314
4. Conclusiones 320
5. Bibliografía 321

CAPÍTULO XII

LA REINTERPRETACIÓN DE LA EXCEPCIÓN: LA CORTE SUPREMA FRENTE A LAS EMERGENCIAS ECONÓMICAS DE 1982

JORGE GONZÁLEZ JÁCOME

1. Introducción 323
2. La crisis de la década de los ochenta 326
3. La nacionalización de los bancos como problema ideológico 331

PÁG.

4. La gradual construcción de un Estado interventor 336
5. A manera de conclusión..... 340
6. Bibliografía..... 341

CAPÍTULO XIII

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL PLEBISCITO DE 1957. ¿CUÁL SOBERANO PARA LOS MOMENTOS DE CRISIS?

ANÁLISIS Y RESONANCIAS DE LA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1957

DIANA DURÁN SMELA

1. Introducción..... 345
2. Antecedentes..... 348
A) La dictadura de Gustavo Rojas Pinilla y la Junta Militar de Gobierno..... 348
B) Los acuerdos bipartidistas 351
3. La sentencia de 28 de noviembre de 1957..... 355
A) El gobierno de facto y la legitimidad de los decretos 358
B) Competencia de la Corte y sentido del fallo 361
C) Concepto de la Procuraduría 363
4. Resonancias y alcances posteriores 367
A) La sentencia 54 del 9 de junio de 1987 368
B) El Plebiscito de 1988..... 372
5. Conclusiones..... 377
6. Bibliografía..... 379

CAPÍTULO XIV

ENTRE EL 5 DE MAYO DE 1978 Y EL 9 DE OCTUBRE DE 1990:

ALGUNAS FRACTURAS Y TENSIONES EN LAS NOCIONES DE PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA

Bibliografía 404

Índice de autores 407

Parte primera

DERECHO PENAL

Capítulo I

La pena de muerte en Colombia. Una revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1910[*]

Ricardo Posada-Maya[**]

Resumen. La pena de muerte fue usada ampliamente en Colombia hasta 1910, fecha en la cual comenzó a ser convertida en la pena de presidio. El presente capítulo analiza dicha institución a *partir de su historia* legislativa y su desarrollo jurisprudencial. Se comparan, además, las diversas normativas que la regularon y sus efectos simbólicos, para terminar estudiando tres aspectos que se derivan de su evolución judicial: a) los aspectos procesales debatibles del sistema de pena de capital; b) la pena de muerte y la relación de poder entre los jueces de hecho (jurados) y de derecho, y c) las figuras jurídico-políticas de la conmutación y el derecho de gracia.

Palabras clave: pena capital, pena de muerte, conmutación presidencial, derecho de gracia.

1. Consideraciones generales

La muerte es y ha sido una de las penas corporales irreparables más polémicas en términos filosóficos, sociales y políticos en la historia del derecho penal[1]. Un castigo de aplicación universal criticado no solo en

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.88.

[**] Director y profesor del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, y director del Grupo de Estudios e Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Conjuez de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Universidad de los Andes, Bogotá. Quiero agradecer a la asistente de investigación Laura Rubio, por su ayuda para obtener la jurisprudencia requerida para el comentario; y a los profesores Ricardo Molina López y Miguel Malagón, por sus valiosos comentarios.

[1] Arcesio Aragón, *Elementos de criminalogía y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934, pág. 337, dice: "Hemos dicho ya que las penas corporales

razón de la inviolabilidad de la vida humana, tal y como lo afirma la actual Constitución Política de Colombia en el artículo 11, al prescribir: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"; sino también, porque su ciega utilidad social pone en entredicho principios constitucionales tan importantes como la proporcionalidad, la necesidad de la pena y el fin de la resocialización de los criminales, a partir de la aplicación de sanciones punitivas inadmisibles en un estado social y democrático de derecho.

Como es natural, la doctrina en repetidas ocasiones y en épocas diversas se ha pronunciado a favor[2] o en contra[3] de esta sanción punitiva atroz. Incluso, algún sector importante de la Corte Suprema de Justicia así lo hizo a principios del siglo xx, como se advierte en el destacado salvamento de voto de los magistrados Silva y Castro Vélez (1906) en la causa por *uxoricidio* en contra de J. Fructuoso Pareja —quizá uno de

---

son las que hieren al reo en su cuerpo, ya privándolo de la vida, ya sometiéndolo a mutilaciones, imposición de marcas infamantes, vapulaciones, etc.".

[2] A favor de la pena capital en Colombia, con base en el sofisma de la defensa social, se muestra Aragón. *Elementos de criminalogía y ciencia penal, op. cit.*, págs. 342-343, quien señalaba: "El Congreso de la República de Colombia, al suprimir en 1863 la pena capital, declaró que «la vida humana es inviolable»" —"desgraciadamente solo para la ley, mas no para los malvados—". En consonancia con lo anterior, este autor suscribía que los errores judiciales comunes a la pena de muerte solo son fatalidades a las que está sometida la sociedad. Eliminarla por ellos paralizaría la justicia y la aplicación de todo tipo de penas. No resulta desproporcionada, pues solo se aplicaría a los supuestos delictivos más graves; no afecta la resocialización, pues hay en verdad delincuentes feroces e incorregibles; y es claro que el crimen se incrementa cuando es eliminada, asunto que no demuestra en su postura. De la misma opinión es José María Samper, *Derecho público interno*. Comentario científico de la Constitución de 1886, t. ii. Bogotá, Prensa del Ministerio de Educación Nacional, 1951, pág. 61, al afirmar que fue un error que los constituyentes de 1883 prohibieran la pena de muerte, declarando la inviolabilidad de la vida: "La inviolabilidad que había de ser y fue ilusoria, dado que no se comenzó, ni pudo comenzar, por suprimir la ferocidad de las pasiones humanas, y con ella, los asesinatos y las revueltas civiles".

[3] Precisamente, José Vicente Concha, *Tratado de derecho penal*, 7ª ed. reformada y adicionada, Bogotá, Librería Americana, 1929, págs. 96-97, luego de algún cambio de postura, afirma que la pena de muerte es en esencia "contraria al espíritu de conservación del hombre. «La necesidad presente de la defensa de otros hombres no exige tamaño sacrificio, y de consiguiente, que tampoco lo permite como pena la destrucción de otro ser ya consumada, porque no se puede decir que se mata al homicida para conservar el muerto. Llevada la disputa a este punto, no es sostenible la legitimidad de la pena de muerte, porque las condiciones actuales de los pueblos justos no hacen ya de la pena de muerte del enemigo social una necesidad material»".

los últimos reos ajusticiados en Medellín y fusilado en la escalinata del Palacio Nacional el 22 de marzo de 1907—, cuando al efecto dijeron:

> "Hoy, más que en ninguna otra época, es cuando se presenta como menos necesaria la aplicación de la pena capital, pues es sabido que el Gobierno se esfuerza grandemente en la mejora de los establecimientos de castigo y se empeña en llevar á ellos la instrucción necesaria para obtener el mejoramiento moral de los delincuentes, *sin duda con el laudable propósito de eliminar, por innecesaria, la pena capital que a tantos errores ha dado lugar*"[4] (cursivas fuera de texto).

Sin embargo, más allá de estas discusiones doctrinales o de hábiles discursos políticos, parece innegable que el argumento de mayor peso en contra de esta forma de suprema defensa social, es que una muy significativa cantidad de procesos y decisiones judiciales que impusieron la pena capital en Colombia fueron, como se pondrá en evidencia más adelante, la consecuencia de graves y costosos errores judiciales. Incluso, Aragón concedió, a pesar de su postura favorable a este tipo de pena corporal, que "[...] lo que sí ha ocurrido es que cuando se han hecho demasiado frecuentes pierden todo su horror y se convierten en un deporte bárbaro, que vuelve feroces las costumbres"[5].

No está de menos indicar que, si bien no existen datos concluyentes[6], no resulta convincente afirmar la eficacia preventiva y disuasoria de la pena de muerte en Colombia, debido a que, por un lado, sin duda los casos y las ejecuciones de esta sanción definitiva fluyeron sin descanso hasta su eliminación en octubre de 1910. Recuérdese que no todos los expedientes llegaron a la Corte Suprema de Justicia por vía de consulta o casación; y por otro, porque tampoco disminuyó la gravedad, crueldad y repercusión social de los graves crímenes cometidos mientras que esta sanción estuvo vigente en nuestro medio jurídico. Más bien, llama la

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 14 noviembre 1906, "G. J." de 20 junio 1907, año xvii, núm.. 879, M. P. Enrique Esguerra, pág. 352.

[5] Aragón, *Elementos de criminalogía y ciencia penal*, *op. cit.*, pág. 343.

[6] Emiro Sandoval Huertas, *Penología*, Partes general y especial, Santa Fe de Bogotá, Ibáñez, 1998, pág. 234, señala al respecto: "Hemos de concluir, entonces, que la controversia sobre la eventual eficacia de la pena de muerte es perfectamente inconducente como quiera que no puede superar el ámbito de los razonamientos teóricos, que se prestan tanto para atacarla como para defenderla, ya que no es posible obtener información concreta confiable sobre este aspecto. Trátese, pues, de asunto en el que ninguno de los dos extremos puede ser demostrado o infirmado [...]".

atención que todas las ejecuciones reforzaron, de manera contrafáctica, la idea de que la vida no era oficialmente inviolable, si el "Gobierno verdugo" mataba a las personas como objetos sacrificables en beneficio de una abstracta defensa social.

Dicho lo anterior, el presente comentario tiene como propósito visibilizar, a partir de alguna jurisprudencia seleccionada de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1910, los controles judiciales de casación y consulta respecto a la pena de muerte. A tal efecto, luego de hacer algunas consideraciones generales en el capítulo segundo, se analizan los rasgos más importantes de la pena capital, tanto desde el punto de vista histórico como legislativo. En el capítulo tercero, se destaca el desarrollo jurisprudencial sobre la pena de muerte, teniendo en cuenta los hechos probados en 87 piezas de jurisprudencia (que incluyen sus respectivos salvamentos de voto). Dichas referencias versarán sobre tres puntos: a) aspectos procesales debatibles del sistema de pena de muerte; b) la pena de muerte y la relación de poder entre los jueces de hecho (jurados) y de derecho, y c) las figuras jurídico-políticas de la conmutación y el derecho de gracia. Finalmente, en el punto cuarto se presentarán algunos comentarios a título de conclusión, y para cerrar el texto se anotará la bibliografía utilizada en el escrito.

2. Características de la pena capital

A) *Evolución legislativa*

La pena capital ha tenido una tumultuosa vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, al haber sido excluida —por fortuna— en dos extensos períodos de nuestra historia, que suman más de 130 años. Desde su aplicación descarnada durante la primera mitad del siglo XIX en las provincias Unidas de la Nueva Granada (1811-1816[7]), la Repú-

[7] En dicho período se observa la existencia de un gran número de constituciones provinciales (Tunja, Antioquia, Cundinamarca, El Socorro, etc.), hasta el Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada. Con dicha normativa se aplicó la legislación española, de la siguiente manera: "Art. 72. Las leyes que para estos y otros casos regirán por ahora en los tribunales de la Unión, son las que nos han gobernado hasta aquí en lo que no sean contrarias a estos pactos, incompatibles con el actual estado de las cosas, y la situación política del Reino o Provincias de la Nueva Granada". Congreso de las Provincias Unidas, "Acta de federación", págs. 1-19, en esp. pág. 18. Dicha normativa fue reformada el 17 de agosto de 1814, ibíd., pág. 79.

blica de la Gran Colombia (1819-1831[8]) y la República de la Nueva Granada (1832-1858[9]), bajo el rigor de legislación española como las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas de la Corona aplicados hasta el 18 de marzo de 1808, las recopilaciones de Indias[10] y Castilla, y las siete partidas (Partida VII, tít. XXXI[11]); las leyes expedidas por el Congreso y los decretos del presidente de la República; hasta la posterior vigencia de la Ley 1087 de 1837 (27 de junio) o Código Penal Granadino de 1837[12], que reguló esta institución en los artículos 18 a

[8] Constitución de la Gran Colombia de 1821 y su Decreto de 27 de agosto de 1821 (art. 1º, ord. 10), regularon la conmutación de la pena capital en cabeza del jefe supremo del Estado. Así: art. 127, Const. Pol.: "En favor de la humanidad puede, cuando lo exija algún grave motivo, conmutar las penas capitales de acuerdo con los jueces que conozcan de la causa, bien sea a su propuesta, o a la de aquellos"; art. 188: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso". Véase *Recopilación de Leyes de la Nueva Granada* (vol. I, Bogotá, Edic. Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012), ordenada por la Ley de 4 de mayo de 1843, págs. 3 y ss.

Dicha normativa, fue complementada con la ley orgánica del procedimiento de 13 de mayo de 1825. En todo caso, hay que recordar que el Código Judicial Nacional de 1872 (7 de junio) en su art. 2028, todavía permitía la vigencia subsidiaria de la normativa española, que definitivamente fue derogada por el art. 1º de la Ley 57 de 1887.

[9] La Constitución de la Nueva Granada, aprobada por la Convención Granadina de 1832 (1º de marzo), en el art. 106, ord. 18, precisó lo siguiente: "Conmutar con previo consentimiento del Consejo de Estado la pena capital en otra grave, siempre que así lo exija alguna razón especial de conveniencia pública, y a propuesta de los tribunales que decretan las penas". Dicha Constitución fue modificada en 1843, cuyo texto indica, en el art. 102: "Son atribuciones exclusivas del poder ejecutivo: 12ª. Conmutar la pena de muerte por otra grave a los que hayan sido condenados a ella, cuando haya suficiente motivo de conveniencia pública para la conmutación". Finalmente, la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853 (art. 42), señaló: "Corresponde a la Suprema Corte de la Nación [...] / 7. Conmutar la pena capital, previo informe del tribunal o juez de la causa, siempre que concurran graves y poderosos motivos, *durante la existencia de la pena de muerte*" (cursivas fuera de texto).

[10] *Recopilación de leyes de los Reynos de Las Indias*, 4 tomos, Prólogo de Ramón Menéndez y Pidal, Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano, Madrid, Edic. Cultura Hispánica, 1973.

[11] La Partida VII, tít. XXXI, Ley XIII (*Quantas maneras fon de pena*), dice así: "Siete maneras fon de penas, porque pueden los judgadores afcarmentar a los fazedores de los yerros. E las quatro son de los mayores, e las tres, de los menores. La primera es dar alos omes pena de muerte, o de perdimento de miembro. [...]". VII Partidas, t. III, f. 92.

[12] Véanse *Recopilación de leyes de la Nueva Granada*, vol. I, *op. cit.*, págs. 330-332; también en *Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del*

40, con alguna excepción a partir de la Ley 1921 de 1849 respecto a los delitos políticos[13].

Un buen ejemplo de los decretos expedidos en la *República de la Gran Colombia* por el presidente Francisco de Paula Santander, relativos a la pena de muerte contra los empleados de la Hacienda Nacional y los ladrones, fueron los siguientes:

• Por Decreto del 23 de octubre de 1819, se ordena, por traición a la patria, que: "*1º.* El empleado en la Hacienda Nacional a quien se le justificare sumariamente fraude o mala versación en los intereses públicos o resultare alcanzado, *se le aplicará irremisiblemente la pena de muerte sin necesidad de formar más proceso que los informes de los tribunales respectivos*. [...]"[14] (cursivas fuera de texto).

• Igualmente, consta en el Decreto del 17 de julio de 1820, mediante el cual, debido a la frecuencia de los robos con violencia y porque "[...] el gobierno debe proteger para que los delincuentes se contengan y la vindicta pública no padezca, he venido en decretar: Artículo 1º. *Todos los ladrones que fueren aprehendidos, a quienes por una sumaria información les fuere plenamente justificado el delito, previa la confesión del reo, se procederá inmediatamente a imponérsele la pena de muerte*. / Artículo 2º. La sentencia se consultará con la alta corte de justicia en el mismo día que se pronunciare y dentro de seis estará despachada la consulta"[15] (cursivas fuera de texto).

De igual interés son los decretos del presidente Libertador en materia de pena de muerte:

Consejo de Estado, t. VI, 1836 y 1837, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, págs. 425 y ss. Dicha normativa tuvo como base el Código Penal español de 1822, cuyos arts. 28 a 46 establecían normas sobre pena de muerte muy similares a las previstas en el C. P. de 1837, aunque mucho más precisas y detalladas en cuanto a las notificaciones, la forma de la ejecución pública, los cuidados espirituales al reo, la exposición del cadáver, el tratamiento diferencial según la clase de delincuente ejecutado mediante garrote, etc. Normas que fueron depuradas a partir del proyecto de C. P. de 1823 para Colombia.

[13] En efecto, la Ley 1921 de 1849 (24 de mayo) suprime las penas de muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión, prisión o infamia en los delitos políticos y la pena de vergüenza pública para los delitos comunes. Luego de la Independencia, la pena de muerte para delitos políticos regía en la Nueva Granada desde 1833.

[14] Felipe Osorio Racines (comp.), *Decretos de 1819 a 1821*, Colección de Leyes de Colombia, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1969, págs. 28-29. Igualmente, ibíd., pág. 94, por Decreto de 6 de abril de 1820, se establece que, para quienes no sea aplicable la pena de muerte, la creación de presidios con el fin de que los condenados trabajen en las minas.

[15] Ibíd., pág. 140.

• Así, se advierte la conmutación de la pena capital al soldado de artillería Antonio León, condenado el 27 de agosto de 1825 por delitos militares, mediante el decreto de Simón Bolívar del 26 de enero de 1828. El Libertador consideró, para tal efecto, que los delitos: 1) "[...] no ocasionaron graves daños a la sociedad"; 2) que no demuestran una depravación del corazón, sino "un ánimo compasivo y da indicios de ser capaz de corrección en lo sucesivo", y 3) que el abandono de centinela no se efectuó frente al enemigo ni en campaña[16].

• También es de anotar el decreto proferido por el Libertador el día 29 de febrero de 1828, con base en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 128 de la Constitución Política por razón de conmoción interior o invasión exterior, por medio del cual (art. 2º) se decreta la pena de muerte y de confiscación de bienes para los traidores y conspiradores definidos en dicha normativa (arts. 2º y 3º)[17]. En este orden de ideas, se anota el decreto del 12 de noviembre de 1828, por medio del cual el presidente Libertador indulta en su vida a los conspiradores del 25 de septiembre, aun cuando merezcan pena capital, a condición de entregarse a las autoridades locales en un plazo de 15 días[18].

Naturalmente, la pena de muerte también se aplicó en la *Confederación Granadina* (1858-1863[19]), que la impuso por cuenta de las leyes 2451 de 1858 (2 de junio), que dispuso (art. 1º) que las infracciones a la Constitución y a las leyes de la Confederación fueran tramitadas por el Código Penal Granadino de 1837; 2469 de 1859, (11 de febrero) sobre las facultades presidenciales para conmutar la pena capital previo informe del Tribunal sentenciador; 2531 de 1860 (25 de abril), sobre responsabilidad de los servidores del Estado. Y los códigos de los Estados soberanos en sus respectivos territorios, incluyendo el renombrado Código Penal del Estado de Cundinamarca de 1858 (16 de octubre)[20].

Normativas que rigieron hasta su primera abolición general por la Constitución Política liberal de los *Estados Unidos de Colombia*, sancionada del 8 de mayo de 1863[21], que a disposición de su artículo 15 señaló literalmente lo siguiente:

[16] *Decretos del Libertador, 1828-1830*, t. III, Sociedad Bolivariana de Venezuela, Caracas, Imprenta Nacional, 1961, págs. 16-17.

[17] Ibíd., págs. 27-29.

[18] Ibíd., págs. 206-207.

[19] La Constitución de la Confederación Granadina fue expedida en la Ley 2848 de 1858 (22 de mayo).

[20] Véase Sandoval Huertas, *Penología, op. cit.*, págs. 250-270.

[21] Constitución de los Estados Unidos de Colombia. Sancionada el 8 de mayo de 1863. Edición oficial revisada por una comisión de la Cámara de Representantes, compuesta

> "Artículo 15. Es base esencial e invariable de la unión entre los Estados, el reconocimiento i la garantía, por parte del Gobierno Federal i de los gobiernos de todos i cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes i transeúntes en los Estados Unidos de Colombia, a saber: 1º. La inviolabilidad de la vida humana; *en virtud de la cual el Gobierno Jeneral i los Estados se comprometen a no decretar en sus leyes la pena de muerte*. / 2º. No ser condenados a pena corporal por más de diez años" (cursivas fuera de texto).

Naturalmente, durante este período no se aplicó la pena de muerte bajo el Código Penal (en adelante, C. P.) de 1837, ni con Ley 112 de 1873 (26 de junio) o Código Penal de la Federación de Estados.

No obstante, luego de una turbulenta época en nuestra historia política, desbordada por enfrentamientos militares y guerras civiles (1876, 1877, 1885)[22], se implantó la pena de muerte después de alguna propuesta de reforma a la Constitución de los Estados Unidos de Colombia en 1885[23] y un anteproyecto redactado en su mayor parte por MIGUEL ANTONIO CARO[24], que a la postre, aprobado por los delegatarios de los

---

por un miembro de cada Estado; Bogotá, Imprenta y Estereotipia de Medardo Rivas, 1871. Naturalmente, durante su vigencia no se aplicó la pena de muerte, ni bajo el C. P. de 1837, ni con el Código Penal Federal, Ley 112 de 1873 (26 de junio).

[22] Precisamente, es sintomática la alocución del designado encargado del poder ejecutivo al Ejército, J. M. Campo Serrano, el 7 de agosto de 1886, cuando dijo: "¡*Compatriotas*! La obra de vuestros leales y abnegados esfuerzos ha sido coronada. La República, sedienta de paz y estabilidad, que colocó en vuestros brazos las armas, está de nuevo constituida; y en esta fecha, que recuerda la más brillante de las glorias de Colombia, comienza el primer período presidencial de la era de Regeneración que vosotros tan eficazmente contribuisteis a abrir [...]". En *Constitución de la República de Colombia*, Bogotá, Imprenta Echavarría Hermanos, 1886, pág. 206. Sobre estos hechos, véase RAFAEL NÚÑEZ, "Exposición del presidente de la República al Consejo de Delegados, al reunirse en 11 de noviembre de 1885 para formar la nueva Constitución", en *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886 y debates del proyecto en el Consejo Nacional Constituyente*, Bogotá, Librería Americana, 1913, págs. 3 y ss.; 9-10.

[23] SERGIO ARBOLEDA. *La Constitución Política*, Bogotá, ABC, 1952, pág. 269, incluye el proyecto de Constitución para los Estados Unidos de Colombia del 10 de septiembre de 1885: art. 20. "No se impone en los Estados Unidos de Colombia la pena de muerte por delitos políticos; pero el delito político no excusa ni disculpa los delitos comunes extraños al objeto de la guerra cometidos por los beligerantes, ni los actos de hostilidad condenados hoy por el derecho de gentes tal como se observa en los pueblos cultos".

[24] MIGUEL ANTONIO CARO, *Estudios constitucionales y jurídicos*, Primera serie, compilación, introducción y notas por CARLOS VALDERRAMA ANDRADE, Bogotá, Instituto Caro

Estados, dio lugar a la Constitución Política conservadora de 1886 de la *República de Colombia* que, en sus artículos 29 y 30[25], previno lo siguiente:

> "Artículo 29. Solo impondrá el legislador la pena capital para castigar, en los casos que se definan como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: *traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del Ejército. En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos en este artículo*" (cursivas fuera de texto). Agrega en el artículo 30. "No habrá pena de muerte por delitos políticos. La ley los definirá"[26].

Las normas citadas son perfectamente claras y su fundamento radica en que no son cuestiones de derecho penal o política criminal, sino la más pragmática política penal conservadora, contraria a la inviolabilidad de la vida, ideología propia de los liberales radicales que eliminaron la pena de muerte en 1863. Como se ve, el debate se trabó en una disputa partidista que materializó su ideario capitalista en constituciones sucesivas[27].

No otra cosa se desprende de la "Exposición" del presidente Rafael Núñez el 11 de noviembre de 1885 ante el Consejo de Delegados de

---

y Cuervo, 1986, pág. 31. Los artículos del anteproyecto decían de la siguiente manera: art. 28. "En los delitos comunes la pena de muerte estará limitada al traidor á la patria en guerra extranjera, al parricida, al asesino, al incendiario, al salteador en cuadrilla de malhechores, al pirata, y á los que cometan ciertos delitos militares con arreglo á las leyes del ejército", y el art. 29. "No habrá pena de muerte por delitos políticos. Pero no se reputarán tales aunque se amparen en un fin político, la traición, el asesinato, el incendio y el saqueo. En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos anteriormente previstos".

[25] Ibíd., pág. 214.

[26] Las bases de la reforma constitucional expedida por el Consejo Nacional, en su num. 11, dispusieron lo siguiente: "No podrá imponerse la pena de muerte, sino en los casos de graves delitos militares y delitos comunes atroces". *Diario Oficial* núm. 6530, de 2 de diciembre de 1885, Bogotá, págs. 541-542. Véanse Samper, *Derecho público interno, op. cit.*, pág. 64; Caro, *Estudios constitucionales y jurídicos, op. cit.*, pág. 14.

[27] Samper, *Derecho público interno, op. cit.*, pág. 61; Sandoval Huertas, *Penología, op. cit.*, pág. 265, quien afinca la reimplantación en los intereses militares, económicos y políticos del sector terrateniente sobre los burgueses comerciantes.

los Estados Soberanos[28], cuando indicó: "La Constitución, que ya termina su procelosa carrera, declaraba inviolable la vida humana; y, sin embargo, no hemos tenido época más fértil en asesinatos y matanzas colectivas que ese período de veintidós años transcurridos desde 1863, fecha de su promulgación". Ello también se desprende del debate de los delegados de los Estados al proyecto de reforma constitucional, el 17 de mayo de 1886[29], en los que participaron los delegados Santamaría, Paul, Calderón Reyes, Caro y Robles, quienes ayudaron a la redacción final de los artículos presentados por Caro, al discutir la necesidad de castigar los delitos atroces como el incendio, el asesinato y el parricidio con la pena capital, y su imposición automática a esta clase de infracciones criminales, cuando el legislador hubiera previsto las circunstancias más graves en la ley, teniendo en cuenta la proporcionalidad de los delitos, sobre todo en el de incendio.

Sobre esta base hay que concluir, que los pilares sobre los cuales se basó el constituyente de 1886 para reincorporar la pena de muerte, fueron dos de naturaleza positiva y tres de control. Los dos pilares positivos fueron su profundo simbolismo y su comprobada aplicación cierta y eficaz. Y los de control, el hecho de aplicarla solo a los delitos más graves (traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares), con la prohibición constitucional de extenderla a otros crímenes; que a su aplicación debía preceder la decisión del jurado o los jueces; y que existiese la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia pidiera la conmutación presidencial por la pena de presidio, o que aplicase el derecho de gracia. A lo dicho se añadía el argumento utilitarista de no tener que mantener a cargo del fisco a los malhechores, sin otro fundamento plausible.

Es durante la vigencia de esta norma constitucional que se estudian, en el presente comentario, las piezas de jurisprudencia sobre la pena capital. Rigen en ese momento dos estatutos penales sustantivos y varias leyes de naturaleza procesal que modificaron ampliamente en el Código Judicial el recurso extraordinario de casación penal.

[28] Rafael Núñez, "Exposición del presidente de la República al Consejo de Delegados, al reunirse en 11 de noviembre de 1885 para formar la nueva Constitución", *op. cit.*, pág. 5.

[29] *Diario Oficial*, núm. 6693 de 3 de junio de 1886. Caro, *Estudios constitucionales y jurídicos*, *op. cit.*, pág. 94. Los debates se pueden ver en *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886 y debates del proyecto en el Consejo Nacional Constituyente*, *op. cit.*, págs. 97-100.

Como se sabe, el primer Código Penal aplicado a partir de 1886 fue el redivivo estatuto del extinguido Estado Soberano de Cundinamarca[30] (arts. 31 a 38), sancionado el 16 de octubre de 1858, por cuenta del artículo transitorio J[31] de la Constitución Política; que lo limitó solo para aplicar la pena capital[32]. Estatuto punitivo cuya vigencia fuera luego extendida a toda la República de Colombia —y para todos los delitos—, por disposición del artículo 1º de la Ley 57 de 1887 (15 de abril), noventa días después de su publicación en el *Diario Oficial*.

Por añadidura, esta normativa penal fue objeto de una amplia reforma por la Ley 153 de 1887 (25 de agosto), particularmente en tres aspectos: a) la precisión de los delitos civiles respecto de los cuales se podía aplicar la pena de muerte, conforme al texto constitucional[33]; b) la determinación de los delitos militares que también admitían esta pena corporal[34], y c) la regulación de un procedimiento mucho más sencillo,

[30] Estado de Cundinamarca, *Los doce códigos del Estado Soberano de Cundinamarca*, Anotados i corregidos bajo la dirección del señor Mariano Tanco, t. tercero. Contiene los Códigos Judicial, Penal i Militar, París, Litografía Lahure, 1879.

[31] El artículo transitorio J de la Constitución de 1886 decía literalmente así: "Si antes de la expedición de la ley a que se refiere el artículo H [ley sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional] *hubieren de ser juzgados algunos individuos como responsables de alguno o algunos de los delitos de que trata el artículo 29*, los jueces aplicarán el Código del extinguido Estado de Cundinamarca, sancionado el 16 de octubre de 1858" (cursivas y corchetes fuera de texto).

[32] Dicho artículo transitorio tuvo como base en el artículo F del Proyecto de Constitución, según el cual: "Mientras se expide el nuevo código penal, permanecerá en vigor la ley marcial para la conservación del orden público y para la represión de los delitos atroces". Esto significa que el proyecto original pretendía dejar en manos de las autoridades militares la ejecución de la pena de muerte para los delitos atroces; delitos que, precisamente, eran los que se mencionaban en la Constitución. Recuérdese que el num. 11 de las bases de la reforma constitucional señalaba: "No podrá imponerse la pena de muerte, sino en los casos de graves delitos militares y delitos comunes atroces". ¡Por fortuna fue derrotado!

[33] iv. Delitos comunes (contra el Estado o las personas) que en ciertos casos son castigados con pena de muerte. Art. 216 (1. Determinación del grado máximo de gravedad de dichos delitos), art. 217 (la pena de muerte será aplicará únicamente para castigar el grado máximo), art. 218 (traición a la patria o espionaje), art. 219 (parricidio: el que mate a su padre, madre ó hijo, sean legítimos ó ilegítimos, ó á cualquiera otro de sus ascendientes ó descendientes, o a su cónyuge), art. 221 (asesinato), art. 224 (tentativas), arts. 225 y 226 (asalto en cuadrilla de malhechores), art. 227 (incendio para matar), arts. 228 y 229 (piratería).

[34] Ley 153 de 1887. ii. Delitos militares que someten a sus autores a la pena de muerte con degradación. Art. 284 (traición a la patria), art. 285 (espionaje), arts. 286 y 287 (rebelión), art. 288 (abandono de servicio), arts. 289 y 290 (insubordinación), art. 291

que hiciera más formal la ejecución del ajusticiamiento[35] y eliminara la pompa funeraria con la que se venía aplicando.

Estas disposiciones se materializaron luego en la Ley 19 de 1890 (18 de octubre) o Código Penal de 1890, artículos 48 a 54, que recopilaron el viejo Código Penal de 1837 —que a su vez tomó como modelos los códigos penales francés de 1810 y el español de 1822—. Dicho cuerpo normativo rigió desde el 15 de junio de 1891 hasta el 1º de julio de 1938, fecha en la que entró en vigencia la Ley 95 de 1936 (24 de abril) o Código Penal de 1936.

Para terminar este aparte, téngase en cuenta que el artículo 29 de la Constitución Política de 1886 y con él las normas anotadas, rigieron hasta la promulgación del Acto legislativo 3 de 1910 (31 de octubre), que en su título III, artículo 3º, señala: "El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso". Además, el artículo transitorio B, ibíd., dijo lo siguiente: "Los castigados con pena de muerte en el Código Penal, lo serán en adelante con veinte años de presidio, mientras la ley dispone otra cosa".

Dicha norma fue ratificada por la Ley 81 de 1910 (18 de noviembre), artículo 29, de la siguiente manera: "De los asuntos de casación en materia criminal conocerá la Sala de Casación, y si no hubiere lugar a infirmar la sentencia, *la Sala convertirá la pena capital en la de veinte años de presidio*", de acuerdo con los artículos 55 a 57[36] del Código Penal de 1890. Así sucedió, precisamente, en las causas por parricidio y asesinato en contra de Juan Esteban Úsuga y María Rufina Durango,

---

(asesinato y parricidio) y art. 292 (robo con violencia o latrocinio). El art. 293 reguló la conmutación de la pena de muerte por el gobierno nacional.

[35] Ley 153 de 1887, art. 232. "Los condenados á muerte serán pasados por las armas". / Art. 233. "La sentencia de muerte se ejecutará en plaza ó lugar público, destinado de antemano al efecto por la autoridad; ó en las cárceles, cuando en ellas hubiere sitio adecuado para que la ejecución sea pública. En todo caso el Tribunal podrá designar el lugar de la ejecución". / Art. 234. "El reo condenado á muerte será conducido al suplicio vestido de ropa negra, y acompañado del ministro ó ministros religiosos que quieran ejercer esta obra de misericordia, del subalterno de justicia que presida á la ejecución y de la escolta correspondiente". / Art. 235. "La pena de muerte no se ejecutará en día de fiesta católica". / Art. 236. "Deróga[n]se los artículos 31, 32 y 33 del Código Penal" de 1858.

[36] Código Penal, Ley 19 de 1890, art. 57. "La pena de presidio que se imponga por un delito, no puede exceder de veinte años", y art. 55. "El condenado á la pena de presidio será conducido al establecimiento respectivo, y se le obligará á trabajar en las obras que designe la autoridad política, nueve horas diarias por lo menos, salvo impedimento físico. [...]".

Habacuc Farfán, Luis María Vélez, Milcíades Rodríguez y Rufino Ortega, Benildo Nieto e Hipólito Suárez[37], entre muchas otras penas que fueron objeto de conversión.

Finalmente, la Ley 54, artículo 3º, indicó: "La pena de veinte años de presidio que se imponga en sustitución de la pena capital, de conformidad con el artículo B, transitorio del Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución Nacional, se considera como fija, y no está sujeta a rebajas de ninguna especie, en ningún tiempo".

Ahora: como ha sido puesto de presente, la abolición de la pena de muerte fue reiterada en la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 11, con un texto muy similar al previsto en la Constitución de 1863, que literalmente dice: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte".

Esta prohibición ha regido durante 107 años, sin que la pena capital haya sido aplicada oficialmente en el territorio nacional, salvo, por lo que algunos consideraron como la implementación *de facto* de la pena de muerte en Colombia, por medio del Decreto legislativo 70 de 1978 (enero 20) durante el Gobierno de Alfonso López Michelsen.

Tal decreto legislativo, que dictaba medidas conducentes al restablecimiento del orden público, en su artículo 1º, numeral 4, reformó el artículo 25 del Código Penal de 1936, y agregó como causal de justificación para todos los delitos, incluyendo el homicidio, el hecho de ser cometido "[...] por los miembros de la fuerza pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes"[38]. Esta reforma de estado de sitio fue declarada conforme a la Constitución Política por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de la Sala

[37] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 13 diciembre 1910, "G. J." de 28 febrero 1911, año XIX, núms. 962-963, M. P. Manuel José Angarita, pág. 202; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 14 diciembre 1910, "G. J." de 27 enero 1911, año XIX, núms. 958-959, M. P. Tancredo Nannetti, págs. 170-174; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 30 marzo 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, M. P. Constantino Barco, págs. 277-279; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 3 abril 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, M. P. Manuel José Angarita, págs. 279-280; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 7 abril 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, M. P. Constantino Barco, págs. 280-282; y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 4 abril 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, M. P. Manuel José Angarita, págs. 282-283.

[38] *Diario Oficial*, año CXIV, núm. 34944, de 1º de febrero 1978, pág. 1.

Plena del 9 de marzo de 1978, exp. D0070-78, M. P. González Charry, al no establecer directa o indirectamente la pena de muerte, sino una justificante basada en la defensa social, frente a estas graves formas de criminalidad. Para la Corte, la justificante no resultaba equivalente a la imposición oficial de la pérdida de la vida de los ciudadanos[39].

No es necesario hacer malabares jurídicos para darse cuenta de la evidente inconstitucionalidad de la norma, tal y como fue sugerida por los salvamentos de voto de los magistrados Dante L. Fiorillo Porras, José María Velasco Guerrero e Ismael Coral Guerrero, principalmente, porque dicha justificante promovía de forma absurda la impunidad generalizada, una sustitución del Acto legislativo 3 de 1910 y una pretermisión de las autoridades judiciales de la República, que rompía con la presunción de inocencia, el debido proceso y la dignidad humana, al autorizar el uso de la fuerza de la Policía Nacional de manera desproporcionada, premeditada e innecesaria.

Para terminar este aparte, añádase que el Congreso de Colombia, mediante la Ley 297 de 1996 (julio 17), publicada en el *Diario Oficial* número 42840 de 25 de julio de 1996, incorporó al ordenamiento jurídico "[...] el segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte", adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 15/12/1989, que en su artículo 1º, numeral 1, señala: "No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo".

B) *Rasgos principales de la pena de muerte en las legislaciones penales colombianas de 1837 a 1890*

Tras el apunte histórico, se puede afirmar que la pena capital tuvo varias características sustantivas a partir del Código Penal de 1837, la

[39] El principal argumento de la sentencia de constitucionalidad fue el siguiente: "Se trata, como atrás se dijo, de una especial medida que envuelve un derecho de defensa social; porque, de un lado, es legítimo que los integrantes de los cuerpos armados que se ven obligados a intervenir en operaciones como las indicadas, los que tienen por objeto prevenir o reprimir delitos que por su naturaleza son violentos y se ejercen en base de violencia sobre personas o cosas, estén protegidos por una justificación de los hechos punibles que se vean forzados a cometer; y porque, de otro, tanto el gobierno como personero de la sociedad, como esta misma, están interesados en la defensa de esta, y en que ella se cumpla adecuadamente por los cuerpos a quienes, por ministerio de la ley, se han entregado las armas para su defensa". Con importante salvamento de voto de Dante L. Fiorillo Porras, José María Velasco Guerrero, Ismael Coral Guerrero. Y con aclaración de voto de Gustavo Gómez Velásquez y Jesús Bernal Pinzón.

Constitución Política de 1886, el Código Penal de 1858, la Ley 153 de 1887 y el Código Penal de 1890. Con todo, esta pena fue reglamentada de forma similar a la mayoría de los códigos penales europeos vigentes a finales del siglo XIX, aunque los últimos estatutos resultasen ya anacrónicos.

Véanse a continuación estas características:

1. La pena de muerte fue la sanción corporal por excelencia, aunque nunca se definió de manera expresa en la ley colombiana. Por ella se entiende la terminación lícita de la vida biológica del condenado, impuesta por el Estado de manera pública y jurisdiccional, y ejecutada respetando la dignidad del ser humano. Lo último supone la prohibición de ejecutarla con torturas o tratos crueles y degradantes. En esta dirección, el Código Penal de 1837 (art. 32) decía que todo condenado a muerte sufriría la pena de *garrote*[40]; luego, el Código Penal de 1858 (art. 31) dispuso que el condenado a muerte sufriría la conocida con el nombre de garrote y en su defecto sería fusilado; mientras que la Ley 153 de 1886 (art. 232) y el Código Penal de 1890 (art. 48), solo señalaron que los condenados "serán pasados por las armas", sin ninguna otra clase de consideración práctica. Solo el Código Penal de 1837 se refiere expresamente al "ejecutor de la justicia", mientras que en ninguna de las otras leyes se reglamentó la figura del verdugo, lo que hace suponer que la pena era ejecutada por la escolta del centro penitenciario correspondiente.

Dicha pena corporal solo atendía a la gravedad de los comportamientos definidos por la Constitución y la ley, fundamentando su legitimidad política en la retribución justa y en el terror penal. No se contemplaron en la legislación otros fines constitucionales asociados a su imposición, como la resocialización del reo, por lo que fue acusada como una sanción ampliamente desproporcionada.

2. La pena de muerte era ejecutada en el *cadalso* o *patíbulo*, de manera pública[41]. El Código Penal de 1837 señalaba que esta pena corporal se ejecutaba en el cadalso (tablado sencillo pintado o forrado de negro), dispuesto en las plazas públicas de las cabeceras de los distritos

[40] El mecanismo del "garrote" fue tomado del Código Penal español de 1822 (art. 38) y consistía en un collar de hierro atravesado por un tornillo que terminaba en una bola, que al girarlo producía la rotura del cuello, produciendo la muerte inmediata del condenado.

[41] La expresión originaria es de P. Ghirlandus (1564), al señalar que *executio poenam corporalium debet ese publica et in locis publicus fieri et non in carceribus, et unius exemplo caeteri pertinescant et unius poena sit metus multsorum*.

parroquiales o municipales (arts. 24 y 32). A su turno, el Código Penal de 1858 (art. 32) definió el patíbulo como "un banco sencillo pintado o forrado de negro".

En ambos ordenamientos, sobre la cabeza del reo se ponía un cartelón: [...] *en que con letras grandes i lejibles se anuncie el nombre, patria i vecindad del reo, el delito cometido i la pena que se le impone*, según el texto del Código Penal de 1858 (cursivas fuera de texto). Tal declaración ponía de presente el carácter público e infamante de la ejecución, pues al ser conducido el reo condenado al patíbulo y al llegar a él, se publicaba un pregón, así: *En nombre del Estado i por autoridad de lei* N.N., *natural de* N, *vecino de* N. *i reo de* (tal delito) *ha sido condenado a la pena de muerte que va a ejecutarse* [...]" (cursivas fuera de texto) (C. P. de 1837, art. 35 y C. P. de 1858, art. 34).

Por su parte, la Ley 153 de 1886 (art. 233) y el Código Penal de 1890 (art. 49) señalaron: "La sentencia de muerte se ejecutará en plaza ó lugar público, destinado de antemano al efecto por la autoridad; ó en las cárceles, cuando en ellas hubiere sitio adecuado para que la ejecución sea pública. En todo caso el Tribunal podrá designar el lugar de la ejecución". Igual pregón que el anotado (art. 51, C. P. de 1890) se hará cuando el reo salga de la cárcel y llegue al patíbulo.

El progresivo abandono de la ejecución en una plaza pública, por una ejecución en los establecimientos penitenciarios, formalizó la pena de muerte, restringió su efecto público e igualó el suplicio de todos los ajusticiados. Sin embargo, dicha publicidad también se complementó de la siguiente forma:

• En la causa en contra de Eduvigis Borja[42], sancionado por el parricidio mediante estrangulamiento de su cónyuge embarazada de ocho meses (Isidora Guizao); a su cómplice Salomé Bran (verdadera instigadora), además de las penas de reclusión, se le ordenó *presenciar la ejecución de su concubino*—. Tal era la pena obligatoria para el cómplice del autor principal condenado a muerte (arts. 21, C. P. de 1837 y del C. P. de 1858). Al respecto, en la sentencia contra Eleuterio Ospina[43], la Corte Suprema de Justicia les notifica a los jueces que esta pena no debe ser impuesta en lo sucesivo a los cómplices, auxiliadores o encubridores de los autores principales condenados a muerte.

[42] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 25 abril 1890, "G. J." de 7 mayo 1890, año v, núm. 211, págs. 17-18.

[43] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 18 de julio de 1893, "G. J." de 18 agosto 1893, año viii, núm. 409, M. P. Manuel E. Corrales, pág. 365, en la causa por el asesinato en contra de Juan de la Cruz Hernández.

• En el proceso de Calasanz y Resurrección Castillo[44], la primera instancia ordenó que la sentencia que impuso a los reos condenados a la pena de muerte, fuera notificada públicamente en el juzgado, se publicara en el periódico oficial del distrito judicial, y su copia fuera fijada tanto en el patíbulo o lugar de ejecución, como en el domicilio de los ajusticiados, para que fuese conocida por la vecindad del correspondiente municipio—. Dicha sanción también era obligatoria, según los artículos 24 del Código Penal de 1837 y 23 del Código Penal de 1858.

3. En este contexto, los artículos 35 del Código Penal de 1837, 34 del de 1858 y 51 del de 1890, castigaban a quien *levantare la voz pidiendo gracia o de cualquier manera ilegal intentare impedir o suspender la ejecución de la pena de muerte*, como reos de *sedición* conforme a las leyes vigentes. En otras palabras, impedir en aquella época la pena de muerte o solicitar públicamente la gracia para el reo se consideraba como un delito político.

La explicación es muy sencilla: en aquel período prevalecía como bien general la defensa del Estado y la vigencia del régimen jurídico frente a cualquier otro interés particular, como la vida. Ello dio lugar a una gran paradoja: el artículo 30 de la Constitución de 1886 prohibía de manera absoluta la pena de muerte para los delitos políticos; pero impedirla era un delito político.

4. Como se desprende de las normas examinadas, la pena capital tuvo un enorme sentido simbólico, reafirmado en los artículos 34 del Código Penal de 1837 y 33 del Código Penal de 1858, según la clase de delincuente condenado. De esta manera, el Código Penal de 1837 dice: "Los reos condenados a muerte serán conducidos al suplicio con túnica y gorro negro, y con las manos atadas por delante con una cuerda, cuyo extremo llevará el ejecutor de la justicia vestido de negro. Si el delincuente fuere asesino, llevará la túnica blanca y ensangrentada; si traidor, irá descalzo, la túnica hecha pedazos y las manos atadas a la espalda; si parricida, irá igualmente descalzo, con la túnica blanca ensangrentada y desgarrada, con una cadena al cuello y con las manos atadas a la espalda [...]".

El asunto se contempla con alguna variación en el Código Penal de 1858, pues los *reos condenados a muerte* serían conducidos al suplicio

[44] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 de noviembre de 1892, "G. J." de 1º marzo 1893, año VIII, núm. 372, M. P. Lucas Villafrádez, págs. 65-66. En este caso se condena, en primera instancia, a los hermanos por el parricidio y asesinato de Martha Rodríguez, cónyuge de Calazans Castillo.

con túnica negra y las manos atadas por delante. Los *asesinos* llevarían túnica blanca ensangrentada y las manos atadas por delante. Si son *parricidas*: "[...] irá descalzo, con la túnica blanca ensangrentada i pintados en ella gallos i víboras, con una cadena al cuello i con las manos atadas a la espalda"; si son *incendiarios*: "[...] irá descalzo i con la túnica cubierta de llamas pintadas, una cadena al cuello i las manos atadas a la espalda". En teoría, la teatralidad dantesca de la ejecución de la pena de muerte garantizaba su supuesta eficacia preventiva, debido al terror que tal procedimiento les generaba a las personas campesinas y poco ilustradas de la época.

Por su parte, la Ley 153 de 1886 (art. 234) y el Código Penal de 1890 (art. 50) eliminaron la pompa fúnebre de la ejecución pública y dispusieron que el reo condenado a muerte iría conducido al suplicio vestido de *ropa negra* (luto), tal y como se describe en las causas por asesinato en contra de Santiago Jiménez y Demetrio Carranza[45]. Por razones comprensibles, con ello se evitó que la pena consistiera en un espectáculo morboso, presenciado por niños en las verbenas públicas.

5. Desde el punto de vista religioso, el Código Penal de 1837, artículo 34 y el texto del Código Penal de 1858, artículo 33, dispusieron que los reos condenados "[...] irán acompañados de los ministros de la relijion que profesen, si tienen a bien acompañarlos [...]", al tiempo que los artículos 37 y 35, respectivamente, señalaron que, "[...] ejecutada la sentencia, el ministro del culto [o el párroco u otro sacerdote] que haya acompañado al reo, [...] pronunciará en el mismo lugar una breve oración alusiva al acto". Por su parte, la Ley 153 de 1886 (art. 234) y el Código Penal de de 1890 (art. 50) señalaron que el reo ira "[...] acompañado del ministro ó ministros religiosos que quieran ejercer esta obra de misericordia [...]". El artículo 51 del Código Penal de de 1890, solo dispuso que se realizara la oración correspondiente.

Agregaba el Código Penal de de 1837, artículo 38: "Desde que el reo sale de la prisión, hasta que se verifique la ejecución, se tocará a plegaria en todos los templos de la parroquia".

A su turno, los artículos 34 del Código Penal de 1837, 33 del de 1858 y 50 del de 1890, señalaron la asistencia de los subalternos de justicia,

[45] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 24 febrero 1893, "G. J." de 24 abril 1893, año VIII, núm. 384, M. P. Juan Evangelista Trujillo, págs. 163-164; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 26 agosto 1899, "G. J." de 6 marzo 1899, año XIII, núm. 630, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 42-45.

los secretarios (o escribanos) del despacho, alguaciles y la escolta correspondiente; en traje de luto en los dos primeros ordenamientos.

Para terminar este aparte, los artículos 30 del Código Penal de 1837, 29 del Código Penal de 1858, 235 de la Ley 153 de 1886 y 47 del Código Penal de 1890, decretaron que la pena de muerte no se podía ejecutar en los *días de fiesta católica* (*domingo, ni en día de fiesta, ni en los de Semana Santa*).

6. También merece algún comentario el hecho de que la pena capital tuviera consecuencias sobre el cadáver del condenado, para incrementar sus efectos simbólicos. En los Códigos Penales de 1837 (art. 37) y 1858 (art. 35), el cadáver del ajusticiado era expuesto al público durante *dos horas*, luego de lo cual, si era reclamado por sus parientes, podía ser enterrado a su cargo "sin aparato alguno". Si el cadáver no era reclamado, se podía dar para disecciones anatómicas. Y agrega el Código Penal de 1858: "En ningún caso se pondrá sobre su sepultura signo alguno que la haga conocer". En otras palabras, el reo ajusticiado era sepultado como un desconocido sin pompa ni gloria a causa de sus graves crímenes. En el Código Penal de 1837, esta última prohibición solo rigió para los parricidas ajusticiados (art. 38).

Aún más, tratándose de los *parricidas*, en el Código Penal de 1858, artículo 36, su exposición pública duraría *cuatro horas*, no podían ser dados para hacer disecciones anatómicas y "[...] i serán sepultados en lugares retirados fuera de los cementerios públicos", reforzando la idea de paridad entre el delito y el pecado, y la función expiatoria de la pena más allá de la vida terrenal. Incluso, sorprende comprobar la censura al estudio científico o anatómico sobre los parricidas ajusticiados, como si su delito pudiera ser contagioso. La prohibición de entierros en cementerios públicos también rigió en el artículo 38 del Código Penal de 1837.

Ahora bien, según el Código Penal de 1837 (art. 39) y el Código Penal de 1858 (art. 37), si el condenado moría antes de la ejecución pública de manera natural o violenta, su cadáver era expuesto por tres horas en el atrio o la puerta de la cárcel, fijando los carteles previstos en la normativa para reforzar el sentido infamante de su condena a muerte.

Con posterioridad, el Código Penal de 1890 (art. 52) acabó con estas diferencias y mantuvo la exposición pública del cadáver por dos horas, luego de lo cual, si este era reclamado por sus parientes, podía ser enterrado a su cargo "sin aparato alguno" o darse el cadáver para el estudio científico.

7. Al margen del procedimiento ordinario, estas normativas previeron normas especiales relativas a los sujetos próximos a morir o en calamidad

doméstica, los dementes, las mujeres embarazadas, los menores de edad y los miembros de comunidades indígenas.

Respecto de quienes se hallaren en grave riesgo de muerte próxima, los artículos 28 del Código Penal de 1837, 27 del de 1858 y 45 del de 1890, señalaron que ninguna sentencia en que se imponga pena se ejecutará a quien se halle en grave y próximo peligro de muerte, hasta que dicho peligro haya cesado; o hasta pasados nueve días después de la muerte de los padres, hijos o cónyuge.

Sobre los criminales que se hallaren en estado de verdadera demencia, los artículos 29 del Código Penal de 1837, 28 del de 1858 y 46 del de 1890 ordenaron que la pena no se ejecute y ni siquiera se notifique al reo hasta que haya sanado. Pasados quince días se le notificaría a su curador, para ejecutar las penas pecuniarias correspondientes.

En cuanto a las *mujeres declaradas o comprobadamente embarazadas*, la ejecución de la pena de muerte o incluso su notificación se suspendía hasta cuarenta días después del parto (C. P. de 1837, art. 40; C. P. de 1858, art. 37, y C. P. de 1890, art. 53). Así sucedió en el proceso de Mariana Sánchez[46], de quien se sospechó quedó embarazada estando pendiente en prisión su ejecución por el infanticidio de su hijo recién nacido, a quien sepultó en el solar de su casa. Cabe anotar que en el procedimiento se demostró que había sido condenada por otro infanticidio previo.

Respecto a los *menores de 18 años* (C. P. de 1890, art. 54), la norma indicó que el Gobierno Nacional conmutaría la pena de muerte al reo por el máximo de la pena de reclusión, fijado en un máximo de 15 años por el artículo 59 ibídem.

• Así se observa en el proceso por asesinato (homicidio con premeditación y alevosía) en contra de Luis María Carvajal[47], por la muerte de Vidal Cruz. Precisamente, la Corte Suprema solicitó la conmutación de la pena de muerte impuesta al reo, teniendo en consideración el hecho de ser menor de edad, su ignorancia, la buena conducta anterior y haber realizado el delito motivado por un grave ultraje y amenazas en su contra, pocos días antes de la realización del suceso.

Finalmente, la Ley 153 de 1887 añadió disposiciones beneficiosas para los miembros de comunidades indígenas castigados a penas

[46] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 25 febrero 1893, "G. J." de 5 mayo 1893, año VIII, núm. 387, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 188-190.

[47] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 10 noviembre 1895, "G. J." de 18 diciembre 1895, año XI, núm. 542, M. P. Luis M. Isaza, págs. 171-172.

corporales. Al tenor del texto de la época, el artículo 320 señalaba: "Los bárbaros que hayan sido condenados á pena corporal, y que durante la condena hayan sido catequizados y bautizados, podrán pedir rebaja de pena, y el gobierno está autorizado para concederla tan amplia como lo juzgue conveniente en cada caso particular, sin otra regla que su prudente arbitrio"[48].

• En un ejemplo que se destaca por la crudeza de los hechos, la Corte le solicitó al presidente de la República la conmutación de la pena de muerte impuesta a Bautista Chindoy[49], debido "[...] á la notoria ignorancia del reo indígena del Caquetá, cuya tribu apenas puede considerarse reducida á la vida civilizada, dadas las costumbres salvajes que allí reinan todavía, y en consideración á que no hubo prueba directa sino indicios sobre el delito ejecutado". En realidad, la causa de dicha conmutación siempre fue la deficiencia probatoria que fundamentó la condena a muerte del procesado.

3. Desarrollo de la pena de muerte en la jurisprudencia

Tres aspectos fundamentales se consideran al estudiar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1910, a saber: a) los aspectos procesales débiles del sistema de pena de muerte; b) la pena de muerte y la relación de poder entre los jueces de hecho (jurados) y de derecho, y c) las figuras jurídico-políticas de la conmutación y el derecho de gracia.

Sin embargo, antes de proceder, es menester señalar varios aspectos. Primero, la mayoría de las sentencias analizadas, salvo la causa por cuadrilla de malhechores en contra Andino Muñoz y Cruz Mosquera, corresponden a los delitos de asesinato con premeditación y alevosía (además de otras causales como el "soborno para matar") y parricidio. Segundo, las sentencias analizadas recaen sobre 81 hombres y 20 mujeres. En general, los delitos cometidos por los hombres se caracterizaron

[48] Se trata de una norma que se ajustaba muy bien a la Ley 89 de 1890, cuya pretensión, como lo explica Miguel Malagón Pinzón, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 244 y ss., era reducir a los "salvajes" a la vida civilizada, mediante las misiones de la Iglesia católica. Ley declarada inexequible por la Corte Constitucional, en sent. C-139 de 1996, C. Gaviria Díaz.

[49] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 1º diciembre 1896, "G. J." de 5 marzo 1898, año xii, núm. 604, M. P. Lucio A. Pombo, pág. 256.

por su extrema violencia, alevosía y asechanza[50]; mientras que los delitos cometidos por las mujeres usualmente fueron asesinatos o parricidios con prevalimiento o envenenamiento (estricnina, solimán, etc.)[51].

[50] Así, la causa por parricidio en contra de Marco Antonio Zapata y María de Jesús Congote, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 30 agosto 1901, "G. J." de 25 enero 1902, año XV, núm. 757, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 194-195. Según el caso: "[...] dormía Gaviria al lado de su esposa y de un niño, y según lo refiere esta, entró en la casita Marco Antonio Zapata, por un agujero abierto en el cercado que servía de pared, y aproximándose á la cama en donde dormía Gaviria, trató de separar á la esposa, por lo cual, dice esta, que le cogió la mano, como para indicarle que no debía llevar a cabo su delito; pero el asesino, armado de un machete que llevaba siempre á la cintura, buscó el pecho de Ramón Gaviria, y lo hundió en él fuertemente. La víctima, creyendo, sin duda, que en el asesinato no tenía parte su esposa, gritó: «¡Ay, Jesusa de mi alma, que me han matado!» [...] La Congote declara que, al recibir el golpe, su marido la abrazó, atrayéndola fuertemente hacia sí y la baño en sangre, como apareció realmente del vestido que llevaba puesto". De particular horror fue el triple asesinato que perpetró José García, acribillando a puñaladas a Miguel Figueroa, Sixto Pulido, menor de poco menos 11 años y Tomás Sánchez (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 junio 1898, "G. J." de 7 octubre 1902, año XV, núm. 780, M. P. Luis M. Isaza, págs. 377-380); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 4 septiembre 1889, "G. J." de 11 septiembre 1889, año III, núm. 150, págs. 361-362, en el proceso de Wenceslao Telpis.

[51] Así sucede en los procesos por parricidio en contra de María Engracia Susa, quien dio muerte violenta a su hija Isabel, atándola y arrojándola desde el puente Guamo, en presencia de su otro hijo José Domingo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 26 junio 1891, "G. J." de 5 agosto 1891, año IV, núm. 283, pág. 179. Casos paradigmáticos de envenenamiento son los de Eloísa Castillo por el parricidio de su esposo Julián Sánchez, utilizando para ello granos de sublimado corrosivo (solimán) mezclado con algún remedio y otras sustancias (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 8 noviembre 1894, "G. J." de 14 diciembre 1894, año X, núm. 486, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 139-141); el caso de Adelaida Hernández, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 5 diciembre 1896, "G. J." de 2 julio 1897, año XII, núm. 590, M. P. Carmelo Arango M., págs. 142-143. Los hechos del caso son los siguientes: "Al amanecer del día veintidós de noviembre de mil ochocientos noventa y dos debía irse Teótimo Barragán para sus trabajos de campo. Antes de la partida, muy de mañana, dijo á su mujer que le diera un trago, y esta le dio uno de aguardiente con estricnina, la que había mandado á comprar á Útica, pretextando necesitarla para matar unas zorras. Al apurar Barragán el trago, su mujer le indicó que se fuera para su trabajo por un camino extraviado; pero aquel siguió por el camino real y á poco empezó á sentir los síntomas del envenenamiento. Llegó á la casa de su cuñado Clímaco Hernández, y de allí, casi moribundo, se pasó á la casa de Ricardo Ramírez, en donde murió, suplicando á las personas que lo rodeaban que denunciaran á su mujer, Adelaida Hernández, como autora de su muerte"; igual en el caso del envenenamiento de Felipa Hernández por parte de Prisca Villagrán y Javiela Montenegro (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 14 junio 1898, "G. J." de 13 septiembre

Tercero, las sentencias provienen usualmente de los departamentos de Antioquia, Boyacá, Santander, Cauca y Cundinamarca. Y cuarto, en su gran mayoría, las causas han llegado a la Corte Suprema de Justicia por la vía de la consulta proveniente de los tribunales, mas no por el recurso de casación. El porcentaje de sentencias casadas se acercó al 5 por ciento[52]. Véanse a continuación los aspectos mencionados:

A) *Los aspectos procesales debatibles del sistema de pena de muerte*

Son varios los aspectos que resultan criticables, según la jurisprudencia, del sistema previsto en la legislación para aplicar la pena de muerte.

1. *La deficiente práctica del procedimiento judicial en los casos en los cuales el jurado debía resolver la responsabilidad penal de los acusados, ante una pena atroz.*

• Recuérdese que en Colombia la pena de muerte también fue aplicada a los menores de 18 años; por ello, en la citada causa en contra de Calazans y Resurrección Castillo[53], la Corte declaró nulo lo actuado frente a Resurrección, porque fue condenado penalmente sin habérsele nombrado en el proceso un curador *ad litem* para que lo asistiera en las diligencias judiciales.

• Sucedió lo mismo en el proceso contra Brígido Morales[54], en el cual la Corte Suprema anuló el procedimiento porque la actuación sumaria y las actuaciones plenarias surtidas ante el Juzgado Superior y el Tribunal de Panamá, respectivamente, estaban plagadas de irregularidades y de omisiones jurídicas graves.

1902, año XV, núm. 777, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 353-355); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 8 noviembre 1894, "G. J." de 14 diciembre 1894, año X, núm. 486, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 139-141, en el proceso en contra de Eloísa Gordillo por envenenamiento.

[52] Un buen ejemplo es la causa por el asesinato de Matilde Lozano en contra de Lorenzo Yate, que la Corte anula por no haberse notificado personalmente el auto que abre la causa a prueba. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 25 octubre 1894, "G. J." de 23 noviembre 1894, año X, núm. 483, M. P. Manuel E. Corrales, págs. 113-116). También sucedió así en la causa en contra de Manuel Córdoba Zapata, pues la Corte anula el procedimiento por incompetencia del juzgado de instancia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 4 julio 1896, "G. J." de 2 abril 1897, año XII, núm. 579, M. P. Baltazar Botero Uribe, pág. 49).

[53] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 noviembre 1892, "G. J." de 1º marzo 1893, año VIII, núm. 372, M. P. Lucas Villafrádez, págs. 65-66.

[54] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 24 mayo 1897, "G. J." de 6 diciembre 1898, año XII, núm. 616, M. P. Luis M. Isaza, págs. 348-349.

2. Además de las irregularidades anotadas, cabe señalar que la *complejidad del procedimiento criminal* era notoria, y en muchos casos los jueces de derecho sometían de manera equivocada o incompleta a los jurados las preguntas de los cuestionarios que debían resolver, relativas a la responsabilidad de los procesados.

• Paradigmática resulta la causa por asesinato en contra de José María Herrera[55], en la que el juez Superior sometió al jurado a preguntas que involucraron los indicios demostrativos de la responsabilidad del acusado. Según la Sala, este era un "[...] procedimiento ocasionado á desvirtuar el espíritu del jurado cuyos veredictos no deben ser motivados", y un procedimiento, "además de arbitrario, incorrecto y desacertadísimo", pues la complejidad de las preguntas dificulta mucho que estos las contesten de manera adecuada, pudiendo dar lugar a veredictos absurdos o injustos.

• De igual modo, fue discutido el cuestionario presentado a los jurados en el proceso de Magdaleno Betancur y Deogracias Fuentes[56].

• A su turno, en el proceso contra Graciano Sotelo y Reinaldo Herrera[57]*por el homicidio de Tobías Chamorro C.*, la Sala anuló la causa porque, dada la imperfección de las preguntas del cuestionario, el jurado dio una respuesta que le impedía a los jueces de derecho "[...] resolver si se trata o no de uno de los casos en que procede la imposición de la pena capital o únicamente la de presidio".

• Por razones similares, fueron anuladas las causas en contra de Isabel Ortiz, Juan Esteban Úsuga y María Rufina Durango[58].

3. Sin duda, *el procedimiento era excesivamente formulario*, tanto por las causales de nulidad de los procedimientos como por las causales de casación. En el último caso, la doctrina judicial siempre entendió que la casación (según la Ley 105 de 1890, art. 370) se concedía con dos

[55] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 17 noviembre 1894, "G. J." de 11 enero 1895, año x, núm. 491, M. P. Jesús Casas Rojas, pág. 180. En esta causa se castigó la muerte de Saturnina Contreras, concubina del asesino Herrera.

[56] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 julio 1896, "G. J." de 2 abril de 1897, año xii, núm. 579, M. P. Jesús Casas Rojas, pág. 51.

[57] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 11 diciembre 1909, "G. J." de 28 noviembre 1916, año xxv, núms. 1300-1301, M. P. Isaías Castro Vélez, págs. 361.

[58] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 16 noviembre 1905, "G. J." de 7 diciembre 1906, año xvii, núm. 871, M. P. Felipe Silva, págs. 286-288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 28 julio 1909, "G. J." de 19 julio 1916, año xxv, núms. 1270-1271, M. P. Felipe Silva, pág. 115.

fines en los supuestos de pena de muerte: a) uniformar la jurisprudencia y b) enmendar los agravios inferidos[59].

Uno de los aspectos que descubren las sentencias analizadas de la Corte Suprema de Justicia, fue la enorme cantidad de errores judiciales cometidos por las instancias, en su mayoría de naturaleza probatoria o producto de segundos veredictos que desconocieron la ley escrita al aplicar la pena de muerte. Errores que la Sala de Casación no podía enmendar debido a la rigidez de los procedimientos:

• Por ejemplo: en el proceso contra Salustiano Zapata[60], la Corte ratificó la condena del procesado *con base en indicios que consideró suficientes* según el veredicto, porque no existía prueba que los desvirtuara en el sumario, señalando la notoria inocencia del reo. Es más, la Sala ratificó la ejecución de la pena de muerte, no obstante reconocer "[...] que el procesado en ninguna parte de sus exposiciones rendidas ha confesado ser el autor de la muerte inferida á Rafael Murillo, y antes bien, en sus alegaciones de defensa ha sostenido lo contrario. Tampoco figura en lo actuado testigo alguno que le haya visto cometer el homicidio [...]".

• En la causa en contra de Ricardo Ángel[61], también se sugiere que durante el proceso: "No pudo obtenerse prueba alguna directa con respecto al autor ó autores del crimen perpetrado, pues las sombras de la noche ocultaron al asesino y le permitieron huir sin ser descubierto. Con todo, *el criterio público sindicó* desde luego á Miródetes Durango, como instigador del delito, y á Ricardo Ángel, *hombre de conducta sospechosa*, como ejecutor del hecho [...]" (cursivas fuera de texto).

• Un caso que definitivamente la Corte Suprema no pudo rectificar, fue la condena a muerte de Justa Fuentes como autora principal del delito de parricidio, cuando, según la ley vigente, lo procedente era imponerle la pena de presidio como cómplice de asesinato. La sentencia de casación en contra de Eusebio Verdugo y Justa Fuentes[62] advierte,

[59] De esta forma, véase el Salvamento de voto de Jesús Casas Rojas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 25 abril 1891. Con fecha de 21 abril 1891, "G. J." de 5 mayo 1891, año IV, núm. 271, M. P. Antonio Morales, págs. 82-85. Causa en contra de Juan Antonio Benítez Montaño, por el delito de asesinato de Luciana Caicedo.

[60] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 21 agosto 1891, "G. J." de 21 octubre 1891, año IV, núm. 295, pág. 274.

[61] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 30 octubre 1896, "G. J." de 27 enero 1898, año XII, núm. 602, M. P. José I. Trujillo, pág. 234.

[62] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 11 noviembre 1891, "G. J." de 2 enero 1892, año VII, núm. 312, pág. 3.

respecto al *deber legal de respetar el veredicto de un segundo jurado*, aun cuando su sentido haya sido declarado como notoriamente injusto, que "[...] como el inciso 3° del artículo 391 de la Ley 105 de 1890 contiene igual prescripción respecto de la Corte, *esta superioridad tiene que respetar este mandato legal, no obstante que en su concepto es notoriamente injusto el veredicto* que declaró á Justa Fuentes autora principal del delito, puesto que conforme á las definiciones que de autor principal y de cómplice daban los artículos 91 y 92 del Código Penal vigente al tiempo de cometerse el delito, Justa Fuentes no puede ser calificada de autor, como la calificó el jurado, sino como cómplice" (cursivas fuera de texto).

• El mismo yerro existió en la causa en contra de Liboria Barrera[63], condenada como autora principal de parricidio, cuando solo era una cómplice en la muerte de su marido Liborio Silva. En este caso, la Corte sostuvo: "[...] *con el fin de evitar las consecuencias de este desconocimiento de la ley escrita, obligatoria para el jurado, que no puede investir las atribuciones del legislador*, y solo en interés de la misma, solicita del excelentísimo señor presidente de la República la conmutación de la pena de muerte [...]" (cursivas fuera de texto).

• Tampoco fue posible casar el veredicto notoriamente injusto pronunciado por el segundo jurado en las causas que decretaron la pena de muerte a José Emeterio Montoya o Vargas[64] y a Dimas Gómez[65].

• Por el contrario, el error sí se corrigió en el fallo de Prisca Villagrán y Javiela Montenegro[66], pues el jurado las declaró responsables como cómplices o cooperadoras del envenenamiento de Felipa Hernández, pero el juez las condenó a pena de muerte como autoras principales del hecho. En este expediente, la Corte casó la sentencia por falta de coherencia con el veredicto infirmado.

[63] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 17 julio 1893, "G. J." de 18 agosto 1893, año VIII, núm. 409, M. P. Luis M. Isaza, págs. 361-362.

[64] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 16 julio 1892, "G. J." de 24 agosto 1892, año VII, núm. 349, M. P. Luis M. Isaza, pág. 298. En este caso, se castiga con la muerte a Montoya por el delito de homicidio alevoso, a traición y sobre seguro (asesinato) en contra de Eleazar Palacio Neira.

[65] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 16 noviembre 1892, "G. J." de 8 marzo 1893, año VIII, núm. 373, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 73-74. Se sancionó a Gómez por el homicidio premeditado contra de José Castillo, sin que medie riña, ofensa o provocación alguna.

[66] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 14 junio 1898, "G. J." de 13 septiembre 1902, año XV, núm. 777, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 353-355.

A propósito de los diversos problemas reseñados, se puede afirmar que la sujeción estricta de los jueces de derecho a los jurados en materia probatoria, demuestra que sus fallos se alejaron peligrosamente de la verdad material del proceso. Hechos y pruebas correspondieron al sentimiento de convicción de un jurado que claramente resultó una institución permeable y peligrosa, si no era instruida adecuadamente para considerar la responsabilidad del reo.

B) *La pena de muerte y la relación de poder entre los jueces de hecho (jurados) y de derecho*

1. *Se ha señalado que el poder probatorio y deliberatorio de los jueces de derecho* frente a los hechos procesales y la calificación de los delitos era mínimo. Ello realmente obedeció a la regulación del recurso de casación, que varió sustancialmente en pocos años (leyes 105 de 1890, 100 de 1892, 169 de 1896, etc.). La primera postura de la Corte Suprema siempre fue la absoluta prevalencia del veredicto del jurado, que carecía de todo recurso posible para ser modificado por los jueces de derecho. Así se pronunció la Corte:

• En el proceso por parricidio y amancebamiento público en contra de Juan Bautista Chiquito[67], la Corte planteó que no era posible infirmar el fallo condenatorio, pues "[...] el recurso de casación no puede llegar hasta apreciar el mérito de los hechos que han sido objeto de la calificación del jurado [...]".

• El mismo concepto de la Corte se propone en las causas en contra de Juan de la Cruz López y Antonio María Pinilla y Margarita Forero[68].

• A su turno, en la causa por asesinato y "robo" en contra de Isaías Parra[69], la Corporación reiteró: "*Sea cual fuere la fuerza de los indicios*

[67] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 19 octubre 1889, "G. J." de 23 octubre 1889, año IV, núm. 162, págs. 42-43. En este caso, Chiquito dio muerte a su mujer por asfixia (Marcelina Trejo) y la sepultó primero en su propia casa y luego en otro lugar cercano, instigado por su amante (Pilar Restrepo). Se probó que daba ordinariamente trato cruel a su esposa. Se anota que, en este caso (pág. 43), la segunda instancia declaró contraevidente el veredicto del jurado por ausencia de pruebas.

[68] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 19 julio 1889, "G. J." de 27 julio 1889, año III, núm. 137, págs. 257-258; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 17 noviembre 1896, "G. J." de 5 marzo 1898, año XII, núm. 604, M. P. Luis M. Isaza, págs. 253-255.

[69] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 12 noviembre 1889, "G. J." de 23 noviembre 1889, año VI, núm. 170, págs. 107-108. Esta causa sen-

que suministra el proceso, y de que se ha hecho mérito en la relación de los hechos, es lo cierto que el jurado [...] ha obrado en una de sus facultades legales; *y que su veredicto condenatorio no está sujeto, por regla general, á ningún recurso* [...]" (cursivas fuera de texto).

• Por su parte, en el proceso contra Joaquín Morales o Martínez, se produjo un interesante salvamento de voto de los magistrados Froilán Lagarcha y Antonio Morales, en el cual se afirmó que sí era posible revisar el veredicto del jurado[70], en contravía de la doctrina probable establecida por la Corte.

Según la doctrina de la Corte Suprema y la legislación vigente, el veredicto del jurado solo se podía modificar en tres situaciones legales: a) la existencia de causales de nulidad en procesos en los que había jurado (Ley 57 de 1887, art. 265); b) cuando concurrieran las causales de casación previstas en las leyes (Ley 61 de 1886, art. 33), y c) cuando se hayan desconocido las previsiones del Código Penal.

Con posterioridad, la Ley 105 de 1890, artículo 370, modificó estas causales, así: a) por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva o de la doctrina legal, por violación directa, por interpretación errónea, aplicación indebida o por violación a la favorabilidad; b) por ser notoriamente injusto el veredicto del jurado (modificado luego por el art. 3º, inc. 2º, de la Ley 159 de 1896), y c) por haberse incurrido en algunas de las causales de nulidad del proceso penal (Ley 57 de 1887, arts. 264 y 265).

La causal de casación más polémica fue siempre la segunda, respecto de la cual se pronunció la Corte del siguiente modo:

• En la causa por asesinato premeditado y alevoso en contra de David Bolívar[71], la Corte señaló que "[...] el veredicto del jurado es intocable en cuanto á los puntos de hecho resueltos en él, y que para que ese veredicto pueda ser declarado injusto, es necesario que en el proceso mismo exista la prueba legal suficiente para considerarlo tal". Agrega que el jurado, como tribunal de hecho, puede ilustrar su juicio con todos los datos de que pueda disponer, aunque sean extraños al proceso y sostiene

---

tenció al procesado Parra por los delitos de asesinato (homicidio alevoso) y robo de una carga de panela y una caballería de la propiedad de Ramón Jiménez.

[70] Salvamento de voto de Froilán Lagarcha y Antonio Morales, sent. de 19 julio 1889, "G. J." de 31 julio 1889, año III, núm. 138, pág. 267.

[71] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 agosto 1891, "G. J." de 28 octubre 1891, año VI, núm. 296, pág. 282. En este caso, Bolívar asesina con premeditación y alevosía a Bernardino Valencia, a quien le asesta una cuchillada por la espalda, ya caído en el suelo, lo que le produjo la muerte pocos instantes después.

que "[...] sería absurdo suponer que los fallos de una entidad que juzga por conciencia, y que, por consiguiente, no está sujeta á tarifa ninguna de pruebas, pudieran ser modificados por un tribunal de derecho, que tiene que ceñirse estrictamente á las fórmulas de la ley".

• A su turno, en el proceso por asesinato en contra de Salustiano Zapata[72], la Corte Suprema sostuvo que el jurado "[...] puede y debe formar su criterio y convicción, sobre determinados hechos, según la doctrina del artículo 304 de la Ley 57 de 1887"[73]. Estas consideraciones fueron reiteradas en las sentencias por asesinato o parricidio en contra de Eusebio Verdugo y Justa Fuentes, Santiago Jiménez, Apolinar Restrepo y José Emiliano Mendieta[74].

• La Corporación agregó en el proceso de Modesto Alvarado[75], que "[...] la duda no es bastante para declarar la injusticia notoria del fallo

[72] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 21 agosto 1891, "G. J." de 21 octubre 1891, año IV, núm. 295, págs. 273-276.

[73] Ley 57 de 1887, art. 304. "Antes de comenzar la deliberación, el presidente del jurado leerá a los demás miembros de esta la siguiente instrucción, que se mantendrá fijada, en gruesos caracteres, en el local respectivo. «La ley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento; ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas; les ordena solo interrogarles a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, e investigar en la sinceridad de su conciencia, que impresión han hecho en su espíritu las pruebas creadas contra el acusado y las producidas en defensa de este». [...] Ellos no ejercen jurisdicción, ni son los que condenan o absuelven al acusado, ni su misión tiene por objeto la persecución ni el castigo de los delitos, sino solo el decidir si el acusado es o no culpable del crimen que se le imputa".

[74] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 11 noviembre 1891, "G. J." de 2 enero 1892, año VII, núm. 312, pág. 4. En el proceso se condenó a Verdugo por el asesinato de Helidoro Daza, no solo con premeditación, sino también con circunstancias de agravación, en especial la asechanza espiando a la víctima, buscando auxiliadores en la esposa (Justa Fuentes) y la empleada doméstica, con alevosía, a traición y sobre seguro, sorprendiendo a Daza descuidado, indefenso y desapercibido; y llevándolo con engaño y perfidia al lugar del delito, que fue cometido con actos de ferocidad y barbarie al quebrarle los brazos y arrastrarlo. Sents. de 24 febrero 1893, "G. J." de 24 abril 1893, año VIII, núm. 384, M. P. Juan Evangelista Trujillo, págs. 163-164; de 27 de abril de 1893, "G. J." de 13 junio 1893, año VIII, núm. 397, M. P. Baltazar Botero Uribe, págs. 266-268. El proceso por parricidio señala que Restrepo "[...] cometió este delito con circunstancias de asesinato; que el reo, además de reincidente, observaba [...] mala conducta; que se hallaba ebrio, y atacó á las dos mencionadas mujeres, alevosamente", entre ellas su mujer Dolores Ochoa, sent. de 6 de abril de 1907, "G. J." de 30 noviembre 1907, año XVIII, núms. 886-887, M. P. Germán D. Pardo, págs. 1-14.

[75] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 3 diciembre 1892, "G. J." de 3 abril 1893, año VIII, núm. 377, M. P. Luis M. Isaza, pág. 106.

de un jurado, pues que para esto es necesario que ese fallo esté en oposición manifiesta con hechos positivos evidentemente demostrados en los autos [...]".

• Este criterio fue desarrollado en la causa por asesinato en contra de Horacio y Arturo Sáenz[76], cuando dijo: "*Sería, por ejemplo, notoriamente injusto un veredicto dictado con violación de una ley de naturaleza universalmente conocida*, como el que atribuyera á un individuo la comisión de un delito ejecutado en determinado lugar donde él no pudo ni podía hallarse á tiempo del hecho, aun dados los medios actuales de locomoción. Ningún testimonio positivo, cualquiera que fuese la importancia, haría pasar por verdadera la presencia simultánea del acusado en dos lugares, siendo la justificación de la coartada la más concluyente prueba de su inocencia" (cursivas fuera de texto).

Luego, mediante la Ley 100 de 1892, artículo 87[77], el legislador eliminó la posibilidad de casar las sentencias de pena de muerte con base en la *injusticia notoria del veredicto del jurado*, lo que incrementó los errores judiciales en los procedimientos. El artículo 81 ibídem reiteró que la decisión de los jurados no estaba sometida a recurso judicial alguno. Sin embargo, esta causal de casación fue reincorporada en el artículo 154 de la Ley 40 de 1907, en términos similares a los originales[78].

En fin, la jurisprudencia y la doctrina de la época emplearon una serie de consideraciones probatorias que, analizadas a la luz del moderno

[76] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 22 agosto 1893, "G. J." de 25 agosto 1893, año VIII, núms. 410-411, M. P. Abraham Fernández de Soto, pág. 371.

[77] No se analiza esta causal, por ejemplo, en los procesos de Alejandro Omén e Isidoro Beltrán (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 18 agosto 1893, "G. J." de 15 septiembre 1893, año VIII, núm. 414, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 401-403) quienes asesinan por ahorcamiento y tortura a Zenón Quinayas; en la de Ciriaco Londoño por el asesinato de Ramón Arrumátegui, a quien le disparó a quemarropa su carabina rémington por estar cazando sin permiso en su propiedad. La víctima cayó herida de muerte "sin tener más tiempo que para implorar el auxilio divino" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 19 febrero 1894, "G. J." de 5 marzo 1894, año IX, núm. 443, M. P. Abraham Fernández de Soto, págs. 209-210); Eloísa Castillo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 8 noviembre 1894, "G. J." de 14 diciembre 1894, año X, núm. 486, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 139-141); y Emiliano Toro (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 27 noviembre 1894, "G. J." de 31 marzo 1895, año X, núms. 500-501, M. P. Abraham Fernández de Soto, págs. 260-261), entre otras sentencias.

[78] Disponía así la causal 2: "Ser el veredicto del jurado, en concepto de la Corte, contrario a la evidencia de los hechos. Esto no tendrá cabida cuando la sentencia se funde en el veredicto de un segundo jurado reunido en virtud de haber declarado el Tribunal injusto el veredicto anterior".

ordenamiento constitucional, chocan con principios tan importantes como el *in dubio pro reo* (toda duda probatoria se resuelve en favor del reo), la presunción de inocencia y la regla de la carga de la prueba en materia criminal.

2. Huelga manifestar que *la jurisprudencia de la Corte no fue uniforme* al momento de delimitar las competencias entre el jurado y el juez Superior de derecho, en los juicios por delitos civiles que comportaban la aplicación de la pena capital.

En primer lugar, solo los jurados tenían competencia para conocer los alegatos que podían servir de fundamento para pronunciar la inculpabilidad del acusado (tales como la demencia o la sugestión mental a plazo); argumentos que no cabía alegar en los estrechos límites del recurso de casación (causa por parricidio en contra de Eduvigis Borja[79]), lo que provocó varios intentos para ampliar las competencias de la Corte Suprema como tribunal de cierre de la jurisdicción criminal.

En segundo lugar, una intensa disputa doctrinal surgió a partir de algunos salvamentos de voto, que pretendieron desvirtuar la aplicación automática de la pena de muerte en los casos previstos en la legislación. Salvamentos que discutieron las facultades del jurado en relación con la pena capital, tal y como se expuso ampliamente en los procesos por asesinato en contra de Demetrio Carranza y Manuel Córdoba Zapata[80]. Tales disputas se materializaron en los salvamentos de voto del magistrado Otoniel Navas[81], quien afirmó la existencia de un cuarto nivel de gravedad de los delitos (o grado último) determinado por el

[79] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 25 abril 1890, "G. J." de 7 mayo 1890, año v, núm. 211, pág. 18.

[80] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 26 agosto 1899, "G. J." de 6 marzo 1899, año xiii, núm. 630, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 42-45; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 29 octubre 1897, "G. J." de 18 mayo 1899, año xiii, núm. 639, M. P. Baltazar Botero Uribe, págs. 118-120 (causa en contra de Manuel Córdoba Zapata).

[81] Salvamentos de voto de Otoniel Navas en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, de 3 abril 1897, "G. J." de 15 noviembre 1898, año xii, núms. 609-610, M. P. Jesús Casas Rojas, págs. 308-310 (causa en contra de Joaquín Peña); de 24 mayo 1897, "G. J." de 19 diciembre 1898, año xii, núm. 618, M. P. Abraham Fernández de Soto, pág. 364 (causa en contra de Antonio Escobar); de 26 agosto 1899, "G. J." de 26 marzo 1899, año xiii, núm. 630, M. P. Lucio A. Pombo, págs. 45-47 (causa en contra de Demetrio Carranza); de 29 octubre 1897, "G. J." de 18 mayo 1899, año xiii, núm. 639, M. P. Baltazar Botero Uribe, pág. 120 (causa en contra de Manuel Córdoba Zapata); de 20 abril 1898, "G. J." de 25 abril 1902, año xv, núm. 765, M. P. José I. Trujillo, pág. 260 (causa en contra de Eugenio Lazo).

jurado, que precisamente permitía imponer la pena de muerte. Según la doctrina disidente, dicho grado no podía ser impuesto o calificado por el juez Superior.

Este planteamiento también fue acogido por autores como JOSÉ MARÍA SAMPER, quien advirtió que la Constitución Política de 1886 no establecía la pena de muerte en forma automática para los delitos allí previstos (art. 29). La Constitución solo permitía que el legislador pudiera imponer tal pena capital en los crímenes atroces, cuando se cumplieran las circunstancias de mayor gravedad, siempre y cuando estas fueran legalmente previstas. En caso de no serlo, la disposición constitucional sería inaplicable[82]. La confusión surge, entonces, según lo reconoce el mismo autor[83], en que el artículo transitorio J ibídem —al parecer contrario al sentido del art. 29 en opinión del citado redactor— sí mandó aplicar dicha pena de manera automática para tales delitos, mediante las normas del Código Penal de 1858. En todo caso, al final se impuso la doctrina planteada por la sala mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, en un debate que duró hasta principios del siglo XX.

C) *Las figuras jurídico-políticas de la conmutación y el derecho de gracia*

La inderogabilidad de los veredictos notoriamente injustos, la presencia de graves errores judiciales y las enormes carencias probatorias, motivaron a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia a solicitar al presidente de la República, en reiteradas ocasiones, la *conmutación* de la pena de muerte. Incluso, estas circunstancias le permitieron a la Corporación ejercer de manera extraordinaria el *derecho de gracia*. Ambas figuras eran, sin duda, de naturaleza política y no judicial, por lo cual obedecieron más a la necesidad del castigo que a su merecimiento.

En relación con este aspecto, se pueden advertir tres situaciones diferentes:

a) *Los casos en los que la Corte Suprema de Justicia enviaba el proceso al presidente de la República*, por conducto del Ministerio de Justicia, para que este pudiese ejercer, si así lo consideraba, la función constitucional de conmutación de la pena capital, conforme al artículo

[82] SAMPER, *Derecho público interno*, *op. cit.*, págs. 62-63. Agrega a pág. 64, lo siguiente: "Por manera que, en cualquier tiempo, el legislador podrá abolir, aún para los casos más graves, la pena de muerte, y nunca le será lícito mandarla imponer en otros casos no para otros delitos".

[83] Ibíd., pág. 64.

119, numeral 6; reglamentado por la Ley 56 de 1886 (noviembre 18)[84]. Se trató de la mayoría de los casos, como aquellos que sustancian los procedimientos en contra de Modesto Alvarado, Salomón Hernández o Ladino, Horacio y Arturo Sáenz y José Caicedo[85], entre muchos otros. Penas capitales que fueron ejecutadas en su mayoría.

b) *Los supuestos en los que la Corte solicita expresamente la conmutación presidencial de la pena de muerte (Ley 56 de 1886, art. 4º).* En estas hipótesis, cuando la pena de muerte era sustituida por el presidio, se complementaba con otras penas individualizadas previamente por los jueces de instancia en la sentencia condenatoria, según el veredicto del jurado. Usualmente, dichas penas castigaban otros delitos en concurso o privaban al reo de sus derechos políticos a perpetuidad, según la legislación vigente[86].

• *Solicitudes de conmutación de la pena capital relacionadas con probanzas deficientes*: en la causa por infanticidio en contra de Mariana Sánchez[87], la Corte no vaciló en hacer uso de la facultad que le confirió el artículo 4º de la Ley 56 de 1887, para pedir la conmutación de la pena de muerte, debido a "[...] *la falta de una prueba incontestable de que el hijo de Mariana Sánchez hubiese nacido vivo*, prueba que diese

[84] *Diario Oficial*, año XXII, núm. 6883, de 6 de diciembre, 1886, pág. 1.

[85] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 3 diciembre 1892, "G. J." de 3 abril 1893, año VIII, núm. 377, M. P. Luis M. Isaza, pág. 106; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 22 marzo 1893, "G. J." de 25 mayo 1893, año VIII, núm. 391, M. P. Aníbal Galindo, págs. 217-219. En este caso, el procesado Hernández asesinó con premeditación y alevosía, sin provocación, a Miguel Álvarez. Todo por el rencor que le causaban los reclamos de la víctima por sus relaciones ilícitas con Nazaria Rodríguez, que "no pueden transcribirse porque la decencia y el pudor no lo permiten"; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 22 agosto 1893, "G. J." de 25 agosto 1893, año VIII, núms. 410-411, M. P. Abraham Fernández de Soto, pág. 371; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 5 noviembre 1894, "G. J." de 7 diciembre 1894, año X, núm. 485, M. P. Baltazar Botero Uribe, págs. 132-133. En esta causa por parricidio, Caicedo mata a su mujer Benicia Cambalás estando embarazada e intenta matar a su hija.

[86] Así se impone en el caso de Luis María Carvajal, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 10 noviembre 1895, "G. J." de 18 diciembre 1895, año XI, núm. 542, M. P. Luis M. Isaza, págs. 171-172: "4. Si el gobierno hiciere uso de la facultad de conmutar la pena de muerte en presidio y el reo fuere condenado á sufrir esta última, queda por el mismo hecho privado perpetuamente de los derechos políticos y pierde todo empleo público que ejerza y toda pensión de que goce".

[87] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 25 febrero 1893, "G. J." de 5 mayo 1893, año VIII, núm. 387, M. P. Lucio A. Pombo, pág. 190.

á conocer con evidencia la existencia del cuerpo del delito [examen docimástico de los órganos respiratorios]" (cursivas fuera de texto).

• Un argumento similar se lee en el proceso de Honoria Arango[88], por el parricidio de su hijo recién nacido encontrado en un pozo cercano. Para solicitar la conmutación, la Corte señaló que "[...] los indicios en que se funda la condenación no excluyen la posibilidad de la inocencia de la Arango. La existencia misma de los signos exteriores que hicieron colegir la estrangulación no alcanzan á demostrarla de un modo evidente, supuesto que la presencia de equimosis en el cadáver de un recién nacido no prueba la violencia efectuada durante la vida, porque la extravasación de la sangre que las produce bien puede efectuarse también después de la muerte, o en el claustro materno [...]".

• La gran cantidad de casos obliga a mencionar el proceso de Griselda Sánchez[89], en el que un indicio no necesario convirtió un aborto en infanticidio, por lo cual la Corte anuló el veredicto del jurado.

• *Solicitudes de conmutación de la pena capital relacionadas con la prueba de la inimputabilidad*: de particular interés resulta la causa por parricidio en contra de Adelaida Hernández[90]. En ella, la Sala de Casación "[...] declara que no es el caso de infirmar el fallo recurrido; pero como según los médicos oficiales que reconocieron á la Hernández á mediados de mil ochocientos noventa y cinco, *el histerismo que esta sufría era grave en ese tiempo, capaz de producir perturbaciones mentales generadoras de un impulso morboso de los que arrastran á la ejecución del homicidio, aun contra la voluntad; y como es posible que el período de incubación de la enfermedad fuera anterior á la muerte de Barragán, y posible también que el envenenamiento fuera resultado de la afectación*; la Corte está en el deber de solicitar, como lo solicita del excelentísimo señor presidente de la República, la conmutación de la pena impuesta á Adelaida Hernández, no obstante lo establecido en el artículo 46 del Código Penal" (cursivas fuera de texto); es decir, se procede así, aun en contra de la posibilidad de casar la sentencia debido a la injusticia del veredicto.

[88] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 9 octubre 1896, "G. J." de 18 octubre 1897, año XII, núm. 600, M. P. Abraham Fernández de Soto, pág. 223.

[89] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 7 septiembre 1909, "G. J." de 26 septiembre 1916, año XXV, núms. 1280-1281, M. P. Enrique Esguerra, pág. 202.

[90] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 5 diciembre 1896, "G. J." de 2 julio 1897, año XII, núm. 590, M. P. Carmelo Arango M., págs. 142-143.

• *Solicitudes de conmutación de la pena capital por condenar solo con base en indicios*: la Corte también le solicitó al presidente de la República la conmutación de la pena de muerte de José María Herrera[91], advirtiendo: "Que las pruebas en virtud de las cuales se llamó á juicio al sindicado Herrera, se declaró por el jurado su culpabilidad con la concurrencia de circunstancias de las que aparejan la pena capital, y se le condenó tanto por el juez como por el Tribunal á dicha pena, *son deficientes por no componerse sino de indicios* [...]" (cursivas fuera de texto).

• También en la causa en contra de Heliodoro Mora[92], luego de no infirmar el fallo, la Corte solicitó la conmutación de la muerte por la inmediatamente inferior en la escala penal, en atención a que "[...] *la prueba existente contra el reo es meramente indicial y falible* por lo mismo" (cursivas fuera de texto).

• Igualmente, se suplicó la aplicación de presidio por veinte años a Antonio León[93], "[...] *por faltar una prueba directa de la criminalidad* [...]; pues no aparece ni una sola declaración de testigo presencial del hecho criminoso, y el reo no ha confesado su culpabilidad [...]" (cursivas fuera de texto).

• El mismo argumento fue utilizado en el proceso de Daniel Díaz Meneses y Francisco Gil Vargas[94]; y en la causa en contra de Dionisio Ibarguen por un supuesto de dudosa legítima defensa, cuya pena de muerte se basó únicamente en el dicho de un testigo sospechoso[95].

Es de anotar que la Corte Suprema de Justicia ejerció de manera muy excepcional este privilegio, y solo lo hizo cuando consideró que los veredictos del jurado eran injustos o demasiado drásticos, en comparación con otros crímenes castigados con la pena de muerte.

[91] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 17 noviembre 1894, "G. J." de 11 enero 1895, año x, núm. 491, M. P. Jesús Casas Rojas, pág. 180.

[92] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 21 agosto 1909, "G. J." de 11 noviembre 1916, año xxv, núms. 1292-1293, M. P. Alberto Portocarrero, págs. 296-298.

[93] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 27 noviembre 1909, "G. J." de 28 diciembre 1916, año xxv, núms. 1324-1325, M. P. Enrique Esguerra, pág. 553.

[94] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 4 marzo 1905, "G. J." de 20 mayo 1907, año xvii, núm. 877, M. P. Jesús Casas Rojas, pág. 333.

[95] Respectivamente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 26 julio 1909, "G. J." de 19 julio 1916, año xxv, núms. 1270-1271, M. P. Felipe Silva, pág. 115; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 18 noviembre 1909, "G. J." de 26 octubre de 1916, año xxv, núms. 1288-1289, M. P. Germán D. Pardo, pág. 266.

• *Solicitudes de conmutación de la pena capital porque la Corte consideró que el caso no cumplía con el estándar de gravedad*: así sucedió en la causa en contra de Froilán Márquez, reo sentenciado a muerte por el asesinato de Jaime Gonzáles, quien atemorizó a la cónyuge del condenado para tener relaciones ilícitas con aquel, "[...] *la Corte haciendo una excepción que cree su deber hacer* por las consideraciones que ha dejado expuestas[96], solicita del excelentísimo señor presidente de la República la conmutación de la pena" (cursivas fuera de texto).

• Por igual razonamiento, se demandó conmutar la pena de muerte pronunciada en contra de Joaquín Peña[97]. La sentencia advierte que "[...] el delito de que así se trata no reviste caracteres tan graves ni circunstancias tan atroces, como la mayor parte de los asesinatos que á menudo dan lugar á las causas que la Corte examina en casación [...]". La última solicitud de conmutación fue objeto de salvamento de voto del magistrado Otoniel Navas, al señalar que "[...] al ministerio especial de gracia de que está investido el excelentísimo señor presidente de la República no se deben elevar sino los procesos en que haya habido correcta aplicación de la pena capital, sin que sea lícito respaldar en la responsabilidad de su alta autoridad las irregularidades de forma y fondo que el poder judicial puede y debe corregir [...]"[98].

En todo caso, la Corte también se negó a solicitar la conmutación presidencial de la pena de muerte, por considerar tal solicitud injusta:

• De esta guisa fue el proceso de Magdaleno Betancur y Deogracias Fuentes[99], en el cual, los mismos condenados elevaron "[...] a

[96] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 10 junio 1893, "G. J." de 14 julio 1893, año viii, núm. 404, M. P. Aníbal Galindo, págs. 321-322. La consideración principal de la Corte para solicitar la conmutación fue la siguiente: "[...] Al inmenso dolor de la honra y de la felicidad perdidas por la infidelidad de la esposa, solo pueden sobreponerse almas de primera magnitud, pero no la de un rústico labriego perteneciente á las últimas capas sociales. Y el temor ó el miedo de que su crimen infunda en otros, es casi nulo, porque para librarse del peligro, basta de abstenerse de cometer el crimen que causó la muerte de González".

[97] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 3 abril 1897, "G. J." de 15 noviembre 1898, año xii, núms. 609-610, M. P. Jesús Casas Rojas, págs. 306-307.

[98] Salvamento de voto de Otoniel Navas, sent. de 3 abril 1897, "G. J." de 15 noviembre 1898, año xii, núms. 609-610, pág. 311.

[99] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 julio 1896, "G. J." de 2 abril 1897, año xii, núm. 579, M. P. Jesús Casas Rojas, págs. 50-52. Según la sentencia, "Magdaleno Betancur y Deogracias Fuentes dieron muerte violenta y alevosa á Justino Triana en la casa de Celestina Solórzano, con las circunstancias de fría premeditación, traición y sobre seguro, habiendo los reos llevado con engaño y perfidia

esta Superioridad un memorial en que, manifestándose arrepentidos del atroz crimen por ellos perpetrado, solicitan se pida al gobierno la conmutación de la pena de muerte á que están condenados. La Corte, con todo, se abstiene de hacer en el presente caso uso de la facultad que le confiere el artículo 4º de la Ley 56 de 1886, *facultad que no ha ejercitado sino en muy raras ocasiones y cuando ha encontrado algún motivo especial que sirva de apoyo á la respectiva solicitud*" (cursivas fuera de texto).

• La misma negativa se postuló en la causa en contra de J. Fructuoso Pareja[100], en la medida que "[...] el reo ha ostentado perversidad suma en la comisión del delito".

c) Finalmente, hay que atender *los supuestos en los que la Corte propuso el derecho de gracia al gobierno nacional*. Esta facultad, obligatoria para el ejecutivo en los casos de pena de muerte, se advierte en la Ley 38 de 1905[101], artículo 1º, que le permitía a la Sala dictaminar la conmutación de la pena por la inmediatamente inferior en la escala penal. Con ello se humanizó la pena de muerte en nuestro ordenamiento jurídico.

• Muy controversial hoy resulta el argumento utilizado por la Sala para solicitar la gracia de Lázaro Carvajal[102], por el asesinato de su yerno Juan Antonio Arenas. Así dijo la sentencia: "No se debe, pues, infirmar el fallo recurrido, pero sí juzga la Corte que hay lugar a conmutar al reo la pena capital por la de veinte años de presidio, *por cuanto la única prueba que pudiera considerarse directa de su criminalidad, la constituye la declaración de su propia hija* [María del Carmen Carvajal], *inhábil a los ojos de la ley*, siendo de notar, además, que ni aún esta testigo asevera haber visto que su padre hiciera el disparo que causó la muerte a su marido" (cursivas fuera de texto).

Por la obligatoriedad del concepto judicial para el gobierno, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia también negó la aplicación de esta gracia en diversas oportunidades.

á Triana al lugar donde se perpetró el crimen y suministrándole aguardiente en cantidad bastante para embriagarlo, y habiendo aprovechado los momentos en que aquel dormía profundamente para asesinarlo cobarde y vilmente [...]".

[100] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 14 noviembre 1906, "G. J." de 20 junio 1907, año XVII, núm. 879, M. P. Enrique Esguerra, págs. 350-352.

[101] *Diario Oficial*, año XLI, núm. 12348, de 12 de mayo de 1905, pág. 1.

[102] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 noviembre 1909, "G. J." de 28 noviembre 1916, año XXV, núms. 1300-1301, M. P. Isaías Castro Vélez, pág. 359.

• De este modo, en la causa por asesinato y parricidio en contra de Timoleón Meléndez y Anastasia Morales[103], la Corte expuso los siguientes argumentos: "[...] De aquí que Meléndez ejecutara el atentado con plena conciencia de la gravedad del acto y de sus consecuencias, *revelando con esto una perversión moral que sale de los límites de lo común*. Además, Meléndez tomó todas las medidas indispensables para asegurar el golpe, y él mismo puso en autos y complicó a uno de los hijos de la víctima en la muerte de Perdomo y le comunicó de lo que pensaba valerse para llevarla a cabo. En cuanto a Anastasia Morales hay, si se quiere, mayor motivo para que la Corte se abstenga de pedir la conmutación de la pena. Ella misma ha declarado que en diversas ocasiones y desde años antes, deliberó la muerte de su esposo; que con tal fin pretendió cohechar a diversas personas; que puso en autos de sus propósitos a sus propios hijos, a uno de los cuales envolvió más tarde en el asesinato de su padre, y que, en una ocasión, se proporcionó veneno y ordenó que se lo suministraran a su esposo. Por otra parte, la Morales fue la autora intelectual del delito, ella cohechó a Meléndez para que lo ejecutara, y en estas condiciones sobre la misma debe recaer todo el peso de la ley. Concurre otra circunstancia para que el concepto de la Corte sea desfavorable a la conmutación de la pena. *Tal es la alarmante frecuencia con que se cometen en la región del antiguo departamento del Tolima crímenes de la naturaleza del presente, en los cuales la víctima directa es uno de los cónyuges; sobreviene la disolución de la familia y queda a los hijos un legado de ignominia muy a propósito para que se levanten nuevos criminales*" (cursivas fuera de texto).

• Para terminar los casos de petición de gracia presidencial, se advierte la solicitud por igualdad procesal en el caso de Andino Muñoz y Cruz Mosquera[104] por cuadrilla de malhechores, incendio para matar y violencia contra la propiedad. En este proceso, la Corte indica: "En el caso de Andino Muñoz el presidente de la República conmutó la pena de muerte, en uso de su facultad legal, puesto que los dictámenes de esta Corte solo son obligatorios cuando en ellos se pide gracia. Por esta razón cree la Corte que es llegado el caso de solicitar la conmutación de la pena impuesta a Cruz Mosquera, para que quede igualada su pena con la de aquel, como responsables de igual grado, de los mismos

[103] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 octubre 1909, "G. J." de 28 noviembre 1916, año XXV, núms. 1300-1301, M. P. Enrique Esguerra, pág. 358.

[104] Ibíd., Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 23 agosto 1909, "G. J." de 26 septiembre 1916, año XXV, núms. 1280-1281, M. P. Baltazar Botero Uribe, págs. 198-200.

delitos; máxime cuando respecto a Mosquera no aparecen todas las circunstancias agravantes que obran en contra de Muñoz".

Como se advierte, la pena de muerte no tuvo finales jurídicamente tan limpios y claros como la mayoría de las personas piensa. Los procesos de esta naturaleza estuvieron plagados de errores, contradicciones probatorias, abusos interpretativos, actuaciones equivocadas y desproporcionadas frente a los graves y espantosos delitos que rodearon la aplicación de la figura.

Es más, sobre la base de los múltiples casos expuestos, es posible concluir que la conmutación y el derecho de gracia se convirtieron en una verdadera figura de restitución de los reos mal condenados a muerte por los tribunales de la época, especialmente cuando la deliberación acerca de su responsabilidad penal fue considerada injusta o equivocada. Por ello, en esta línea de análisis, el hecho de infirmar el fallo de muerte, pero solicitar su conmutación política, permitió reforzar el argumento, según el cual, *todos los condenados a muerte eran responsables a pesar del veredicto*.

4. Conclusiones

Se pueden hacer las siguientes anotaciones a título de colofón:

Primera. La pena de muerte es una modalidad desproporcionada de las penas corporales, que resurge de tanto en tanto por el incremento de la criminalidad atroz, contra las leyes más elementales de la lógica y la retórica. A mayor impacto social del crimen mayor es su popularidad, desvaneciendo todo posible rastro de racionalidad en nuestra sociedad. Siempre se caracterizó por un enorme simbolismo en su ejecución, con el fin de generar un mayor temor en la población civil.

No obstante, durante su vigencia solo produjo la continuidad de los crímenes graves, la cosificación de los condenados como objetos sacrificables por razones de Estado y la desvalorización oficial de la vida humana. Por ello, es válido afirmar que frenar la aplicación de la pena de muerte es aplacar la incontinencia populista de violencia humana ante la criminalidad, por cruda que esta sea, y evitar la ruptura de la solidaridad y la pérdida de todo sentido de piedad.

Segunda. La pena de muerte en Colombia atendió más a la gravedad de los delitos por los cuales se imponía, que a un concepto complejo de responsabilidad individual por el hecho cometido. La finalidad de la pena se fundamentó en la retribución social del hecho injusto y en una

saludable dosis de terror preventivo, sin que la Corte haya llegado a analizar en algún fallo su sentido filosófico o su legitimidad. Fines como la actual prevención especial positiva o la resocialización, solo se tuvieron en cuenta para motivar la conmutación de la pena capital por la de veinte años de presidio.

Tercera. La eficacia de la pena de muerte se perdía parcialmente con el sistema de conmutaciones analizado, aunque paradójicamente este permitía recuperar la inviolabilidad de la vida humana, una vez pasada la indignación popular.

Además, las conmutaciones hacían insegura una pena caracterizada por ser irreparable y, en principio, irrevocable ante el error judicial [*errare humanum est*]. Un error común, como no puede ser de otra manera, cuando se toma como base de la condena la sospecha artificial, ignorante e indemostrable de la existencia de seres humanos incorregibles.

Cuarta. En la actualidad, la pena de muerte no cumple un papel decisivo en la prevención del delito. Solo se convierte en un instrumento político injusto que genera votos, porque materializa la venganza social pública cuando "las sociedades tienen sed de sangre". Este tipo de sanciones han sido reemplazadas por las penas de prisión de larga duración que, aunque llenas de reparos insalvables, muestran una mayor capacidad para adaptarse social y jurídicamente a los principios y fines constitucionales, y en particular al principio de la teleología de las sanciones penales. Es decir, a la búsqueda incesante de penas más útiles, humanas, reparables y revocables, que le sirvan a la sociedad y permitan que los ciudadanos se reincorporen a ella sin ser aniquilados o inocuizados. Introducir hoy la pena de muerte en Colombia, comportaría una grave sustitución de la Constitución Política e ignorar los compromisos internacionales en materia de respeto y promoción de los derechos humanos. No hace falta que el Estado vuelva a ser un verdugo oficial.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) *Jurisprudencia*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación/Pena Capital, sent. de 19 julio 1889, "G. J." de 27 de julio de 1889, año III, núm. 137, págs. 257-258. (Causa en contra de *Juan de la Cruz López*).

— Sent. de 19 julio 1889, "G. J." de 31 julio 1889, año III, núm. 138, págs. 265-267. (Causa en contra de *Joaquín Morales* o *Martínez*).

Salvamento de voto de Froilán Lagarcha y Antonio Morales, sent. de 19 julio 1889, "G. J." de 31 julio 1889, año III, núm. 138, pág. 267.

— Sent. de 23 agosto 1889, "G. J." de 28 agosto 1889, año III, núm. 146, págs. 329-330. (Causa en contra de *Sebastián Valero*).

— Sent. de 4 septiembre 1889, "G. J." de 7 septiembre 1889, año III, núm. 149, págs. 353-354. (Causa en contra de *Dionisio Arévalo*).

— Sent. de 4 septiembre 1889, "G. J." de 11 septiembre 1889, año III, núm. 150, págs. 361-362. (Causa en contra de *Wenceslao Telpis*).

— Sent. de 19 octubre 1889, "G. J." de 23 octubre 1889, año IV, núm. 162, págs. 42-43. (Causa en contra de *Juan Bautista Chiquito*).

— Sent. de 12 noviembre 1889, "G. J." de 23 noviembre 1889, año VI, núm. 170, págs. 107-108. (Causa en contra de *Isaías Parra*).

— Sent. de 12 diciembre 1889, "G. J." de 28 diciembre 1889, año IV, núm. 180, págs. 179-180. (Causa en contra de *Nicanor* y *Nepomuceno Herrera*).

— Sent. de 13 marzo 1890, "G. J." de 12 abril 1890, año IV, núm. 204, págs. 371-374. (Causa en contra de *Ramón Hernández*).

— Sent. de 19 abril 1890, "G. J." de 23 abril 1890, año IV, núm. 207, págs. 395-397. (Causa en contra de *David López*).

— Sent. de 25 abril 1890, "G. J." de 7 mayo 1890, año V, núm. 211, págs. 17-18. (Causa en contra de *Eduvigis Borja*).

— Sent. de 3 mayo 1890, "G. J." de 14 mayo 1890, año V, núm. 213, págs. 33-34. (Causa en contra de *Gregorio Barón*).

— Sent. de 25 abril 1891, "G. J." de 5 mayo 1891, año IV, núm. 271, págs. 81-82, M. P. Antonio Morales. (Causa en contra de *Juan Antonio Benítez Montaño*).

Salvamento de voto de Jesús Casas Rojas, sent. de 25 abril 1891 (con fecha de 21 de abril de 1891), "G. J." de 5 mayo 1891, año IV, núm. 271, págs. 82-85.

— Sent. de 26 junio 1891, "G. J." de 5 agosto 1891, año IV, núm. 283, págs. 179. (Causa en contra de *María Engracia Susa*).

— Sent. de 21 agosto 1891, "G. J." de 21 octubre 1891, año IV, núm. 295, págs. 273-276. (Causa en contra de *Salustiano Zapata*).

— Sent. de 23 agosto 1891, "G. J." de 28 octubre 1891, año VI, núm. 296, págs. 281-282. (Causa en contra de *David Bolívar*).

— Sent. de 11 noviembre 1891, "G. J." de 2 enero 1892, año VII, núm. 312, págs. 1-4. (Causa en contra de *Eusebio Verdugo* y *Justa Fuentes*).

— Sent. de 16 julio 1892, "G. J." de 24 agosto 1892, año VII, núm. 349, págs. 297-298, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *José Emeterio Montoya* o *Vargas*).

— Sent. de 16 noviembre 1892, "G. J." de 8 marzo 1893, año VIII, núm. 373, págs. 73-74, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Dimas Gómez*).

— Sent. de 23 noviembre 1892, "G. J." de 1º marzo 1893, año VIII, núm. 372, págs. 65-66, M. P. Lucas Villafrádez. (Causa en contra de *Calazans* y *Resurrección Castillo*).

— Sent. de 29 noviembre 1892, "G. J." de 31 marzo 1893, año VIII, núm. 376, págs. 97-100. (Causa en contra de *Quiterio* y *Santos Pérez*).

— Sent. de 3 diciembre 1892, "G. J." de 3 abril 1893, año VIII, núm. 377, págs. 105-107, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *Modesto Alvarado*).

— Sent. de 24 febrero 1893, "G. J." de 24 abril 1893, año VIII, núm. 384, págs. 163-164, M. P. Juan Evangelista Trujillo. (Causa en contra de *Santiago Jiménez*).

— Sent. de 25 febrero 1893, "G. J." de 5 mayo 1893, año VIII, núm. 387, págs. 188-190, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Mariana Sánchez*).

— Sent. de 22 marzo 1893, "G. J." de 25 mayo 1893, año VIII, núm. 391, págs. 217-219, M. P. Aníbal Galindo. (Causa en contra de *Salomón Hernández* o *Ladino*).

— Sent. de 27 abril 1893, "G. J." de 13 junio 1893, año VIII, núm. 397, págs. 266-268, M. P. Baltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *Apolinar Restrepo*).

— Sent. de 10 junio 1893, "G. J." de 14 julio 1893, año VIII, núm. 404, págs. 321-322, M. P. Aníbal Galindo. (Causa en contra de *Froilán Márquez*).

— Sent. de 17 julio 1893, "G. J." de 18 agosto 1893, año VIII, núm. 409, págs. 361-362, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *Liboria Barrera*).

— Sent. de 18 julio 1893, "G. J." de 18 agosto 1893, año VIII, núm. 409, págs. 362 y ss., M. P. Manuel E. Corrales. (Causa en contra de *Elenterio Ospina*).

— Sent. de 18 agosto 1893, "G. J." de 15 septiembre 1893, año VIII, núm. 414, págs. 401-403, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Alejandro Omén* e *Isidoro Beltrán*).

— Sent. de 22 agosto 1893, "G. J." de 25 agosto 1893, año VIII, núms. 410-411, págs. 369-372, M. P. Abraham Fernández de Soto. (Causa en contra de *Horacio* y *Arturo Sáenz*).

Salvamento de voto de Jesús Casas Rojas, sent. de 22 agosto 1893, "G. J." de 25 agosto 1893, año VIII, núms. 410-411, págs. 372-373.

Salvamento de voto de Manuel E. Corrales, sent. de 22 agosto 1893, "G. J." de 25 agosto 1893, año VIII, núms. 410-411, págs. 410-411.

— Sent. de 19 febrero 1894, "G. J." de 5 marzo 1894, año IX, núm. 443, págs. 209-210, M. P. Abraham Fernández de Soto. (Causa en contra de *Ciriaco Londoño*).

— Sent. de 3 septiembre 1894, "G. J." de 22 septiembre 1894, año X, núm. 474, págs. 42-44, M. P. Baltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *Gil Blas Úsuga*).

— Sent. de 26 septiembre 1894, "G. J." de 19 octubre 1894, año X, núm. 478, págs. 73-74, M. P. Juan Evangelista Trujillo. (Causa en contra de *Jerónimo Guevara*).

— Sent. de 28 septiembre 1894, "G. J." de 19 octubre 1894, año X, núm. 478, págs. 74 y ss., M. P. Jesús Casas Rojas. (Causa en contra de *Rafael Díaz* y *María Guzmán*).

— Sent. de 25 octubre 1894, "G. J." de 23 noviembre 1894, año X, núm. 483, págs. 113-116, M. P. Manuel E. Corrales. (Causa en contra de *Lorenzo Yate*).

— Sent. de 5 de noviembre de 1894, "G. J." de 7 de diciembre de 1894, año X, núm. 485, págs. 132-133, M. P. BaltazarBaltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *José Caicedo*).

— Sent. de 8 noviembre 1894, "G. J." de 14 diciembre 1894, año X, núm. 486, págs. 139-141, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Eloísa Gordillo*).

— Sent. de 14 noviembre 1894, "G. J." de 11 enero 1895, año X, núm. 491, págs. 177-179, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *Pedro A. Gutiérrez*).

— Sent. de 17 noviembre 1894, "G. J." de 11 enero 1895, año X, núm. 491, págs. 179-180, M. P. Jesús Casas Rojas. (Causa en contra de *José María Herrera*).

— Sent. de 27 noviembre 1894, "G. J." de 31 marzo 1895, año X, núms. 500-501, págs. 260-261, M. P. Abraham Fernández de Soto. (Causa en contra de *Emiliano Toro*).

— Sent. de 10 noviembre 1895, "G. J." de 18 diciembre 1895, año XI, núm. 542, págs. 171-172, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *Luis María Carvajal*).

— Sent. de 4 julio 1896, "G. J." de 2 abril 1897, año XII, núm. 579, pág. 49, M. P. Baltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *Manuel Córdoba Zapata*).

— Sent. de 23 julio 1896, "G. J." de 2 abril 1897, año XII, núm. 579, págs. 50-52, M. P. Jesús Casas Rojas. (Causa en contra de *Magdaleno Betancur* y *Deogracias Fuentes*).

— Sent. de 9 octubre 1896, "G. J." de 18 octubre 1897, año XII, núm. 600, págs. 222-223, M. P. Abraham Fernández de Soto. (Causa en contra de *Honoria Arango*).

— Sent. de 22 octubre 1896, "G. J." de 18 junio 1897, año XII, núms. 587-588, págs. 121 y ss., M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Tomás María Varela*).

— Sent. de 30 octubre 1896, "G. J." de 27 enero 1898, año XII, núm. 602, págs. 233-235, M. P. José I. Trujillo. (Causa en contra de *Ricardo Ángel*).

— Sent. de 17 noviembre 1896, "G. J." de 5 marzo 1898, año XII, núm. 604, págs. 253-255, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *Antonio María Pinilla* y *Margarita Forero*).

— Sent. de 1º diciembre 1896, "G. J." de 5 marzo 1898, año XII, núm. 604, págs. 255-256, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Bautista Chindoy*).

— Sent. de 5 diciembre 1896, "G. J." de 2 julio 1897, año XII, núm. 590, págs. 142-143, M. P. Carmelo Arango M. (Causa en contra de *Adelaida Hernández*).

— Sent. de 3 abril 1897, "G. J." de 15 noviembre 1898, año XII, núms. 609-610, págs. 306-307, M. P. Jesús Casas Rojas. (Causa en contra de *Joaquín Peña*).

Salvamento de voto de Otoniel Navas, sent. de 3 abril 1897, "G. J." de 15 noviembre 1898, año XII, núms. 609-610, págs. 308-311.

— Sent. de 24 mayo 1897, "G. J." de 6 diciembre 1898, año XII, núm. 616, págs. 348-349, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *Brígido Morales*).

— Sent. de 24 mayo 1897, "G. J." de 19 diciembre 1898, año XII, núm. 618, págs. 362-364, M. P. Abraham Fernández de Soto. (Causa en contra de *Antonio Escobar*).

Salvamento de voto de Otoniel Navas, sent. de 24 mayo 1897, "G. J." de 19 diciembre 1898, año XII, núm. 618, pág. 364.

— Sent. de 26 agosto 1899, "G. J." de 6 marzo 1899, año XIII, núm. 630, págs. 42-45, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Demetrio Carranza*).

Salvamento de voto de Otoniel Navas, sent. de 26 agosto 1899, "G. J." de 26 marzo 1899, año XIII, núm. 630, págs. 45-47.

— Sent. de 29 octubre 1897, "G. J." de 18 mayo 1899, año XIII, núm. 639, págs. 118-120, M. P. Baltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *Manuel Córdoba Zapata*).

Salvamento de voto de Otoniel Navas, sent. de 29 octubre 1897, "G. J." de 18 mayo 1899, año XIII, núm. 639, pág. 120.

— Sent. de 20 abril 1898, "G. J." de 25 abril 1902, año XV, núm. 765, págs. 258-260, M. P. José I. Trujillo. (Causa en contra de *Eugenio Lazo*).

Salvamento de voto de Otoniel Navas, sent. de 20 abril 1898, "G. J." de 25 abril 1902, año XV, núm. 765, pág. 260.

— Sent. de 14 junio 1898, "G. J." de 13 septiembre 1902, año XV, núm. 777, págs. 353-355, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Prisca Villagrán* y *Javiela Montenegro*).

— Sent. de 23 junio 1898, "G. J." de 7 octubre 1902, año XV, núm. 780, págs. 377-380, M. P. Luis M. Isaza. (Causa en contra de *José García, Florentino Sánchez* y *Wenceslao Rengifo*).

— Sent. de 30 agosto 1901, "G. J." de 25 enero 1902, año XV, núm. 757, págs. 193-195, M. P. Lucio A. Pombo. (Causa en contra de *Marco Antonio Zapata* y *María de Jesús Congote*).

— Sent. de 2 abril 1902, "G. J." de 25 agosto 1902, año XV, núm. 775, págs. 339-342, M. P. Baltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *Ricardo Montenegro*).

— Sent. de 23 junio 1902, "G. J." de 14 octubre 1902, año XV, núm. 781, págs. 387-388, M. P. Jesús Casas Rojas. (Causa en contra de *Antonio J. Rodríguez*).

— Sent. de 8 junio 1903, "G. J." de 16 agosto 1904, año XVI, núm. 822, págs. 304-305, M. P. Abraham Fernández de Soto. (Causa en contra de *Ángel Velásquez*).

— Sent. de 4 marzo 1905, "G. J." de 20 mayo 1907, año XVII, núm. 877, págs. 332-334, M. P. Jesús Casas Rojas. (Causa en contra de *Daniel Díaz Meneses*).

— Sent. de 16 noviembre 1905, "G. J." de 7 diciembre 1906, año XVII, núm. 871, págs. 286-288, M. P. Felipe Silva. (Causa en contra de *Isabel Ortiz*).

— Sent. de 14 noviembre 1906, "G. J." de 20 junio 1907, año XVII, núm. 879, págs. 350-352, M. P. Enrique Esguerra. (Causa en contra de *J. Fructuoso Pareja*).

Salvamento de voto de Felipe Silva e Isaías Castro Vélez, sent. de 14 noviembre 1906, "G. J." de 20 junio 1907, año XVII, núm. 879, pág. 352.

— Sent. de 6 abril 1907, "G. J." de 30 noviembre 1907, año XVIII, núms. 886-887, págs. 1-14, M. P. Germán D. Pardo. (Causa en contra de *José Emiliano Mendieta*).

— Sent. de 26 julio 1909, "G. J." de 19 julio 1916, año XXV, núms. 1270-1271, págs. 112-115, M. P. Felipe Silva. (Causa en contra de *Dionisio Ibarguen*).

— Sent. de 28 julio 1909, "G. J." de 19 julio 1916, año XXV, núms. 1270-1271, págs. 115-117, M. P. Felipe Silva. (Causa en contra de *Juan Esteban Úsuga* y *María Rufina Durango*).

— Sent. de 16 agosto 1909, "G. J." de 19 julio 1916, año XXV, núms. 1270-1271, págs. 117-118, M. P. Enrique Esguerra. (Causa en contra de *Zoilo Millán* y *Betsabé Rueda*).

— Sent. de 21 agosto 1909, "G. J." de 11 noviembre 1916, año XXV, núms. 1292-1293, págs. 296-298, M. P. Alberto Portocarrero. (Causa en contra de *Heliodoro Mora*).

— Sent. de 21 agosto 1909, "G. J." de 19 julio 2016, año XXV, núms. 1270-1271, págs. 118-120, M. P. Germán D. Pardo. (Causa en contra de *Mercedes Verú*).

— Sent. de 23 agosto 1909, "G. J." de 26 septiembre 1916, año XXV, núms. 1280-1281, págs. 198-200, M. P. Baltazar Botero Uribe. (Causa en contra de *Andino Cruz* y *Cruz Mosquera*).

— Sent. de 7 septiembre 1909, "G. J." de 26 septiembre 1916, año XXV, núms. 1280-1281, págs. 200-202, M. P. Enrique Esguerra. (Causa en contra de *Griselda Sánchez*).

— Sent. de 23 octubre 1909, "G. J." de 28 noviembre 1916, año XXV, núms. 1300-1301, págs. 356-358, M. P. Enrique Esguerra. (Causa en contra de *Timoleón Meléndez* y *Anastasia Morales*).

— Sent. de 18 noviembre 1909, "G. J." de 26 octubre 1916, año XXV, núms. 1288-1289, págs. 265-266, M. P. Germán D. Pardo. (Causa en contra de *Francisco Gil —Vargas—*).

— Sent. de 23 noviembre 1909, "G. J." de 28 noviembre 1916, año XXV, núms. 1300-1301, págs. 358-359, M. P. Isaías Castro Vélez. (Causa en contra de *Lázaro Carvajal*).

— Sent. de 23 noviembre 1909, "G. J." de 28 diciembre 1916, año XXV, núms. 1324-1325, págs. 553-554, M. P. Isaías Castro Vélez. (Causa en contra de *Lázaro Carvajal*).

— Sent. de 27 noviembre 1909, "G. J." de 28 diciembre 1916, año XXV, núms. 1324-1325, págs. 551-553, M. P. Enrique Esguerra. (Causa en contra de *Antonio León*).

— Sent. de 11 diciembre 1909, "G. J." de 28 noviembre 1916, año XXV, núms. 1300-1301, págs. 359-362, M. P. Isaías Castro Vélez. (Causa en contra de *Graciano Sotelo* y *Reinaldo Herrera*).

— Sent. de 31 agosto 1910, "G. J." de 20 septiembre 1910, año XIX, núms. 944-945, págs. 54-57, M. P. Luis Eduardo Villegas. (Causa en contra de *Ángel María Velásquez*).

Salvamento de voto de Rafael Navarro y Euse, sent. de 31 agosto 1910, "G. J." de 20 septiembre 1910, año XIX, núms. 944-945, págs. 57-59.

Salvamento de voto de Tancredo Nannetti, sent. de 31 agosto 1910, "G. J." de 20 septiembre 1910, año XIX, núms. 944-945, págs. 59-60.

— Sent. de 2 septiembre 1910, "G. J." de 20 septiembre 1910, año XIX, núms. 944-945, págs. 60-63, M. P. Luis Eduardo Villegas. (Causa en contra de *Agustín Upegui*).

— Sent. de 13 diciembre 1910, "G. J." de 28 febrero 1911, año XIX, núms. 962-963, pág. 202, M. P. Manuel José Angarita. (Causa en contra de *Juan Esteban Úsuga* y *María Rufina Durango*).

— Sent. de 14 diciembre 1910, "G. J." de 27 enero 1911, año XIX, núms. 958-959, págs. 170-174, M. P. Tancredo Nannetti. (Causa en contra de *Habacuc Farfán*).

— Sent. de 30 marzo 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, págs. 277-279, M. P. Constantino Barco. (Causa en contra de *Luis María Vélez*).

— Sent. de 3 abril 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, págs. 279-280, M. P. Manuel José Angarita. (Causa en contra de *Milcíades Rodríguez* y *Rufino Ortega*).

— Sent. de 4 abril 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, págs. 282-283, M. P. Manuel José Angarita. (Causa en contra de *Hipólito Suárez*).

— Sent. de 7 abril 1911, "G. J." de 15 mayo 1911, año XIX, núms. 972-973, págs. 280-282, M. P. Constantino Barco. (Causa en contra de *Benildo Nieto*).

B) *Doctrina y normatividad*

Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886 y debates del proyecto en el Consejo Nacional Constituyente, Bogotá, Librería Americana, 1913.

Aragón, Arcesio: *Elementos de criminalogía y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934.

Arboleda, Sergio: *La Constitución Política*, Bogotá, ABC, 1952.

Caro, Miguel Antonio: *Estudios constitucionales y jurídicos*, Primera serie, vompilación, introducción y notas por Carlos Valderrama Andrade, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1986.

— *Estudios constitucionales*, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Ciudadana, 1951.

Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912, por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, t. VI, 1836 y 1837, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.

Código Penal español, decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar el 9 de julio de 1822, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

Concha, José Vicente: *Tratado de derecho penal*, 7ª ed. reformada y adicionada, Bogotá, Librería Americana, 1929.

Congreso de las Provincias Unidas, Leyes, actas y notas recopiladas y publicadas por Eduardo Posada, Biblioteca de Historia Nacional, vol. XXXIII, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924.

Constitución de la República de Colombia, Bogotá, Imprenta Echavarría Hermanos, 1886.

Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia, sancionada el 8 de mayo de 1863, edición oficial revisada por una comisión de la Cámara de Representantes, compuesta por un miembro de cada Estado, Bogotá, Imprenta y Estereotipia de Medardo Rivas, 1871.

Decretos del Libertador, 1828-1830, t. III, Sociedad Bolivariana de Venezuela, Caracas, Imprenta Nacional, 1961.

Estado de Cundinamarca. *Los doce códigos del Estado Soberano de Cundinamarca*. Anotados i corregidos bajo la dirección del señor Mariano Tanco, t. tercero. Contiene los Códigos Judicial, Penal i Militar, París, Tipografía Lahure, 1879.

Malagón Pinzón, Miguel: *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Osorio Racines, Felipe (comp.): *Decretos de 1819 a 1821*, Colección de Leyes de Colombia, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1969.

Siete Partidas, t. III, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Imprenta Nacional, 2004.

Recopilación de leyes de la Nueva Granada, vol. I, revisada y anotada por Luis Javier Moreno Ortiz, Bogotá, Edic. Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.

Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias, 4 tomos, Prólogo de Ramón Menéndez y Pidal, Estudio preliminar de Juan Manzano Manzano, Madrid, Edic. Cultura Hispánica, 1973.

Samper, José María: *Derecho público interno*, Comentario científico de la Constitución de 1886, t. II, Bogotá, Prensa del Ministerio de Educación Nacional, 1951.

Sandoval Huertas, Emiro: *Penología*, Partes general y especial, Santa Ge de Bogotá, Ibáñez, 1998.

Capítulo II

Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia: especial referencia a la figura del consentimiento[*]

María Camila Correa Flórez[**]

Resumen. Los delitos de acceso carnal violento y abusivo en Colombia han tenido una importante evolución jurisprudencial, normativa y doctrinal durante los últimos setenta años. Evolución esta que ha ido de la mano de los tres códigos penales que han estado en vigor entre 1936 y la actualidad. Esta evolución se puede apreciar en casi la totalidad de sus elementos constitutivos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha marcado importantes precedentes para su interpretación.

Sin embargo, el consentimiento como elemento diferenciador entre ambos, sus particularidades e interpretaciones, han tenido un especial interés para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sobre el tratamiento que esta Corporación le ha dado a esta figura en materia de delincuencia sexual, se han construido mitos que, después de un análisis juicioso de la jurisprudencia, se pueden desvirtuar.

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.89

[**] Abogada con opción en Literatura de la Universidad de los Andes, Bogotá. Maestría en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Autónoma de Madrid, España y Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España. Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora de cátedra y coordinadora del programa de Constitución y Democracia de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Investigadora asociada del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Universidad de los Andes.

El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Universidad de los Andes. Quiero darles las gracias a la abogada Laura Ledezma Paredes y a la estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Sara Lucía Dangón Novoa, por su invaluable ayuda con la recolección de la jurisprudencia.

Palabras clave: acceso carnal violento, acceso carnal abusivo, delitos sexuales, consentimiento, jurisprudencia.

1. Introducción

Los delitos de índole sexual suelen clasificarse en delitos sexuales violentos y delitos sexuales abusivos, como el acceso carnal violento y el acceso carnal abusivo con menor de catorce años[1]. En el primero, como su nombre lo indica, la violencia (bien sea física, psíquica o moral) debe ser el medio para realizar el acceso carnal[2]; mientras que en el segundo, no media violencia alguna[3] y el sujeto pasivo debe ser un menor de catorce años.

Si bien los elementos constitutivos de estos delitos no han cambiado, el contenido y la forma de entenderlos, sí lo ha hecho con el paso del tiempo y el cambio de legislaciones. Así, por ejemplo, los sujetos activos y la definición misma de acceso carnal, han tenido evoluciones y cambios que se ven reflejados tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina y en los textos normativos.

Ahora bien, el consentimiento es una figura neurálgica en sede de delitos sexuales. Lo anterior porque su concurrencia o ausencia van a ayudar a establecer si se está en sede de un delito sexual violento o de uno abusivo y, además, porque su concurrencia va a determinar la atipicidad de la conducta de los delitos sexuales violentos[4]. Sobre la posibilidad de presumir su concurrencia, las actitudes que debe tener el sujeto pasivo que no consiente, entre otras cosas, existen diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales, además de algunos "mitos"

[1] Al respecto, véase María Camila Correa Flórez, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes", en Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez, y María Camila Correa Flórez (coords.), *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, vol. 2, Bogotá, Universidad de los Andes - Grupo Editorial Ibáñez, 2015, págs. 35-49.

[2] Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, t. ii, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 294.

[3] Al respecto, véase Manuel Cancio Meliá, "Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 70, Universidad Externado de Colombia, en *http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero70/manuelCancio.pdf*, págs. 80-83.

[4] Correa Flórez, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales"..., *op. cit.*, pág. 49.

acerca de la existencia de reglas de experiencia de la Corte Suprema de Justicia (en adelante C. S. de J.), que en realidad no existen.

Durante el desarrollo de estas páginas se analizará el tratamiento que se le ha dado a esta figura, en materia de accesos carnales[5], en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana referente a las disposiciones consagradas en los códigos penales de 1936, 1980 y 2000[6]. Para este fin, el análisis se hará de una manera lineal en el tiempo, gracias a una explicación de las diferentes normas penales, referentes al acceso carnal violento y abusivo, consagradas en los códigos penales que han regido en este lapso en Colombia y el tratamiento jurisprudencial que se les ha dado, logrando así un análisis de la evolución normativa y jurisprudencial de estos delitos. Luego de ello, se expondrán algunas conclusiones que, además, pretenden sistematizar, de una forma u otra, dicha evolución y desmontar los mencionados "mitos".

2. Aspectos generales de los tipos penales

A) *Código Penal de 1936*[7]*: delito de violencia carnal (art. 316)*

El Código Penal colombiano de 1936 consagraba en el título XII (De los delitos contra la libertad y el honor sexuales), capítulo I, artículo 316, el delito de *violencia carnal*, de la siguiente manera: "El que someta a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral [...]", y en su segundo inciso agregaba: "A la misma sanción está sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia".

De la disposición anterior se desprende, y ello fue reiterado por la jurisprudencia, que habían tres maneras de cometer la conducta[8]. La primera, sometiendo a acceso carnal a otra persona sin su consentimiento y empleando violencia física o moral. La segunda, accediendo

[5] Aunque lo expuesto por la Corte puede trasladarse a los actos sexuales.

[6] Se hizo una selección de sentencias relevantes sobre el tema; sin embargo, es posible que no se abarquen todas las que ha producido la Corporación a lo largo de estos años.

[7] Ley 95 de 1936, que entró en vigencia el 1º de enero de 1937.

[8] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 21 mayo 1945, "G. J.", t. LIX, núms. 2019-2010-2021, pág. 203. C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 29 noviembre 1965, "G. J.", t. CXIII, núms. 2278-2279, págs. 400-401.

carnalmente a un menor de catorce años y, la tercera, cuando el sujeto pasivo hubiese sido puesto en estado de inconsciencia.

Respecto a la primera modalidad, manifestó la Corte Suprema de Justicia: "El primer inciso del artículo 316 del Código Penal tipifica el delito de violencia carnal por el hecho de someter a otra persona al acceso carnal, *sin el consentimiento de esta y mediante violencia física o moral*"[9] (cursivas fuera de texto). De lo anterior se desprende que los elementos constitutivos de esta conducta eran "el empleo por parte del agente, de la violencia física o moral para obtener, de la persona ofendida, el acceso carnal sin su consentimiento"[10].

La Corte Suprema de Justicia le agregó, a la definición dada por el Código Penal, la relación causal y el espacio temporal existentes entre estos elementos, al afirmar que "por una parte, y cronológicamente anterior al acceso, está el uso de la violencia física o moral (amenaza) contra el sujeto pasivo; y por la otra, el acceso carnal con el mismo sujeto, que se coloca con nexo de causalidad físico y psicológico con el primero"[11].

Sobre el contenido de estos tres elementos constitutivos, a saber, el acceso carnal, la violencia y la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, existe una amplia jurisprudencia de la época, que coincidía, casi en su totalidad, con la doctrina. La Corte Suprema de Justicia estableció la siguiente definición de acceso carnal, que encontraba su respaldo en la doctrina: "[...] la alocución «acceso carnal», contenida en el predicho texto legal, comprende el ayuntamiento sexual, mediante la introducción del asta viril por cualquiera de los esfínteres [...]"[12], es decir, ano o vagina.

[9] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 23 junio 1953, "G. J.", t. LXXXV. núm. 2130, pág. 461.

[10] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 4 octubre 1949, "G. J.", t. IXV [*sic*], núms. 2077-2078, pág. 678. C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 26 julio 1960, "G. J.", t. XCIII, núms. 228-2229, pág. 249. C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 7 junio 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 274.

[11] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1976. G J., t. CLII, núm. 2393, pág. 514.

[12] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 29 noviembre 1965, "G. J.", t. CXIII, núms. 2278-2279, pág. 401. En la misma línea, véanse Antonio Arcila González, *El delito sexual en la legislación colombiana*, 2ª ed. Bogotá, Edic. Caravana, 1959, pág. 70; Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte Especial, t. II, Bogotá, 1960, pág. 153; Luis Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 327.

Ahora bien, sobre la violencia, la Corte Suprema de Justicia siempre estableció que esta podría ser física o moral[13]. Sin embargo, no parece haber fallos de la época que definan estas tipologías de violencia; definiciones estas que sí se encuentran en la doctrina. Así, se estableció que por violencia física se entiende la fuerza que se utiliza para vencer la voluntad y la capacidad de oposición o resistencia de la víctima[14]. Por su parte, la violencia moral es aquella que consiste en la amenaza de un mal para la víctima o para alguien cercano a ella, que sea capaz de minar su voluntad y que la lleve a "aceptar"[15] el encuentro sexual[16]. La idoneidad de la amenaza, o las amenazas, para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, ha de ser valorada en cada caso concreto[17].

En este mismo sentido, haciendo referencia tanto a la violencia moral como a la física, se pronunció la Corte Suprema de Justicia al afirmar: "No se exige la «insuperable coacción ajena» sino que es suficiente la demostración, en el caso concreto, de que el ejercicio de la fuerza física o moral (amenaza) fue lo suficientemente idónea para eliminar la voluntad del sujeto que debería expresarse en la aceptación (consentimiento) del acceso carnal", y agrega: "[...] el delito se integrará [...] tanto en el caso de que subsista un absoluto constreñimiento físico que anule

[13] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 4 octubre 1949, "G. J.", t. IXV [*sic*], núms. 2077-2078, pág. 678; C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 23 junio 1953, "G. J.", t. LXXXV, núm. 2130, pág. 465; C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 6 abril 1954, "G. J.", t. LXXVII, núm. 2140, pág. 458, C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 15 noviembre 1955, "G. J.", t. LXXXI, núms. 2160-2161, pág. 820, C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 26 julio 1960, "G. J.", t. XCIII, núms. 228-2229, pág. 249, C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 514.

[14] Arcila González, *El delito sexual..., op. cit.*, pág. 70; Arenas, *Comentarios al Código Penal colombiano, op. cit.*, pág. 154; Luis Carlos Pérez, *Derecho penal colombiano*, arte especial, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1957, pág. 329; Gutiérrez Jiménez anota que es la definición dada por el derecho romano, la que sirve de fundamento para la definición de violencia física: "Desde los romanos, la violencia era ímpetu o fuerza de cosa mayor, que no se puede repeler. Por eso decían: *Vis est majoris rei impetus, qui repelli nom potest*". Cfr. Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial, op. cit.*, pág. 319.

[15] Al respecto, véase Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial, op. cit.*, pág. 329, quien anota que a través de la violencia moral se busca que el sujeto pasivo acepte la relación sexual, pero "esa clase de consentimiento no es válido para los efectos penales". Sobre el tema del consentimiento volveremos más adelante (*infra*, 4).

[16] Pérez, *Derecho penal colombiano, op. cit.*, pág. 330; Arenas, *Comentarios..., op. cit.*, pág. 157.

[17] Arcila González, *El delito sexual..., op. cit.*, pág. 71.

la voluntad, como también cuando el agente opere solo parcialmente sobre la fuerza física de la víctima de violencia [...]"[18].

Ahora bien, la segunda modalidad comisiva consagrada en el artículo 316 del Código Penal de 1936, se configuraba cuando se tenía acceso carnal con un menor de catorce años. Al hacerse una lectura literal del tipo penal, podría pensarse que la única diferencia entre la primera modalidad y esta, radicaba en la cualificación del sujeto pasivo por su edad. No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, establecieron la verdadera diferencia entre estas dos modalidades comisivas del artículo 316 del Código Penal de 1936, que no se podía inferir de la mera lectura del tipo penal: el papel del consentimiento del sujeto pasivo.

Mientras en la primera modalidad comisiva se aclaraba que debía haber una ausencia de consentimiento por el sujeto pasivo, en la segunda modalidad no había referencia alguna a este, por lo que se podía inferir, erróneamente, que la conducta consistía en tener acceso carnal mediante violencia con un menor de catorce años[19], sin su consentimiento. Sin embargo, lo que realmente se sancionaba con este precepto, era el simple hecho de mantener una relación sexual con un menor de catorce años, así hubiese prestado su consentimiento. En palabras de la CSJ: "[...] basta con que se compruebe que se realizó un acceso carnal en un menor de catorce años para que el delito de violencia carnal tenga existencia legal [...] aunque la víctima del delito realmente hubiera prestado su consentimiento"[20].

Lo anterior era —y sigue siendo— así, porque "[...] la ley, para proteger a la menor, la considera legalmente incapaz para discernir y dar su voluntaria aquiescencia"[21], porque el menor de catorce años no tiene la

[18] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 516.

[19] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 13 septiembre 1957, "G. J.", t. VXXXVI [*sic*], núms. 2186-2187, pág. 225.

[20] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 8 septiembre 1961, "G. J.", t. XCVII, núms. 2246-2247-2248-2249, pág. 302. En la misma línea, véase Arenas, *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 158.

[21] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 28 marzo 1966, "G. J.", t. CXV, núm. 2280, pág. 267. Esta idea de que el menor es incapaz para prestar su consentimiento, ya era respaldada por la jurisprudencia sobre el delito de *fuerza y violencia* consagrado en el art. 683 del C. P. de 1890, relativo a abusar deshonestamente de un impúber del sexo contrario. Así, véase C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 18 noviembre 1938, "G. J.", t. XLVII, núm. 1943, pág. 504: "Existe el delito de fuerza y violencia toda vez

madurez suficiente para prestar su consentimiento y porque carece del desarrollo necesario para mantener relaciones sexuales[22]. Se trataba, y aún hoy se trata, de una presunción de derecho que no admite prueba en contrario[23], aunque no se encontrara consagrada en la disposición legal:

> "El inciso 2º del artículo 316 del Código Penal no consagra expresamente ninguna clase de presunción, pues su texto no habla de presunción de derecho, ni legal, como generalmente se supone; esta norma únicamente señala de una manera general, las condiciones o requisitos de tipificación de una violencia carnal especialísima.
>
> "Lo que ocurre es que el legislador para dictar dicha disposición seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento y madurez necesarios para obrar libre y conscientemente en la práctica de actos sexuales"[24].

Ahora bien, algún sector de la doctrina entendía esta modalidad comisiva como un caso de violencia presunta, afirmando que cuando se cometía acceso carnal con un menor, aunque no hubiese concurrido violencia física o moral, había violencia presunta que se basaba en el estado mental del menor y su edad cronológica[25]. Sin embargo, otros autores, como Pérez[26], consideraban ——de manera correcta—, junto con la jurisprudencia, que la presunción era sobre el consentimiento, no respecto a la concurrencia de violencia[27].

---

que se abusa deshonestamente de un impúber del sexo contrario. Excluye, desde luego, este concepto el consentimiento. [...] Es esta una presunción de derecho fundada en la ausencia de voluntad y en razones fisiológicas: la inhabilidad para el coito".

[22] Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 4 octubre 1949, "G. J.", t. LXV, núms. 2077-2078, pág. 678, C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 7 junio 1976, "G. J.", t. CLLII [*sic*], núm. 2393, pág. 274. En la misma línea, Pérez, *Derecho penal colombiano, op. cit.*, pág. 332. Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial, op. cit.*, pág. 331.

[23] Arenas, *Comentarios..., op. cit.*, pág. 158.

[24] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 8 septiembre 1961, "G. J.", t. XCVII, núms. 2246-2247-2248-2249, pág. 302.

[25] Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial, op. cit.*, pág. 331.

[26] Pérez, *Derecho penal colombiano, op. cit.*, pág. 332.

[27] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 13 septiembre 1957, "G. J.", t. VXXXVI [*sic*], núms. 2186-2187, pág. 225.

La tercera modalidad comisiva consagrada también en el inciso 2º del artículo 316, se configuraba al tener acceso carnal con una persona puesta en estado de inconsciencia[28]. Respecto a esta modalidad, la Corte Suprema de Justicia CSJ hizo —en su momento— algunas precisiones y aclaraciones.

En primer lugar, para la Corte se trataba de una comisión violenta de acceso carnal. Violencia, que según esta Corporación, era presunta[29] y, además, podía ser natural o accidental. Así, la violencia presunta se presentaba cuando una persona accedía carnalmente a otra aprovechándose de que esta no podía resistirse o luchar para repeler el ataque, porque padecía de una condición que se lo impedía o porque había sido puesta en ese estado. En la primera hipótesis se estaría en sede de una violencia presunta por causa natural, definida por la CSJ de la siguiente manera: "Si una persona abusa sexualmente de otra aprovechando la idiotez, el sonambulismo, la senilidad o la demencia de la misma, habría cometido un delito de violación presunta por causa natural"[30]. Mientras que la segunda hipótesis se presentaría en los casos en que "la situación de la víctima (sueño, hipnosis, embriaguez) proviene de la actividad de quien consuma el hecho"[31]. En este caso, la violencia sería presunta por causa accidental y compulsiva, pero si ese estado de la víctima era causado por otra persona, diferente al sujeto activo de la conducta, la violencia sería igualmente presunta por causa accidental, pero inductiva[32].

Y, en segundo lugar, según la Corte Suprema de Justicia: "[...] es indiferente para la perfección del delito que la víctima se encuentre colocada en la imposibilidad defensiva por causas ajenas a la voluntad del autor, o que haya sido él mismo quien la puso en condiciones que le facilitarían la realización del acto, anulando toda resistencia y capacidad de lucha

[28] Sobre los trastornos de la conciencia en relación con esta modalidad de violencia carnal, véase Pérez, *Derecho penal colombiano, op. cit.*, pág. 333, para quien solo se podía considerar estado de inconsciencia, en el sentido del tipo penal, era el estado comatoso provocado por alcohol, drogas u otros tóxicos, por el psicoanálisis, narcoanálisis etc. El sueño natural no era considerado un estado de inconsciencia a la luz del tipo penal. En la misma línea, véase Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial, op. cit.*, pág. 332. Arenas, *Comentarios..., op. cit.*, págs. 160-161.

[29] Al respecto, véase Pérez, *Derecho penal colombiano, op. cit.*, pág. 332.

[30] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 15 noviembre 1955, "G. J.", t. LXXXI, núms. 2160-2161, pág. 820.

[31] Ibíd.

[32] Ibíd.

del sujeto pasivo"[33], aunque de la propia disposición, se pudiese inferir que el delito solo se configuraba si era el propio sujeto activo el que ponía en esta posición a la víctima[34].

No obstante lo anterior, esta afirmación contraría la posición doctrinal al respecto y, sobre todo, el tenor literal de la ley, porque el artículo 319 del Código Penal de 1936 consagraba el delito de *estupro*, que se configuraba teniendo acceso carnal con una persona que se hallara en estado de inconsciencia. La diferencia entre el acceso carnal con persona puesta en estado de inconsciencia y el estupro, radicaba en el menor desvalor de acción objetivo que tenía el segundo, frente al primero. Ello porque, en palabras de Arenas: "[...] objetiva y subjetivamente es más grave poner a otro en estado de inconsciencia para practicar el acceso carnal, que aprovecharse de ese estado de inconsciencia que no ha sido provocado por el sujeto pasivo"[35]. Y esta diferencia es la que no resalta, ni menciona, la Corte Suprema en la sentencia citada, que —al hacer referencia solo a la violencia carnal— parecería estar integradas estas dos modalidades comisivas al inciso 2º del artículo 316 del Código Penal de 1936.

B) *Código Penal de 1980*[36]: *delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (arts. 298 y 303)*

El artículo 298 del Código Penal de 1980 consagraba el delito de acceso carnal violento, de la siguiente manera: "El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia [...]". Con respecto al artículo 316 del Código Penal de 1936, se dan varios cambios. Así, el verbo rector cambia: en el Código Penal de 1936 era *someter*, en el de 1980, *realizar*. Por otra parte, el tipo de 1936 hacía explícito que el medio comisivo de la conducta era la violencia, mientras que, en la disposición normativa de 1980, la violencia ya formaba parte de la propia denominación que se le daba al delito. Sin embargo, el cambio más importante, a nuestro juicio, es el hecho de que en el tipo penal de 1980 se eliminó la expresión "sin su consentimiento".

[33] Ibíd.

[34] La segunda parte del inc. 2º del art. 316 del C. P. de 1936 consagraba lo siguiente: "[...] o con persona *a la cual haya puesto* por cualquier medio en estado de inconsciencia" (cursivas fuera de texto).

[35] Arenas, *Comentarios..., op. cit.*, pág. 160.

[36] Decr. 100 de 1980 que entró en vigencia el 1º de enero de 1981.

Con respecto a los elementos constitutivos del tipo, la doctrina continuó definiendo acceso carnal, como "la introducción del órgano masculino en cavidad natural de la víctima [...]"[37]. Las definiciones de la violencia (física y psíquica), como elemento constitutivo, o medio de comisión de la conducta de acceso carnal, no sufrieron variaciones[38]. Se continuó entendiendo que había dos manifestaciones de la violencia (física y psíquica o moral) y que el ejercicio de esta le impedía a la víctima oponer resistencia. Sin embargo, se complementó el concepto de violencia con la interpretación de que a través de esta se genera una ausencia de consentimiento[39]. Elemento que, como se mencionó anteriormente, fue eliminado del tipo penal en el Código Penal de 1980. Con ello no se pretende afirmar que antes no se diera esta relación, sino que con la eliminación del consentimiento del tipo, surgió la necesidad de hacerla más explícita.

Por otra parte, en texto legal de 1936, las conductas violentas y abusivas se encontraban reunidas en el analizado artículo 316, respondiendo a la necesidad de penarlas del mismo modo[40], como modalidades comisivas de la conducta de violencia sexual. El Código Penal de 1980 separó estas conductas entre violentas y abusivas; es decir, según el modo comisivo o el medio para cometer el acceso carnal[41], porque "[...] se estimó, con razón, que ontológica no jurídicamente podía sostenerse que este acto fuese violento [...]"[42].

[37] LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. V, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1991, pág. 28, que, cambiando de parecer (véase *infra*, nota 52) afirma que cuando la introducción se realiza por la boca, no se configura un acceso carnal. En el mismo sentido, JORGE ENRIQUE VALENCIA, *Estudios de derecho penal especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989, págs. 279-284. En contra de ello, LUIS FERNANDO TOCORA, *Derecho penal especial*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1984, pág. 161.

[38] ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *Manual de derecho penal especial*, 3ª ed., Medellín, 1987, pág. 477; TOCORA, *Derecho penal especial*, *op. cit.*, págs. 162-164; VALENCIA, *Estudios de derecho penal especial*, *op. cit*., págs. 305-309; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987, págs. 80-89.

[39] PÉREZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 29-30. Sobre este tema volveremos más adelante (*infra* 4).

[40] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 4 agosto 1987, "G. J.", t. CLXXXIX, núm. 2428. Salvamento de voto del magistrado Pedro Manuel Mercado, pág. 120.

[41] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 26 septiembre 2000, rad. 13466, pág. 30. En la misma línea, ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 343.

[42] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 26 septiembre 2000, rad. 13466, pág. 39.

Así, en el artículo 298 estaba consagrado el acceso carnal violento (primera modalidad comisiva del art. 316), en el artículo 303 el acceso carnal abusivo con menor de catorce años (segunda modalidad comisiva del art. 316) y en el artículo 300 el acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (tercera modalidad comisiva del art. 316 del C. P. de 1936)[43].

El artículo 303 del Código Penal de 1980 rezaba lo siguiente: "El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años [...]". El único cambio que hubo en la redacción del tipo penal, frente a la disposición de 1936 (art. 316, inc. 2º), fue el verbo rector. Al igual que de la redacción del anterior tipo, tampoco se podía inferir el papel que desempeñaba el consentimiento del sujeto pasivo en la configuración de la conducta[44] y de ello se encargó, de nuevo, la Corte Suprema de Justicia.

En primer lugar, esta Corporación resaltó que lo que se castigaba por medio de la pena consagrada en el artículo 303 del Código Penal de 1980, era el hecho de aprovecharse de la condición de "inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor"[45], reafirmando la jurisprudencia en la materia, referente a que —en estos casos— se presume la incapacidad del menor para dar su consentimiento o la invalidez de este[46].

Además de ello, en segundo lugar, precisó también que para la configuración de este tipo penal no se requería violencia alguna. Precisión esta que nunca se hizo respecto a la segunda modalidad comisiva del artículo 316 del Código Penal de 1936. Así, la CSJ afirmó que el sujeto activo "no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor no presenta[47]". De ello se desprende, como bien lo afirma la Corte, que si la persona menor de catorce años se opone, es decir, no consiente a mantener el encuentro sexual, habría violencia y se configuraría el tipo penal del artículo 298:

[43] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 4 agosto 1987, "G. J.", t. CLXXXIX, núm. 2428. Salvamento de voto del magistrado Pedro Manuel Mercado, pág. 120.

[44] Como bien lo afirma Luis Carlos Pérez: "El artículo 303 incrimina todo acceso carnal en persona menor de catorce años, sin especificar si esos actos fueron consentidos o no". Pérez, *Derecho penal*, *op. cit*., pág. 51.

[45] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 8 marzo 1988, "G. J.", t. CXCIII, núm. 2432, pág. 163.

[46] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 26 septiembre 2000, rad. 13466, págs. 7 y 39.

[47] Ibíd.

> "[...] cuando el menor de catorce años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por su víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le impide una mayor reprobación y por ende un castigo más severo"[48].

Así, en el Código Penal de 1980, el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, dejó de ser una modalidad de violencia sexual y pasó a formar parte de la nueva clasificación, creada por ese texto normativo, relativa a los delitos sexuales abusivos, por tratarse de una conducta de aprovechamiento en la que no media violencia alguna.

C) *Código Penal del 2000[49]: delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (arts. 205 y 208)*

El artículo 205 del Código Penal del 2000 consagra el acceso carnal violento de la misma manera en que lo hacía el artículo 298 del Código Penal de 1980. Así mismo, el artículo 208 (acceso carnal abusivo con menor de catorce años) reproduce, en su totalidad, el artículo 303 del estatuto penal de 1980.

Los elementos constitutivos del acceso carnal violento (C. P. de 2000 art. 205), siguen siendo los mismos: acceso carnal, violencia como medio comisivo y ausencia de consentimiento, que se deriva de la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se hace de la violencia como manifestación de la ausencia de consentimiento[50].

Sin embargo, el concepto de violencia como manifestación clara de la ausencia de consentimiento y la forma de entender los tipos de violencia

[48] Ibíd., págs. 163-164. En la misma línea, Ortiz Rodríguez, *Manual de derecho penal especial*, *op. cit*., pág. 490; Tocora, *Derecho penal especial*, *op. cit*., pág. 180.

[49] Ley 599 de 2000 que entró en vigencia el 24 de julio de 2001.

[50] Francisco José Ferreira, *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 2006, pág. 298. "Dos elementos se desprenden del artículo 205 para la violación: a) Cópula o acceso carnal o coito realizado, b) Obtenido son consentimiento mediante violencia física o psíquica". Édgar Escobar López, *Los delitos sexuales*, Bogotá, Leyer, 2013, págs. 228-22; Correa Flórez, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales"..., *op. cit.*, pág. 43. Sobre el concepto de violencia, C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 6 mayo 2015, rad. 43880, pág. 21.

(física y moral), han sido complementados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En primer lugar, la Corte Suprema ha creado —por medio de su jurisprudencia— estándares individualizadores para analizar la concurrencia de la violencia tanto física como psíquica[51]. Al respecto, ha establecido que "el factor de la violencia debe ser valorado por el juez desde una perspectiva *ex ante*; esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el comportamiento típico, y en atención, además, a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida"[52]. En segundo lugar, en la misma línea, las definiciones de violencia física y moral se han complementado con esta idea de análisis individualizadores para establecer su concurrencia. Para ello, la Corte Suprema parte de la base de que la violencia debe entenderse en un sentido normativo y no ontológico y, por ello, "es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso concreto en particular [...]"[53].

Con fundamento en lo anterior se puede afirmar que la Corte Suprema aboga ahora por tener en cuenta a la víctima y sus particularidades y el contexto específico en el que tienen lugar los hechos, a la hora de establecer la concurrencia de este factor, dejando de lado el concepto rígido de violencia "necesaria para minar la voluntad y reducir la capacidad de resistencia" que manejaba esta Corporación en el pasado.

Ahora bien, el Código Penal del 2000 trajo consigo un importante cambio normativo que implicó, en su momento, que la jurisprudencia reformara su postura. El artículo 212 consagra una definición de acceso carnal, previsión normativa esta que no existía en los códigos anteriores. Pero la novedad no radica en el simple hecho de la existencia de una norma de definición, sino en el contenido de la definición misma. Así, el citado artículo define acceso carnal como "la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier parte del cuerpo humano u otro objeto".

[51] Anteriormente, la jurisprudencia solo hacía referencia a análisis individualizadores; es decir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en materia de violencia moral.

[52] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 23 enero 2008, rad. 20413, pág. 12.

[53] Ibíd.

Definición esta que, además, influye directamente en la cualificación, o no, del sujeto activo. Esto lo analizaremos, de manera detallada, más adelante (*infra*, 3).

Respecto al acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no se dan mayores cambios en lo normativo, ni en el campo jurisprudencial. Se sigue entendiendo que no se trata de una conducta violenta, sino de "aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que ponen en evidencia su incapacidad o imposibilidad para dar el asentamiento sexual o para la comprensión del acto en sí mismo [...]"[54]. Condiciones además que fundamentan la presunción de ausencia de consentimiento[55].

3. EVOLUCIÓN

A) *Particularidades referentes a la definición de acceso carnal y al sujeto activo*

La definición de acceso carnal ha tenido una importante evolución tanto jurisprudencial como normativa. La importancia del concepto de acceso carnal, en este ámbito, radica en que de este se van a desprender, primero, la cualificación, o no, tanto de los sujetos activos como pasivos, y segundo, como es evidente, las conductas que se consideran acceso carnal.

Como se mencionó anteriormente bajo los códigos penales de 1936 y 1980, tanto la jurisprudencia como la doctrina, entendían por acceso carnal la introducción del miembro viril por la vagina o el ano[56]. Sin embargo, algún sector de la doctrina consideraba que también se configuraba el acceso carnal cuando la introducción del asta viril se realizaba por la boca[57]. Pero más allá de esta discusión, lo relevante de esta definición era el hecho de que se cualificaba, implícitamente, al sujeto activo. En otras palabras, si el acceso carnal violento se configuraba

[54] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 7 septiembre 2005, rad. 18455, pág. 18.

[55] Ibíd., pág. 23. Sobre ello volveremos más adelante (*infra* 4). En la misma línea, véanse CORREA FLÓREZ, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales"..., *op. cit.*, pág. 45; PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Delitos sexuales*, Bogotá, Edic. Doctrina y Ley, 2005, pág. 374.

[56] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 29 noviembre 1965, "G. J.", t. CXIII, núms. 2278-2279, pág. 401. En la misma línea, véase *supra*, nota 36.

[57] Véase PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, *op. cit.*, pág. 329.

con la introducción del asta viril o falo, el sujeto activo de la conducta solo podía ser un hombre por obvias razones de índole anatómico.

Ahora bien, tanto la Corte Suprema como la doctrina han coincidido siempre en que el sujeto pasivo podía ser un hombre o una mujer[58]. Y ello, porque al entender el acceso carnal como la introducción del pene, tanto por el ano como por la vagina, el sujeto pasivo puede ser un hombre, en caso de ser accedido por el ano, o una mujer que puede ser accedida por cualquiera de las dos vías.

El artículo 212 del Código Penal del 2000, introdujo el mayor cambio, antes citado, porque al establecer que por acceso carnal se entiende la introducción del pene por vía anal, vaginal u oral y la penetración de cualquier otra parte del cuerpo u otro objeto por vía vaginal o anal, se supera, en primer lugar, la discusión doctrinal referente a si la introducción del asta viril por la boca configura o no acceso carnal. Y así lo deja claro la Corte Suprema:

> "La hipótesis delictiva definida en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, permite advertir [...] que para la efectiva materialización del comportamiento solo es menester la realización del «acceso carnal mediante violencia», esto es, que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarle a permitir la *penetración anal, vaginal u oral del miembro viril*, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano por vía anal o vaginal"[59] (cursivas fuera de texto).

En segundo lugar, y quizá lo más importante, se supera la definición heteronormativa anterior; y se dice que era heteronormativa porque de ella se desprendía que era solo el hombre el que podía realizar un acceso carnal[60]. Así, el artículo 212 al establecer que el acceso carnal se puede realizar, además de con el órgano masculino, con otra parte del cuerpo u otro objeto, abre la posibilidad a que una mujer pueda ser sujeto activo

[58] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 29 noviembre 1965, "G. J.", t. CXIII, núms. 2278-2279, pág. 401; C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 17 septiembre 2008, rad. 21961, pág. 41. "Es por ello [por lo] que la introducción del asta viril puede ser parcial o total, y por vía oral, anal o vaginal del mismo o heterogéneo sexo". En la misma línea, Gutiérrez Jiménez, *Derecho penal especial*, *op. cit.*, pág. 328.

[59] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 4 marzo 2009, rad. 23909, pág. 12.

[60] Para una ampliación de nuestra postura en este tema en concreto, véase Correa Flórez, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales"..., *op. cit.*, págs. 39-40.

de un acceso carnal violento[61]. Hipótesis de ello sería la mujer que accede a un hombre, o a otra mujer, con los dedos o con un objeto, o la mujer que genera en un hombre la erección y se autopenetra[62].

Sin embargo, esta discusión no parece estar superada del todo en sede jurisprudencial. Aún hay jurisprudencia que versa sobre las disposiciones del Código Penal del 2000, donde se continúa afirmando que el único sujeto activo del acceso carnal puede ser el hombre, dando una definición muy similar a la que se daba en la jurisprudencia relativa a los códigos penales anteriores: "El acceso carnal se entiende como la penetración del órgano masculino en el femenino [...]"[63].

4. El consentimiento y la violencia

Como se mencionó anteriormente, el artículo 316 del Código Penal de 1936 consagraba el consentimiento como un elemento del tipo penal, mientras que las disposiciones referentes al acceso carnal en los códigos de 1980 y 2000 no lo hacían.

Podría pensarse que fue un error de los legisladores posteriores el eliminar la referencia explícita a la ausencia del consentimiento del texto legal; sin embargo, esto se explica por la relación, que por demás ha existido siempre, entre la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo y la violencia como medio comisivo del sujeto activo. En palabras de Arenas: "[...] la violencia implica la falta de consentimiento del sujeto pasivo"[64].

Esta relación existente entre la violencia y el consentimiento ha sido puesta de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia. Esta Corporación afirma que "[...] cuando en el acto de voluntad ha mediado la violencia [...]"[65], no se puede excluir la tipicidad de la conducta por la existencia del consentimiento, porque "lo tutelado en particular mediante este delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de

[61] Barrera Domínguez, *Delitos sexuales, op. cit.*, pág. 77; Cancio Meliá, "Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual...", *op. cit.*, pág. 79; Correa Flórez, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales...", *op. cit.*, pág. 37. En contra de ello, Ferreira, *Derecho penal especial, op. cit.*, pág. 299.

[62] Al respecto, véase Correa Flórez, "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales...", *op. cit.*, pág. 37.

[63] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 17 septiembre 2008, rad. 21691, pág. 41.

[64] Arenas, *Comentarios al Código Penal colombiano, op. cit.*, pág. 154.

[65] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 23 septiembre 2009, rad. 23508, pág. 31.

su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea"[66].

Como ya ha quedado explícito, la función de la violencia es minar la voluntad del sujeto pasivo para poder realizar la relación sexual y eso constituye una interferencia que le impide elegir o consentir libremente el encuentro. Incluso, si el medio utilizado es la violencia moral y se da una *aceptación* del sujeto pasivo por temor a las amenazas constitutivas de esta modalidad de violencia, no existe consentimiento, ya que "[...] la aquiescencia física no corresponde, tampoco, a la determinación libre de realizar el acto"[67].

Y no se requiere que la violencia anule la voluntad del sujeto. En este sentido, es relevante recordar las palabras de la Corte Suprema al respecto:

> "Siendo la violencia carnal un delito contra la libertad del individuo en la esfera de las relaciones sexuales, no ocurre que la violencia física, ejercida para constreñir la unión de los sexos, opere de tal modo que anule la voluntad del ofendido, sino que es suficiente que coarte su voluntad"[68].

En ese orden de ideas, cuando no hay interferencias en la voluntad del sujeto pasivo, la relación no es constitutiva de delito, incluso existiendo violencia; en otras palabras, cuando la violencia no está dirigida a interferir en la voluntad del sujeto pasivo. Es decir, no es un medio para cometer el acceso carnal, sino un simple ingrediente, elegido por ambas partes, de la relación sexual, no habría tipicidad objetiva, ni subjetiva y, por ende, no habría responsabilidad penal alguna.

Ahora bien, la definición constante de violencia que ha dado la Corte Suprema sobre la violencia o, en otras palabras, la función que siempre se le ha asignado a esta, es la de reducir la capacidad de oponer resistencia por parte de la víctima. De ella se ha derivado una interpretación doctrinal, a nuestro juicio errada, que para que se configure el delito, la víctima debe oponer resistencia, porque de lo contrario habría una manifestación del consentimiento. Así, por ejemplo, Pérez sostiene

[66] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 4 marzo 2009, rad. 23909, págs. 12-13.

[67] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 28 marzo 1966, "G. J.", t. cxv, núm. 2280, pág. 267. Esto ha sido recogido por el art. 212A del Código Penal de 2000.

[68] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1973, "G. J.", t. clii, núm. 2393, pág. 516.

que "[...] la repulsión de la víctima debe mantenerse hasta el final"[69]. En la misma línea se encuentra la afirmación de Arcila: "La resistencia de la mujer debe haber sido real [...]"[70]. La idea queda perfectamente plasmada en las palabras de Barrera Domínguez: "Para que exista violencia física constitutiva del delito examinado es menester que la víctima haya opuesto una resistencia seria y continuada"[71]. Así las cosas, partiendo de este errado planteamiento, habría consentimiento cuando la víctima no opone una resistencia seria y continuada contra la agresión, porque esto implica la no configuración de la violencia y, por ende, la voluntad de la víctima no estaría doblegada.

Esta interpretación doctrinal ha generado el mito referente 1) a que existe un deber de oponer resistencia por parte de la víctima para que se configure la violencia que mina la voluntad, impuesto a nivel jurisprudencial, y 2) a que dicho deber constituye una regla de la experiencia. Ello se ve claramente reflejado en la sentencia de la Corte Suprema del 13 de mayo de 2009, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos: "[...] la violencia que se predica en la actuación del procesado se evapora frente a la regla de la experiencia que supone la acción beligerante, o por lo menos defensiva o evasiva de la persona que está *ad portas* de ser agredida sexualmente"[72], porque la violencia debe ser "[...] idónea para franquear la resistencia *seria y continuada* de las víctimas frente a unos actos que, se supone, no deseaban realizar"[73]. Y agrega: "[...] entre agresor y agredido debe mediar una lucha [...]"[74].

Pero ello no puede estar más lejos de la realidad. En primer lugar, este "deber" de la víctima no constituye una regla de la experiencia. De hecho, los propios salvamentos de voto de la sentencia del 2009, citada anteriormente, ponen de manifiesto el error del ponente al afirmar tal cosa. Así, el magistrado Sigifredo Espinosa afirma, y con razón:

> "La decisión, para desvirtuar el testimonio coincidente de las dos víctimas de los delitos, construye una regla de la experiencia que no parece serlo carecer de las notas de generalidad y reiteración que le son consustanciales"[75].

[69] Pérez, *Derecho penal colombiano*, *op. cit.*, pág. 331.

[70] Arcila, *El delito sexual...*, *op. cit.*, pág. 70.

[71] Barrera Domínguez, *Delitos sexuales*, *op. cit.*, pág. 82.

[72] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 13 mayo 2009, rad. 29308, pág. 27.

[73] Ibíd., pág. 25.

[74] Ibíd., pág. 17.

[75] Ibíd., Salvamento de voto del magistrado Sigifredo Espinosa, pág. 35.

Y en la misma línea se encuentra la postura del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés, a quien asiste la razón al aclarar:

> "[...] la ausencia de un acto de defensa por parte de la víctima, como el que exige la sentencia, no puede tenerse, *contrario sensu*, como una regla con validez casi científica que permita inferir el consentimiento de la mujer hacia el acceso carnal"[76].

Y ello es así porque, al entender la idea de que la víctima debe ejercer oposición y resistencia seria y continuada, para poder hablar de la existencia de una agresión de índole sexual, se está dejando de lado el hecho cierto de que no todas las personas son iguales y no todas reaccionan de la misma manera ante agresiones. En este sentido se expresa la magistrada María del Rosario González en su salvamento de voto:

> "[...] dicha afirmación se muestra ajena a la individualidad propia de las víctimas, en cuanto exige de ellas un proceder que no necesariamente corresponde al asumido por quienes en tales circunstancias se encuentran [...]"[77].

De la misma manera lo manifiesta el magistrado Quintero:

> "En el ámbito del comportamiento sexual del individuo no puede pregonarse una respuesta similar en todos los casos, pues violatorio de la dignidad humana sería presumir que la no oposición de una resistencia con determinadas características a la violencia sexual equivalga al consentimiento del perjudicado"[78].

Y, en segundo lugar, no existe un deber de la víctima de acceso carnal de repulsa, para que se configure la violencia. Si eso fuera así, habría una presunción del consentimiento del sujeto pasivo, inaceptable en materia de agresiones sexuales violentas. Como bien lo afirma la Corte Suprema, la violencia "[...] por lo demás, no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima"[79].

Además de ello, obligar a la víctima a oponer resistencia, implica forzarla a poner en riesgo su propia vida e integridad. En palabras de la Corte Suprema:

[76] Ibíd., Salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quintero M., pág. 55.

[77] Ibíd., Salvamento de voto de la magistrada María del Rosario González de Lemos, pág. 48.

[78] Ibíd., Salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quintero M., pág. 57.

[79] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 23 septiembre 2009, rad. 23508.

> "Aunque fuera dado admitir que ya para la consumación misma del acceso o de los accesos carnales [la víctima] no prestó resistencia y pasivamente soportó los sucesivos atropellos sexuales [...] no por ello cabría hablar de la inexistencia del delito por desintegración de sus elementos constitutivos, ya que la pasividad de la ofendida, o mejor, su resignación, si la hubo, no destruye la lógica inferencia de que su conducta fue la resultante de la inhibición y del temor, por los antecedentes inmediatos de violencia y su natural presunción de que la resistencia, a más de inútil, tenía que ser temeraria"[80].

De esto no se desprende, en ningún momento, que la víctima no se pueda defender. Una cosa es que la víctima esté en su derecho de ejercer una acción defensiva en contra de su agresor y otra diferente obligarla a oponer resistencia para que se configure el tipo penal.

A nuestro juicio, esta errada interpretación se da porque se confunde el hecho de que la violencia debe ser la necesaria para vencer la resistencia y la voluntad de la víctima, con la idea de que para que se configure la violencia debe haber resistencia. Idea esta que, como es claro, no surge en sede jurisprudencial.

Por otra parte, como ya se mencionó, se ha entendido siempre que cuando se realiza el acceso carnal con un menor de catorce años, se presume que el sujeto pasivo está en incapacidad de dar su consentimiento, por falta de madurez, de capacidad de emitir un juicio y porque antes de los catorce años no parece ser la edad indicada para iniciarse en la vida sexual. Se trata de una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario, como lo ha afirmado en reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, el acceso carnal violento se configura cuando no hay consentimiento por parte del sujeto pasivo, mientras que el acceso carnal abusivo con menor de catorce años tiene lugar, aunque este haya dado su consentimiento porque este se presume inválido. Esto implica que estas normas han buscado proteger siempre la formación y el desarrollo sexual libre de interferencias tempranas.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que el consentimiento cumple, al menos, dos funciones claras en materia de delitos sexuales: la primera, actuar como elemento diferenciador entre

[80] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. 26 julio de 1960, "G. J.", t. XCIII, núms. 2329-2329, págs. 449-450.

los delitos sexuales violentos y abusivos, y la segunda, determinar la tipicidad o atipicidad de los primeros. Atipicidad que no se configura cuando la persona no opone resistencia frente al ataque.

5. Conclusiones

Los delitos de acceso carnal violento y abusivo han tenido una interesante evolución a lo largo de los últimos setenta años, durante la vigencia de tres códigos penales diferentes.

En primer lugar, el acceso carnal pasó de ser un delito con un sujeto activo cualificado, por la vía de la definición jurisprudencial y doctrinal, a ser un delito con un sujeto activo indeterminado, debido a la inclusión de la definición no heteronormativa, contenida en el artículo 212 del Código Penal del 2000. Ello es, a nuestro juicio, uno de los mayores cambios que ha sufrido el acceso carnal violento. La forma de entender la violencia, por su parte, no ha tenido mayores cambios. Sin embargo, la exclusión de la necesidad de ausencia de consentimiento del tipo penal en el Código de 1980, obligó a reafirmar una interpretación que antes era innecesaria: la violencia es el medio para minar la capacidad de consentir del sujeto pasivo. Así, se estableció claramente una relación entre violencia y consentimiento (C. P. de 2000, art. 212A).

Ahora bien, el acceso carnal abusivo con menor de catorce años no ha tenido mayores variaciones. Sin embargo, en el Código Penal de 1980 pasa de ser una modalidad comisiva de la violencia carnal, para convertirse en un tipo penal autónomo, cuyo fundamento ya no es la violencia, sino el hecho de aprovecharse de la edad del sujeto pasivo. El consentimiento de este se presume inválido siempre, convirtiéndose en un delito sexual abusivo. La mencionada presunción ha sido detalladamente explicada y analizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Dicha jurisprudencia ha tenido un papel fundamental a la hora de aclarar conceptos relativos a los elementos constitutivos de los delitos estudiados y las diferencias existentes entre ellos. En este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido una pieza clave para entender que cuando el sujeto pasivo es menor de catorce años siempre se configura el acceso carnal abusivo, pero que si en el acceso media violencia ya se estaría en sede de un acceso carnal violento. Diferenciación importante, ya que erradamente se suele creer que, como

el sujeto pasivo es menor de catorce años, siempre se está en sede de un abuso invisibilizándose la violencia[81].

Por otra parte, queda claro también que la exigencia de lucha, resistencia, etc., del sujeto pasivo en materia de delitos sexuales, no es una interpretación (requisito) jurisprudencial, ni una regla de la experiencia. Se trata de una construcción doctrinal basada, a nuestro juicio, de una mala interpretación de la definición de violencia dada por la jurisprudencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

A) *Jurisprudencia*

C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 21 mayo 1945, "G. J.", t. LIX, núms. 2019-2010-2021.

— Sala de Casación Penal, sent. de 4 octubre 1949, "G. J.", t. IXV [*sic*], núms. 2077-2078.

— Sala de Casación Penal, sent. de 23 junio 1953, "G. J.", t. LXXXV, núm. 2130.

— Sala de Casación Penal, sent. de 6 abril 1954, "G. J.", t. LXXVII, núm. 2140.

— Sala de Casación Penal, sent. de 15 noviembre 1955, "G. J.", t. LXXXI, núms. 2160-2161.

— Sala de Casación Penal, sent. de 13 septiembre 1957, "G. J.", t. VXXXVI [*sic*], núms. 2186-2187.

— Sala de Casación Penal, sent. de 26 julio 1960, "G. J.", t. XCIII, núms. 228-2229.

— Sala de Casación Penal, sent. de 8 septiembre 1961, "G. J.", t. XCVII, núms. 2246-2247-2248-2249.

— Sala de Casación Penal, sent. de 29 noviembre 1965, "G. J.", t. CXIII, núms. 2278-2279.

— Sala de Casación Penal, sent. de 28 marzo 1966, "G. J.", t. CXV, núm. 2280.

— Sala de Casación Penal, sent. de 7 junio 1976, "G. J.", t. CLLII [*sic*], núm. 2393.

— Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393.

[81] Al respecto, véase CORREA FLÓREZ, "Dos problemáticas a la hora de imputar los delitos sexuales"..., *op. cit.*, págs. 21-54.

— Sala de Casación Penal, sent. de 4 agosto 1987, "G. J.", t. CLXXXIX, núm. 2428.

— Sala de Casación Penal, sent. de 8 marzo 1988, "G. J.", t. CXCIII, núm. 2432.

— Sala de Casación Penal, sent. de 26 septiembre 2000, rad. 13466.

— Sala de Casación Penal, sent. de 7 septiembre 2005, rad. 18455.

— Sala de Casación Penal, sent. de 23 enero 2008, rad. 20413.

— Sala de Casación Penal, sent. de 17 septiembre 2008, rad. 21691.

— Sala de Casación Penal, sent. de 4 marzo 2009, rad. 23909.

— Sala de Casación Penal, sent. de 13 mayo 2009, rad. 29308.

— Sala de Casación Penal, sent. de 23 septiembre 2009.

— Sala de Casación Penal, sent. de 6 mayo 2015, rad. 43880.

B) *Doctrina*

Arcila González, Antonio: *El delito sexual en la legislación colombiana*, 2ª ed. Bogotá, Edic. Caravana, 1959.

Arenas, Antonio Vicente: *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte Especial, t. II, Bogotá, 1960.

— *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986.

Barrera Domínguez, Humberto: *Delitos sexuales*, 2ª ed. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987.

Cancio Meliá, Manuel: "Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 70, Universidad Externado de Colombia, en *http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero70/manuelCancio.pdf*.

Correa Flórez, María Camila: "Dos problemáticas a la hora de realizar la imputación de los delitos sexuales: algunos apuntes", en Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez y María Camila Correa Flórez (coords.): *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia*, vol. 2, Bogotá, Universidad de los Andes - Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

Escobar López, Édgar: *Los delitos sexuales*, Bogotá, Leyer, 2013.

Ferreira, Francisco José: *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 2006.

Gutiérrez Jiménez, Luis: *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965.

ORTIZ RODRÍGUEZ, ALFONSO: *Manual de derecho penal especial*, 3ª ed. Medellín, 1987.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO: *Delitos sexuales*, Bogotá, Edic. Doctrina y Ley, 2005.

PACHECO OSORIO, PEDRO: *Derecho penal especial*, t. II. Bogotá, Edit. Temis, S.A., 1970.

PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal colombiano*, Parte especial, vol. II. Bogotá, Edit. Temis, 1957.

— *Derecho penal*, t. V, 2ª ed. Bogotá, Edit. Temis, 1991.

TOCORA, LUIS FERNANDO: *Derecho penal especial*, 2ª ed. Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1984.

VALENCIA, JORGE ENRIQUE: *Estudios de derecho penal especial*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989.

Capítulo III

La presunción de premeditación en el homicidio, en la jurisprudencia entre 1890 y 1936[*]

Revisión de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

Ligia María Vargas Mendoza[**]
Juan Felipe Daza Lora[***]

Resumen. El Código Penal que estuvo vigente en Colombia entre 1890 y 1936 permitía a los jueces presumir que el autor de un homicidio lo había cometido actuando de manera premeditada. Esto, por supuesto, acaecía una mayor pena y daba paso al asesinato cuando se presentaba alguna otra causal de agravación punitiva.

Lo anterior fue eliminado del ordenamiento jurídico colombiano en materia penal, por lo que, analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se interpretó y aplicó la premeditación presunta, es posible hacer un esquema general de la figura en discusión, con sus requisitos y su alcance, así como una exposición del derecho penal de la época y los cambios que lo han moldeado hasta el día de hoy.

Palabras clave: premeditación, presunción, homicidio, voluntariedad, asesinato, calificación, agravación.

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.90

[**] Abogada de la Universidad de los Andes, Bogotá. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España y estudiante del doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la misma universidad. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional: "Cesare Beccaria".

[***] Abogado de la Universidad de los Andes, Bogotá. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España y estudiante del doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la misma universidad. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional: "Cesare Beccaria".

1. Introducción

El derecho penal, como cualquier otra rama del derecho, ha sufrido cambios radicales a lo largo del tiempo por diferentes razones. Por ejemplo, los cambios sociales, económicos y culturales han traído consigo nuevos riesgos, o al menos nuevas percepciones de riesgos, a la hora de tipificar conductas como delitos[1]. Además, la aplicación de la ley punitiva[2] se ha nutrido con la incorporación de las garantías adyacentes a los diferentes modelos de Estado. Esto, por consiguiente, ha significado cambios de enfoque al ponerse en marcha el ejercicio del *ius puniedi* estatal y ha obligado necesariamente a la revaluación de los elementos propios de esta rama del derecho.

Ahora bien, aunque la ley es la principal fuente de derecho usada en materia penal, los cambios legislativos suelen ser insuficientes para determinar cómo se complementa y se perfecciona la técnica sancionatoria. Frecuentemente se fomentan reformas legislativas en materia penal para calmar el clamor popular por una noción generalizada de justicia y no siguiendo un ejercicio de política criminal acorde con los fines del derecho penal ni con los fines del Estado. Así, si se quiere entender de manera detallada cómo se ha ido moldeando el ejercicio punitivo con el paso de los años, la mejor opción es tratar de entender cómo se interpretaban y se aplicaban esos preceptos legales en la jurisprudencia de la época.

En consecuencia, en este texto se analizará la premeditación en el período de vigencia del Código Penal de 1890[3] que terminó con la expedición del Código Penal de 1936[4], mediante la exposición de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de este período, con el fin de entender cuál era la interpretación legal realizada. Durante el desarrollo de la exposición se harán algunos comentarios referentes a la legislación actual con el objetivo de brindar una idea general sobre cuáles han sido los cambios con respecto a esta figura.

El Código Penal de 1890, promulgado mediante la Ley 19 del mismo año, era, en realidad, la recopilación de las normas existentes en

[1] Rafael Modesto Escobar Mercado, *Comentario a Ulrich Beck: la sociedad de riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002, pág. 2.

[2] David Garland, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de M. Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005, pág. 108.

[3] Ley 19 de 1890.

[4] Ley 95 de 1936, *Diario Oficial*, año lxxii, núm. 23316 de 24 de octubre de 1936.

la materia hasta la época, con base en el Código Penal de 1837. Sin embargo, este código fue duramente criticado en su momento por las incongruencias que presentaba[5], toda vez que no se trataba de una obra científica objetivamente estructurada, sino que era la suma de diferentes figuras, muchas opuestas entre sí, algunas de las cuales, al menos a la luz de los desarrollos actuales de la ciencia jurídico-penal, resultan cuando menos, llamativas. La premeditación es justamente una de ellas.

La premeditación es la idea de la acción criminal que se daba de manera previa a la realización de los delitos cuando había un resultado de muerte. Esta figura permite conocer un esquema teórico general de aquello que fundamentaba la intervención penal y la sanción a finales del siglo XIX. Se trataba de un elemento subjetivo del delito que, junto con el dolo y los demás elementos de este tipo, se analizaba en el acápite de la culpabilidad. Por esta razón, el análisis de la premeditación evidencia los rasgos de la Escuela Positiva del Derecho Penal que estaban presentes en el Código Penal de la época y constituía una de las influencias dogmáticas directas del Código Penal de 1890.

Durante la última mitad del siglo XIX existía una clasificación del dolo diferente a la que existe en la actualidad. De acuerdo con esa doctrina, la conducta delictiva podía cometerse, entre otras, con dolo de "ímpetu" o con dolo de "propósito"[6]. El primero era un dolo impulsivo, con el cual actuaba el sujeto cuando el delito era producto de una reacción desatada por una circunstancia externa que le impedía racionalizar su conducta, por ejemplo la ira, la indignación o la necesidad de defenderse; el segundo era un dolo reflexivo, aquel con el que actuaba el sujeto cuando había tenido tiempo suficiente para meditar su actuación y planearla, posiblemente con miras a dificultar la identificación del responsable y la acción de la justicia. A esta última clase de dolo estaba necesariamente ligada la premeditación, lo cual se veía reflejado en las distintas formas de homicidio que reconocía la ley penal, como se verá más adelante.

Así las cosas, este texto se centrará en dos aspectos. Se mostrará cómo definía la Ley 19 de 1890 la premeditación y qué consecuencias

[5] Afirma Velásquez Velásquez: "[...] Este estatuto fue duramente criticado y se adujo que presentaba incongruencias y aun contradicciones graves, lo que era apenas obvio, pues se trataba de una recopilación legislativa y no de una obra científica". Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Edic. Jurídicas Andrés Morales, 2013, pág. 267.

[6] Constancio Bernaldo de Quirós, *Derecho penal*, Parte general, Puebla, Edit. José M. Cajicá, 1949, pág. 146.

tenía para el sentenciado, según las disposiciones legislativas; de igual modo, se expondrá cómo la jurisprudencia presumía la premeditación cuando no contaba con los elementos para demostrar que efectivamente el delito se había cometido siguiendo un plan previo. Por tanto, se presenta una figura que, por tratarse de una circunstancia presunta, carecía de necesidad probatoria en la práctica judicial y se dejaba al arbitrio de la opinión del jurado, el cual, a partir del análisis de los hechos del caso concreto, determinaba si la conducta merecía un mayor reproche punitivo. Además, cabe resaltar que, en muchos de los casos estudiados, por tratarse de una presunción, el análisis jurídico realizado por la Corte al interpretar y aplicar este precepto legal fue vago.

A) *Presunción de la premeditación*

Para comprender en qué consistía la presunción en cuanto a la premeditación, es necesario analizar, primero, las disposiciones legislativas al respecto. La premeditación estaba presente en la Ley 19 de 1890 en dos artículos. En primer lugar, existía una disposición general en el artículo 117, que establecía:

> "En todo delito, se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en sus casos respectivos, las siguientes:
>
> "[...]
>
> "1. Las circunstancias constitutivas de un delito, o que le dan fisonomía especial, no han de tenerse en cuenta como agravantes o atenuantes, pues solo con este carácter entran las calificativas. Así, la premeditación, la sangre fría, crueldad, violencia o artificio que acompañe al homicidio, le dan a este distinto carácter".

Así, el homicidio premeditado constituía un delito autónomo frente al homicidio simple o simplemente voluntario, porque la premeditación no constituía una circunstancia agravante, sino que modificaba la estructura misma del delito, calificando la conducta.

En segundo lugar, la premeditación aplicada específicamente al delito de homicidio se encontraba consagrada en el artículo 584 de la misma ley, donde se establecía: "El homicidio es premeditado, cuando se comete voluntariamente, y ha sido precedido de una deliberación o resolución previa de cometerlo".

Definiendo así la premeditación, permitía que el jurado y el juez determinaran claramente con base en qué elementos probatorios consideraban

que había existido premeditación en el caso concreto, aunque esto no sucedía en todos los casos.

Así, la legislación penal colombiana de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX establecía que la premeditación era una consideración subjetiva que se realizaba con antelación a la ejecución de la conducta, que constituía la preparación del delito o el diseño de un plan criminal; lo que le daba un carácter diferenciado a la posterior ejecución del delito, puesto que se aumentaba la posibilidad de obtener el resultado criminal y se favorecía que este quedara en la impunidad. Por esta razón, para los delitos de homicidio, el que la conducta se realizara con premeditación significaba una calificante del delito que implicaba un reproche punitivo más severo, que si se hubiese dado de manera simplemente voluntaria.

Ahora bien, aunque la ley establecía que actuar premeditadamente calificaba el delito, la Corte Suprema de Justicia se opuso a esta noción y aseguró:

> "[...] no es posible que haya lugar a la confusión entre los hechos constitutivos y las circunstancias de un delito; en el de asesinato, por ejemplo, la premeditación y la alevosía no son elementos constitutivos de un crimen nuevo, sino circunstancias agravantes del homicidio"[7].

Esto significa que, para la Corte, la premeditación realmente no debía tenerse en cuenta como una calificante de la conducta, sino que, en cambio, debía entenderse como una circunstancia agravante, dado que el que se siga un plan delictivo previo no era suficiente para cambiar la naturaleza de la conducta, sino que simplemente presentaba un mayor desvalor de acción subjetivo. Ahora bien, ya sea que se entienda el castigo de la premeditación como una calificante o como una agravante, la importancia de la premeditación era que su presencia en la ejecución de un homicidio determinaba la pena aplicable en el caso concreto[8]. Además, la premeditación constituía uno de los elementos esenciales para que un delito se considerara un asesinato, que estaba sancionado con la pena capital, como se verá más adelante.

[7] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 22 agosto 1893, "G. J.", t. VIII, núms. 410-411, pág. 370.

[8] La pena del homicidio premeditado era una pena de presidio o privativa de la libertad en un establecimiento carcelario por un término de doce a dieciocho años, mientras que la pena del asesinato era la pena de muerte.

Hasta este punto se ha explicado en qué consistía la premeditación y cuáles eran las consecuencias de que se considerara que un homicidio había sido premeditado. Sin embargo, aún no se ha hecho referencia al aspecto más determinante para su aplicación. El artículo 585 del Código Penal de 1890 disponía:

> "El homicidio se presume premeditado, siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases que reconoce la ley. La intervención de riña, provocada o principiada por el homicida, no se opone, y antes justifica la premeditación".

Lo anterior implicaba que, al menos en principio, todo homicidio era un homicidio premeditado, salvo que la defensa lograra probar lo contrario durante el proceso penal. Así entonces, se trataba de una presunción legal que llevaba a los tribunales a afirmar que el sujeto había planeado el delito con anticipación y por esto debía dársele un reproche punitivo mucho más severo y, por lo mismo, era la defensa la que tenía la carga de probar que el sujeto había cometido un homicidio simplemente voluntario[9] y no premeditado, como se presumía.

Ahora bien, con base en esta presunción, la legislación penal de la época reconocía tres clases de homicidio. Dentro del proceso penal se debía demostrar si el homicidio había sido simplemente voluntario, dado que se había cometido en alguna de las circunstancias que contemplaba la ley, las cuales anulaban la presunción sobre la premeditación; si se trataba de un homicidio premeditado, o si, además de la premeditación, existía alguna de las circunstancias que determinaban que el sujeto fuera condenado por el delito de asesinato. A continuación, se verán algunos de los elementos que debían tenerse en cuenta para determinar a qué tipo penal se adecuaba la conducta.

B) *Requisitos de la premeditación*

Dado que se presumía que el delito se realizaba de manera premeditada cuando no se conseguía probar que la conducta había sido ejecutada de alguna otra forma, para definir qué se requería para que se considerara que el delito había sido premeditado, es preciso analizar cuáles eran

[9] El art. 587 del C. P. de 1890 regulaba las circunstancias en las cuales el homicidio se consideraba simplemente voluntario, en oposición al homicidio premeditado. Dentro de ellas se encontraban los casos de provocación, violencia o deshonra al sujeto o a alguno de sus familiares cercanos. De acuerdo con el art. 597, el homicidio simplemente voluntario tenía una pena de presidio de ocho a doce años.

las causales que descartaban la premeditación, por lo que es necesario remitirse al artículo 587 de la Ley 19 de 1890, el cual establecía:

> "El homicidio se repunta simplemente voluntario cuando se comete mediando alguna de las circunstancias siguientes:
>
> "1. Por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida, o a su padre o madre, abuelo o abuela, hijo o hija, nieto o nieta, marido o mujer, hermano o hermana, suegro o suegra, yerno o nuera, cuñado o cuñada, entenado o entenada, padrastro o madrastra, o persona a quien se acompañe. En este caso se comprende no solo el que mata a [en] virtud de la provocación, sino el que por ella promueva la riña o pelea, de que resulte la muerte del ofensor.
>
> "2. Por un peligro, ultraje o deshonra grave, que fundadamente tema el homicida inmediatamente antes del homicidio, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el número anterior.
>
> "3. Por el robo, incendio, invasión, escalamiento o asalto de una propiedad, que el homicida vea cometer inmediatamente antes del homicidio.
>
> "4. Por el deseo de precaver o impedir cualquier otro delito grave, que inmediatamente antes del homicidio esté cometiéndose o vaya a cometerse contra la Constitución, contra la seguridad de la nación, contra el orden público, o contra la vida de alguna persona.
>
> "5. Por el de sujetar en el acto del homicidio, a un facineroso conocido, o al que acabe de cometer un homicidio, un robo o cualquiera otro delito grave, que huya y no quiera detenerse.
>
> "6. Por causa de un acto primo, o sea el arrebato súbito e impensado de una pasión; de tal manera, que se vea claramente que no hubo ni pudo haber deliberación previa, ni resolución anticipada de cometer el delito.
>
> "7. Por causa de una riña provocada por el que murió, ya directamente, ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras suficientes para excluir la premeditación, causadas a su contrario, siempre que no haya traición o alevosía de parte del homicida.
>
> "8. Se excluye también la premeditación en los padres y en las demás personas que tengan facultad legítima para castigar por sí a otras, cuando se excedan en el castigo, por un arrebato de enojo que les causen en aquel acto las faltas o los excesos graves que haya cometido la persona castigada".

En este orden de ideas, la premeditación se descartaba cuando el homicidio había sido cometido buscando la protección de un bien jurídico de igual o mayor relevancia con anterioridad a la afectación de este, dado que en el numeral 4 se habla de una acción previa; o cuando el delito resultara de una reacción violenta posterior a una conducta ajena que afectara un bien jurídico como la honra, el patrimonio moral o la integridad personal, entre otros. Por tanto, la premeditación no se presumía en caso de que la defensa lograra probar que el delito había sido producto de una reacción inmediata del autor frente a la conducta de un tercero. Por ejemplo, si el autor cometiera el homicidio por una reacción vengativa propia del comportamiento humano, una vez que se produjera un detrimento de sus derechos personales por causa de una actuación maliciosa de otro[10].

En consecuencia, la temporalidad de la acción era determinante para establecer si se debía presumir la premeditación o si, por el contrario, se le podía dar validez a alguna causal que determinara que el homicidio había sido simplemente voluntario, ya que solo se aceptaría la reacción humana para hablar de un delito netamente voluntario cuando esta se produjera de manera inmediata al ataque sufrido[11]. Entonces, de existir un plazo razonable entre la ofensa al autor del delito y el delito de homicidio, se entendía que la conducta no era producto de un arrebato explosivo de enojo, sino de una planeación detenida y considerada[12], lo que el Código de 1890, en su artículo 588, definió en los siguientes términos:

> "Cualquiera que sea la provocación, ofensa o injuria que conmueva al homicida, se tendrá por premeditado el homicidio, en el caso de que se cometa sin riña ni pelea, no en el acto mismo de la provocación, injuria u ofensa, sino algún tiempo después, suficiente para obrar con reflexión".

Por otro lado, las causales que eran admitidas para no castigar un homicidio como premeditado, aunque extintas por la misma desaparición de la premeditación como razón de mayor reproche punitivo, tienen

[10] C. S. de J., Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 22 mayo 1935, "G. J.", t. XLII, núm. 1897, pág. 59.

[11] Ibíd., Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 28 julio 1909, "G. J.", t. XXV, núms. 1270-1271, pág. 117.

[12] Ibíd., Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 30 octubre 1928, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1824, pág. 11.

similitudes con dos figuras contempladas en la legislación penal actual. En primer lugar, cuando se produce un delito cuya causa es una previa ofensa al autor, quien reacciona de inmediato, de manera impulsiva, se atenúa la pena con base en el artículo 57 del Código Penal, Ley 599 de 2000, que consagra la ira y el intenso dolor. Aunque ya no se habla de la ausencia de premeditación, ni se distingue entre el homicidio premeditado y el homicidio simplemente voluntario, se reduce la pena al reconocer que el sujeto actúa movido por un impulso y no ha planeado la ejecución de la conducta.

En segundo lugar, en los casos en los cuales el sujeto actúa para defender un bien o derecho, propio o ajeno, ya sea de una agresión o de un peligro, se puede presentar una causal de justificación, por lo cual no existe delito alguno que sancionar, al eliminarse la antijuridicidad de la conducta, bien sea por la existencia de un estado de necesidad o de una legítima defensa. Estos casos encuentran similitud con la consideración de homicidio simplemente voluntario que daba el Código Penal de 1890 a los homicidios cometidos en situaciones de defensa, aunque la legislación antigua sí consideraba que en el caso concreto se había producido un delito que merecía reproche penal.

A pesar de ello, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia muestra que, durante el período histórico en estudio, los jueces no siempre aplicaban la norma literalmente, sino que en algunas ocasiones consideraban que el homicidio había sido premeditado, aun si la defensa demostraba que el autor no había diseñado un plan criminal para llevar a cabo el homicidio.

Lo anterior lo ejemplifica una sentencia de septiembre de 1910, donde se relata el asesinato de un hombre por parte del hijo de uno de sus acreedores, quien viendo que su padre golpeaba al deudor, sacó un cuchillo y lo mató. A pesar de que, del relato que hace la Sala, pareciera que se trató de un homicidio no premeditado o simplemente voluntario, dado que el sujeto reaccionó a la riña existente entre su padre y el deudor, queriendo defender al primero, el sentenciador decidió condenarlo por asesinato:

> "En efecto: al contestar la pregunta de la primera serie de cuestiones, el jurado afirmó no solo que Ángel María Velásquez era responsable de haber dado muerte a Manuel Jesús Ceballos, sino que ese hecho se había cumplido con premeditación; ya que deliberadamente y con premeditación expresan una misma circunstancia, como puede comprobarse viendo las acepciones de ese adverbio y

> ese complemento en la decimotercera edición del Diccionario de la Lengua Castellana por la Real Academia Española [...] Cualquiera de las circunstancias que, además de la premeditación, constituyen el asesinato basta por sí sola para imprimirle al homicidio premeditado el sello de aquel delito. [...] No se sabe, por consiguiente, si Ángel María Velásquez vio y oyó y a qué distancia, la causa y los preliminares de los golpes que su padre iba dar a Ceballos, ni qué tiempo duraron estas cosas, para poder afirmar, de modo evidente, que no pudo transcurrir tiempo bastante en que Ángel María Velásquez premeditara hacer o deliberase lo que iba hacer ni de que no se impusiese de que lo que allí había era una intentona de golpes de su padre Juan Isidro Velásquez a Manuel Jesús Ceballos. [...] Como Ángel María Velásquez iba armado de cuchillo, y no aparece que Ceballos tuviera arma alguna para defenderse, es claro que el homicidio fue alevoso y que el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos, preciso caso en el que la Corte podría casar la sentencia de segunda instancia"[13].

Como puede verse, no puede afirmarse con total certeza que el sujeto haya premeditado el homicidio, es decir, que haya tenido tiempo de planear la ejecución del delito, buscando garantizar el resultado criminal y favorecer la impunidad de su conducta. Por el contrario, parece que se trataba de una reacción inmediata a una acción ajena. Sin embargo, la Corte prefirió legitimar el uso de la pena capital como sanción por el asesinato que tipificar la conducta como un homicidio simplemente voluntario. Al respecto, el magistrado Navarro y Euse, salvando su voto, afirmó que esta decisión de la Corte estaba en caminada a legitimar la imposición de la pena capital. Aseguró el magistrado:

> "El asesinato definido por el artículo 586 del Código Penal requiere, como condición esencial para que sea tal asesinato, que lo haya sido premeditado; esto es, que se haya cometido no solo voluntariamente, sino con previa deliberación o resolución de cometerlo y que en su ejecución haya mediado alguna o algunas de las circunstancias que expresa el citado artículo 586. [...] [la premeditación] no es la simple deliberación que naturalmente concurre en la ejecución de todo acto humano voluntario si no la meditación anticipada y detenida del delito que se quiere cometer, para excogitar bien los medios que han de emplearse en su

[13] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 20 septiembre 1910, "G. J.", t. xix, núms. 944-945, pág. 58.

> ejecución, para que dicha circunstancia junto con la de traición o alevosía y sobre seguro en la ejecución del hecho, constituyan el delito atroz de asesinato que castiga la ley con la pena capital"[14].

No obstante, la inmediatez o factor temporal, aun siendo un elemento fundamental para hablar de una reacción voluntaria pero no meditada y no de una acción ideada con anterioridad[15] y descartando momentáneamente el hecho de que la Corte hiciera caso omiso de esto a su gusto, era objeto de discusión en cuanto a que no se sabe específicamente cuánto tiempo es, objetivamente, algo inmediato. Por esta razón, la Corte estableció que no existía un tiempo determinado durante el cual el sujeto debía diseñar el plan criminal para que se considerara que el sujeto había actuado con premeditación[16].

Lo anterior se hace evidente también en una sentencia de 1911, mediante la cual la Corte condenó a un hombre por asesinato sin reconocer la circunstancia de agresión previa, dado que entre la agresión y el homicidio había pasado tiempo suficiente para que el sujeto bailara una canción con su esposa antes de que lo mataran. Lo cual es relatado en la sentencia de la siguiente manera:

> "Puesto que el artículo 585 del Código Penal establece que el homicidio se presume premeditado siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases reconocidas por la ley no podría reputarse como simplemente voluntario el cometido por Luis María Vélez si no en el caso de que apareciese de autos, con toda claridad, algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 587. Alegada la primera de estas circunstancias a lo cual presta algún asidero el acto de descortesía imputado a Mosquera. A juicio de la Sala, semejante acto no constituye ofensa grave sino simplemente desatención, atenuada por los términos de que se sirvió Mosquera, según el dicho muy verosímil de [...] la pareja de Vélez, [...] el homicidio no se siguió inmediatamente de la supuesta ofensa; medió algún espacio de tiempo, como se infiere

[14] Ibíd., pág. 60.

[15] El tiempo transcurrido entre la ofensa y el homicidio puede ser determinante para que el sujeto alcance a idear un plan que amplíe las posibilidades de lograr el resultado criminal, le otorgue alguna garantía sobre la impunidad de sus actos y le complazca "[...] en la preparación de un delito para lograr mejor su efecto". Para más información, véase Constancio Bernaldo de Quirós. *Derecho penal, op. cit.*, pág. 146.

[16] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 30 marzo 1911, "G. J.", t. xix, núms. 972-973, pág. 278.

> de lo declarado por la Rosero, quien dice se bailó y terminó una pieza después del referido incidente.
>
> "Durante ese tiempo, Vélez fue a buscar su arma y luego se situó en el paraje adonde era de suponer iría Mosquera a pedir licor, como en efecto lo hizo, al parecer completamente desprevenido y sin sospechar siquiera el ataque de que fue víctima. Si Mosquera no infirió una ofensa que pueda calificarse de grave, y si el homicidio se perpetró no en el acto mismo de lo que sentir del defensor constituyó una ofensa, si no algún tiempo después, durante el cual ha podido el reo reflexionar sobre el hecho punible que iba cometer, es insostenible a la luz de los principios legales [...] que sea contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del jurado en cuanto declaró premeditado el homicidio"[17].

Así, para la Corte bastaba con que el sujeto meditara su actuación por unos minutos, lo que dura una canción, para considerar que se trataba de un acto deliberado y que merecía ser agravado por la presencia del elemento subjetivo de premeditación.

En resumen, la premeditación, como plan criminal previo que exige un seguimiento durante la ejecución del delito, podía ser descartada cuando se evidenciara que la conducta era producto de una reacción a una agresión ajena; pero, para que esta reacción eliminara el elemento de la premeditación, tenía que darse de manera absolutamente inmediata, puesto que, de haber tiempo de por medio, así fuera corto o pareciese insignificante, se entendía que no había una reacción impulsiva sino una planeación específica del delito.

Ahora bien, más allá de los elementos legislativos y jurisprudenciales que caracterizaban la premeditación, a lo largo de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el período seleccionado, se evidencia que la aplicación de la premeditación no era uniforme, sino que en la mayoría de los casos la Sala determinaba si presumía la existencia de la figura o la probaba, según el acervo probatorio existente en el caso concreto.

2. Aplicación jurisprudencial de la premeditación presunta

Como se sabe, dado que el legislador de 1890 determinó que la premeditación podía presumirse, los jueces podían abstenerse de analizar

[17] Ibíd.

la existencia de ese elemento en el caso bajo análisis, optando simplemente por imponer la pena que sancionaba el homicidio premeditado. Por esta razón, el desarrollo jurisprudencial de la premeditación se limita, en muchos casos, a entender que una conducta con planeación y consideración previa se encuentra en un estadio intermedio entre el homicidio simplemente voluntario y el asesinato.

Sin embargo, como se mencionó en un acápite anterior, la jurisprudencia en este punto no es uniforme y, en varios casos, la Sala prefería probar la existencia de este elemento en el homicidio. A continuación, se mostrarán algunos casos en los cuales la Corte se detuvo a demostrar qué hechos probaban la existencia de este elemento subjetivo, para lo cual utilizaban aspectos como los antecedentes del sujeto activo, los motivos por los cuales se produjo el homicidio o los medios empleados para cometer el delito, entre otros.

El primer ejemplo de esta situación es la sentencia del 13 de marzo de 1890, mediante la cual la Sala Penal confirmó la sentencia que condenaba a la pena capital a un hombre que asesinó al esposo de la mujer con la que sostenía relaciones sexuales, en donde se afirma:

> "Uno de los testigos del sumario, [...] refiere que varias ocasiones había estado ya en peligro la vida de Sepúlveda; que un día, estando en el trabajo, halló vidrio molido en los alimentos, probablemente preparados por su esposa. Y con que otro día, yendo del caserío para su casa, fue seguido por Hernández con ánimo de darle muerte, lo que no le permitió una circunstancia imprevista; y que poco tiempo después estuvo acechando en la misma vía, para precipitarlo por un profundo barranco. [...] Más que todos estos antecedentes, comprueba la premeditación los hechos inmediatamente anteriores y posteriores al suceso, hechos confesados en parte por el sindicado y corroborados por otros testigos"[18].

Así mismo, otro caso que ejemplifica este punto es el fallo del 28 de julio de 1909, cuando la Corte casó una sentencia que condenaba a pena capital por asesinato, debido a que el jurado no fue claro al afirmar que el sujeto había actuado con premeditación, porque consideraba que un veredicto confuso del jurado, no le permitía al juzgador de derecho sentenciar a la pena capital al procesado. Explica la Corte:

[18] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 13 marzo 1890, "G. J.", t. IV, núm. 204, pág. 372.

> "Se sabe que en el homicidio la premeditación es elemento indispensable para que asuma el carácter de asesinato que apareje la pena capital. En el caso en cuestión, la respuesta del jurado se presta a dudas y vacilaciones. El jurado expresa no haber llegado al convencimiento de la premeditación, y esta respuesta, como equivoca que, por cuanto se presta a ser interpretada en el sentido de que el jurado opina que no hubo premeditación, no suministra al juez de derecho, y en consecuencia a la Corte de Casación, la plena prueba necesaria para fundar en ella sentencia que imponga la pena de muerte. Siendo pues defectuoso el veredicto de que se trata, [...] es el caso de infirmar la sentencia recurrida".

Bien habría podido la Corte presumir la premeditación, pues no consta en la sentencia que la defensa haya alegado que el homicidio fue simplemente voluntario. No obstante, como el jurado aseguró que, aunque el sujeto era penalmente responsable por homicidio, no había podido convencerse de que este fuera premeditado, la Sala decidió no aplicar la presunción y, en consecuencia, casó la sentencia.

Además, esta sentencia evidencia la importancia que tenía el veredicto del jurado en el sistema penal de la época, porque su decisión era determinante a la hora de dictar sentencia. Por esto, aunque el juez de segunda instancia decidió presumir la premeditación e imponer la pena por asesinato, la Sala Penal de la Corte, respetando las consideraciones del jurado, casó la sentencia.

Finalmente, en 1891, la Sala Penal confirmó la condena a pena capital impuesta a un sujeto que cometió un homicidio en contra del alcalde de Concordia. De acuerdo con la sentencia:

> "Los testigos aseguran que el día del acontecimiento [...] Bolívar rodeaba a Valencia con un cuchillo desnudo en la mano, como espiando la ocasión de atacarlo. Si se enlaza esta conducta activa del reo con el motivo que pudo impulsarlo al delito, es decir, con los ultrajes que Valencia tuvo que inferirle para hacer respetar su autoridad, y si se enlaza también con su conducta posterior, esto es con la manera como verificó el ataque a Valencia, se deducirá que, lejos de ser el hecho ejecutado por Bolívar un acto imprevisto al cual no pudo preceder la reflexión, fue por el contrario un acto premeditado"[19].

[19] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1891, "G. J.", t. VI, núm. 296, pág. 282.

En este caso, evita la Corte presumir la existencia de la premeditación y opta por dedicar un aparte de la sentencia a demostrar la presencia de este elemento con base en los motivos del autor y la forma como llevó a cabo su conducta, con el objetivo de fundamentar la condena a la pena capital, obviando la disposición legislativa y redactando una sentencia mucho más argumentada.

También resulta importante analizar la relación que existía entre la premeditación y el asesinato, siendo así que rara vez se condenaba a una persona por un homicidio premeditado. Lo común era que las sentencias se dictaran por el delito de asesinato, que solo podía ser tal si la muerte se había producido de forma premeditada y, además, mediara alguna de las circunstancias que había determinado el legislador en el artículo 586 del Código Penal.

Así entonces, cuando el homicidio premeditado había sido cometido por promesas o dones; con acechanza, espías o cómplices; tomando al sujeto por sorpresa, desprevenido o a traición; con alevosía o con engaños; con veneno, explosión o con crueldad, o cualquiera de las demás circunstancias enumeradas en el artículo 586 del Código Penal, se consideraba asesinato y estaba sancionado con pena capital, según los artículos 597 y 598 ibídem. Así, en virtud de la relación existente entre las circunstancias que caracterizaban el asesinato antes descritas y la premeditación, el uso de cualquiera de esos medios era prueba suficiente para presumir la premeditación y condenar al sujeto a la pena capital[20].

Son varios los casos en la jurisprudencia que reflejan la importancia de la premeditación en los delitos de asesinato. Por ejemplo, la Corte condenó por asesinato a un sujeto aun cuando el abogado defensor alegaba que el *a quo* había cometido un error que ameritaba que se casara la sentencia y se absolviera al acusado, dado que al jurado no se le preguntó si, en el caso concreto, el sujeto había actuado con premeditación. La Sala afirmó:

> "Es verdad que el cuestionario debió formularse en términos más correctos y precisos, incluyendo entre ellos la circunstancia de la premeditación, que es elemento indispensable para que un homicidio tenga carácter de asesinato, y no mencionando en la segunda cuestión sino en las circunstancias que según el proceso concurrieron en la comisión del delito; pero también es verdad, como

[20] Ibíd., Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 16 mayo 1935, "G. J.", t. XLII, núm. 1897, pág. 17.

> lo observa en su sentencia el Tribunal, y lo repite en su vista el ministerio público, que al resolver el jurado afirmativamente la segunda cuestión propuesta respecto de Fuentes y de Betancur, implícitamente resolvió que existía en el caso la circunstancia de la premeditación, pues sin esta no son posibles la alevosía, la traición y el sobre seguro en los victimarios y la sorpresa y la privación de las fuerzas en la víctima, que fueron circunstancias propuestas por el juez en virtud de que en efecto están probadas en la causa y declaradas como existentes por el jurado. De manera que aún admitiendo que el cuestionario propuesto por el juez adolezca de una omisión, como esta se refiere a un requisito que se haya necesariamente incluido en la segunda pregunta, la objeción que en esto se hace consistir carece de sólido fundamento y no alcanza a demostrar que en este caso ocurra la causal de casación de que trata el inciso 1º del artículo 370 de la Ley 105 de 1890. A lo cual se agrega que el artículo 585 establece la doctrina de que el homicidio se presume premeditado siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases que reconoce la ley"[21].

Como se ve, la Sala encuentra que existe premeditación, dado que el sujeto utilizó los medios propios del asesinato, es decir, actuó con alevosía y sobre seguro, por lo cual la Sala presumió la existencia de la premeditación. Entiende el juzgador que no es posible que el autor de un homicidio sorprenda a su víctima y cometa el delito con alevosía, si antes no ha planeado debidamente su actuación, previendo la manera en la que puede llevar a cabo su crimen y ha procurado garantizar el resultado (muerte) a través de la alevosía.

Otro caso que evidencia la estrecha relación existente entre la premeditación y el asesinato, dando a la primera el carácter de elemento esencial del segundo, a tal punto que, para la Corte, la presencia de los elementos del asesinato, en el caso concreto, es suficiente para asegurar que el sujeto actuó con premeditación, se presentó en 1895. En él, la Sala afirmó:

> "La declaración por el jurado del elemento de la premeditación, aunque pudo y debió ser mencionado en las cuestiones propuestas al jurado, por ser punto de hecho, no es absolutamente indispensable para la calificación jurídica del delito, una vez que las circunstancias de alevosía, traición, sobre seguro, descuido e indefensión

[21] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 23 julio 1893, "G. J.", t. XII, núm. 579, pág. 373.

del ofendido, son esenciales y propias solo del asesinato y no pueden acomodarse a las otras calificaciones de homicidio que reconoce el Código Penal, una vez que el asesinato presupone la concurrencia de la premeditación.

"Esta doctrina está de acuerdo con el precepto del artículo 585 del Código Penal, según el cual el homicidio se presupone premeditado mientras no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases que reconoce la ley, de modo que para que el juez, al aplicar la pena, pudiera haber dado por no existente el elemento de la premeditación, habría sido necesario que el jurado en su veredicto lo hubiera excluido expresamente, pues solo así habría, para el juez de derecho, prueba de que el homicidio no era premeditado"[22].

Finalmente, se presenta una sentencia en la cual la Corte afirma que para que exista premeditación en un asesinato, no es necesario que el autor dirija el ataque contra una persona determinada, sino que basta con que tenga una intención general de matar. Afirmó la Sala:

"Es verdad que está comprobado en el proceso que Acevedo se hallaba ebrio cuando le dio la puñalada a Naranjo; pero no está comprobado que esa embriagues fuera involuntaria, pues apenas existe sobre el particular la declaración de Pedro Hernández. Es cierto que Acevedo no conocía a Naranjo, y que entre los dos no medió disgusto ninguno para que aquel pudiera tener interés en hacerle daño a este; pero también es evidente que Acevedo manifestó de palabra y de hecho el deseo de matar, diciendo que a él no le importaban 10 años de presidio, y que le daría muerte a alguno, palabras que acompañaba con el acto de asentar un cuchillo en la cubierta del mismo, y que tanto el artículo 438 del Código Penal de 1858 como el 594 del nuevo no excluyen la premeditación aunque se haya formado el designio de cometer el homicidio en persona indeterminada"[23].

Esta parece ser una de las sentencias más llamativas de la revisión jurisprudencial realizada, porque amplía los presupuestos de la premeditación, permitiendo que se agrave la conducta; aunque pareciera que los hechos descritos contradicen la posibilidad de que el autor haya actuado

[22] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 10 noviembre 1895, "G. J.", t. XI, núm. 542, pág. 172.

[23] Ibíd., Sala de Casación Penal, sent. de 22 octubre 1892, "G. J.", t. VIII, núm. 370, pág. 231.

con premeditación. Entendida la premeditación como la circunstancia en la que el sujeto actúa luego de haber planeado la conducta, buscando garantizar el resultado criminal y la impunidad, parece necesario que el autor se encontrara en la capacidad de diseñar ese plan; lo cual puede ponerse en duda con base en el estado de embriaguez en el que se encontraba el autor, según la sentencia. Además, la descripción de los hechos permite deducir que el sujeto actuó movido por la embriaguez y que, en medio de la reunión, decidió demostrar su valentía dando muerte a alguien, mas no desarrolló un plan criminal concreto. Por tanto, no parece que hubiera un mayor desvalor de acción subjetivo que justificara el aumento punitivo.

Para terminar, es importante tener en cuenta que el escalonamiento en niveles en el que se ordenan el homicidio simplemente voluntario, el homicidio premeditado y el asesinato tiene importancia fundamentalmente en materia de penas, como se pudo observar en cuanto a que de presumirse la premeditación por parte del jurado y asignársele una circunstancia de agravación, la pena alcanzaría su tope máximo[24], por tratarse de un delito de asesinato. Por tanto, si el jurado expresa haber llegado al convencimiento de la premeditación, suministra al juez de derecho, y en consecuencia a la Corte de Casación, plena prueba necesaria para fundar en ella una sentencia que imponga la pena de muerte. Es por esto que debe exponerse la respuesta punitiva en detalle.

Como se ha mencionado, el Código Penal de 1890 contemplaba tres tipos distintos de homicidio y a cada uno de ellos se asignaba una pena distinta. El homicidio menos grave era el simplemente voluntario, que de acuerdo con el artículo 597 del Código Penal de 1890, tenía una pena de presidio de ocho a doce años. Por su parte, el homicidio premeditado, según el artículo 595 ibídem, se castigaba con pena de presidio de doce a dieciocho años. Finalmente, el más grave de los tres tipos penales, que era el asesinato, se sancionaba con la pena de muerte, según los artículos 597 y 598 ibídem.

3. Conclusión

A pesar de la importancia que tuvo en épocas pasadas, la premeditación ya no está presente en el sistema penal colombiano. Es posible que la figura haya desaparecido del ordenamiento por varias razones.

[24] Ibíd., Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 28 julio 1909, "G. J.", t. xxv, núms. 1270-1271, pág. 117.

Por una parte, la ley vigente no cuenta con un aumento punitivo para la conducta cuando fue realizada siguiendo un plan criminal puntual, porque el principio del acto prohíbe que se imponga una pena a los pensamientos; por lo cual, aunque dentro del *iter criminis* se contempla la ideación, esta no se sanciona en ningún caso, de hecho solo se puede llegar a intervenir penalmente una vez se ponen en marcha los actos ejecutivos de las conductas y, excepcionalmente, algunos actos preparatorios que están tipificados como delitos autónomos en el Código Penal. Así las cosas, dado que el delito es una acción, típica, antijurídica y culpable, el derecho penal no impone penas a los pensamientos, sino solo a las conductas.

Por otra parte, que no exista un reproche punitivo a la premeditación no significa que esta haya sido eliminada totalmente del ordenamiento jurídico en materia penal. De hecho, tal como sucedía en 1890, se presume al analizar la acción, que el autor de un delito doloso, cuando lo lleva a cabo, ha planeado su actuación, determinando los objetivos, seleccionando los medios e incluso previendo los efectos concomitantes que puede producir su plan criminal. En ese orden de ideas, la premeditación sigue estando presente dentro del análisis del delito, aunque hoy determinar que el sujeto actuó con premeditación no tenga una consecuencia punitiva determinada.

En lo que sí difiere la legislación actual es en las circunstancias que configuraban el asesinato en el Código Penal de 1890. Este delito dejó de existir como delito autónomo y la mayoría de las circunstancias que lo configuraban hoy constituyen agravantes del homicidio, consagradas en el artículo 104 del Código Penal del 2000. Del mismo modo, algunas de las circunstancias que configuraban el homicidio simplemente voluntario en el Código de 1890 son hoy circunstancias que permiten la reducción punitiva. Este es el caso de la ira y el intenso dolor, como ya se mencionó, que está contemplada como figura jurídica en el artículo 57 de la ley actual y llega a reducir la pena de una sexta parte del mínimo a la mitad del máximo y tiene como característica esencial que la acción sea producto de una reacción impulsiva a una circunstancia que produce sentimientos incontrolables en el sujeto, similar a lo que sucedía con las circunstancias que configuraban un homicidio simplemente voluntario, del artículo 587 Código Penal de 1890.

De todo lo anterior pueden presentarse varias conclusiones. En primer lugar, la premeditación, entendida como el diseño de un plan criminal, buscando garantizar el resultado criminal y disminuir las probabilidades de ser sancionado por la justicia, era determinante a la

hora de establecer la tipicidad de la conducta. Así, la legislación penal contemplaba el homicidio simplemente voluntario, el homicidio premeditado y el asesinato y, para determinar a qué tipo de homicidio se adecuaba la conducta, era un requisito esencial identificar si el sujeto había o no actuado con premeditación. Si la defensa lograba desvirtuar la presunción legal sobre la premeditación, el sujeto podía ser condenado por homicidio simplemente voluntario, de lo contrario se trataba de un homicidio premeditado, es decir, de un delito más grave. Ahora bien, si además se probaba la existencia de una o varias de las circunstancias que configuraban el asesinato, se imponía la pena capital.

Dada la importancia de la premeditación para la configuración de la tipicidad, se podría esperar que tanto la figura como su tratamiento jurisprudencial fueran claros. No obstante, la revisión jurisprudencial presentada demuestra que no era así. En principio, con base en la disposición legal, la jurisprudencia presumía la existencia de la premeditación, cuando la defensa no lograba desvirtuarla. A pesar de ello, cuando el juzgador contaba con elementos suficientes para probar la premeditación, al menos con indicios, lo hacía, fundamentando su decisión. Esto, en concordancia con el principio de legalidad, como se entiende en la actualidad, que no permite las presunciones en derecho penal.

En segundo lugar, la presunción de la premeditación y la flexibilidad con la que era tratada en la jurisprudencia permitía que, en algunos casos, la Corte interpretara la figura de tal forma que le permitiera condenar o absolver. Así lo ejemplifican algunas de las sentencias reseñadas, como aquella en la que se asegura que puede existir premeditación general. Además, la premeditación al ser un requisito esencial para que pudiera constituirse un asesinato, cuando se presentaba alguna de las circunstancias propias de este delito como la alevosía o el envenenamiento; por ejemplo, la Corte siempre entendía que el sujeto había actuado premeditadamente y derivaba la existencia de ese elemento subjetivo de los medios elegidos por el autor para llevar a cabo su conducta.

Por consiguiente, aunque en su momento significaba un mayor reproche punitivo por el desvalor de acción subjetivo, el que se haya eliminado la premeditación como calificante del delito en los códigos penales posteriores, implica, además de la reconsideración del *iter criminis*, una manera de limitar el alcance de figuras que puedan usarse para la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos que han delinquido. Así, entender la premeditación dentro la idea criminal

previa a la realización de los actos preparatorios y ejecutivos, como sucede en la actualidad, es una forma de fomentar el cumplimiento de las garantías fundamentales de los ciudadanos dentro del proceso penal.

4. Bibliografía

A) *Doctrina*

Bernaldo de Quirós, Constancio: *Derecho penal*, Parte general, Puebla, Edit. José M. Cajicá, 1949.

Escobar Mercado, Rafael Modesto: *Comentario a Ulrich Beck: la sociedad de riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

Garland, David: *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de M. Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005.

Velásquez Velásquez, Fernando: *Manual de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Edic. Jurídicas Andrés Morales, 2013.

B) *Legislación*

— Ley 19 de 1890.

— Ley 95 de 1936, *Diario Oficial*, año lxxii, núm. 23316 de 24 de octubre de 1936.

— Ley 599 del 2000, "por la cual se expide el Código Penal", *Diario Oficial*, núm. 44097 de 24 de julio de 2000.

C) *Jurisprudencia*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de 22 agosto 1893, "G. J.", t. viii, núms. 410-411.

— Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 22 mayo 1935, "G. J.", t. xlii, núm. 1897.

— Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 28 julio 1909, "G. J.", t. xxv, núms. 1270-1271.

— Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 30 octubre 1928, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1824.

— Sala de Casación Penal, sent. de 20 septiembre 1910, "G. J.", t. xix, núms. 944-945.

— Sala de Casación Penal, sent. de 30 marzo 1911, "G. J.", t. xix, núms. 972-973.

— Sala de Casación Penal, sent. de 13 marzo 1890, "G. J.", t. iv, núm. 204.

— Sala de Casación Penal, sent. de 23 agosto 1891, "G. J.", t. VI, núm. 296.
— Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 16 mayo 1935, "G. J.", t. XLII, núm. 1897.
— Sala de Casación Penal, sent. de 23 julio 1893, "G. J.", t. XII, núm. 579.
— Sala de Casación Penal, sent. de 10 noviembre 1895, "G. J.", t. XI, núm. 542.
— Sala de Casación Penal, sent. de 22 octubre 1892, "G. J.", t. VIII, núm. 370.
— Sala de Casación en lo Criminal, sent. de 28 de julio de 1909, "G. J.", t. XXV, núms. 1270-1271.

Capítulo IV

Algunas particularidades sobre el delito de estupro en Colombia y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[*]

Laura Rubio Krohne
Nicolás Süssmann Herrán[**]

Resumen. Este artículo busca analizar el delito de estupro en la legislación colombiana, particularmente en el Código Penal de 1936, partiendo de un trabajo de archivo de la jurisprudencia de la Sala Penal o de Asuntos Criminales de la Corte Suprema de Justicia. El artículo hará énfasis en elementos de particular interés que se encuentran en dicho delito, por su unicidad en el ordenamiento colombiano frente a otros ordenamientos, por su desarrollo jurisprudencial o por su pervivencia en tipos penales que aún figuran en la legislación penal vigente.

Palabras clave: estupro, consentimiento, libertad sexual, honor sexual, jurisprudencia, engaño, violencia, promesa formal de matrimonio.

1. Introducción

Dentro de los delitos sexuales, uno de los que mayor evolución ha presentado a lo largo de los años y en los distintos ordenamientos jurídicos, es el delito de estupro. Es un delito que hoy no existe en nuestro ordenamiento penal, pero formó parte de este hasta que el actual Código Penal (Ley 599 del 2000), que reemplazó el Decreto-Ley 100 de 1980, lo derogó. Pese a su desaparición en la legislación actual, el delito de estupro tuvo gran importancia a través de los años y sus orígenes pueden trazarse a legislaciones muy antiguas alrededor del mundo. Debido a esto, el delito de estupro es uno de los que más variaciones ha

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.91

[**] Estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá.

sufrido y sus significaciones han sido muy distintas de acuerdo con el momento histórico en que se mire y las características propias de cada sociedad y su desarrollo penal[1]. En esa medida, ha sido punto de partida para muchos delitos que hoy figuran en nuestro ordenamiento, como el acceso sexual abusivo con persona puesta en incapacidad de resistir o el acceso sexual abusivo con menor de catorce años, entre otros. Incluso, en sus inicios alcanzó a contemplar supuestos de hecho propios de la violación.

En la legislación nacional, el delito de estupro permaneció vigente hasta el 2000. Se le puede considerar impropio de un derecho penal moderno y liberal, ya que parece inspirado por consideraciones religiosas. Su permanencia en el ordenamiento penal hasta finales del siglo XX, puede parecer incompatible con las sociedades contemporáneas donde el ámbito sexual es uno de los reductos propios de la intimidad de los individuos y donde la intervención del Estado en él es cada vez más reducida y se reserva a supuestos de hecho muy limitados y graves de acuerdo con el carácter fragmentario del derecho penal. Sin embargo, el trato legislativo y jurisprudencial del estupro en Colombia está revestido de particularidades que hacen que su estudio resulte interesante en comparación a otros ordenamientos latinoamericanos que comparten nuestra tradición legislativa y cultural.

De manera muy general, el estupro puede definirse como la obtención de acceso carnal del sujeto pasivo mediante maniobras carentes de violencia, usualmente obteniendo su consentimiento por medio de engaños o aprovechándose de circunstancias del sujeto pasivo que hacen que su consentimiento no sea pleno o totalmente válido[2]. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico presenta variaciones en sus elementos, por lo cual su estudio es sumamente complejo y requiere un manejo cuidadoso de la ley y la jurisprudencia, que a su vez se ha visto obligada a ir precisando la interpretación de sus elementos de acuerdo con la realidad social para la cual rigen sus normas.

El propósito del presente trabajo es estudiar el tratamiento que se ha dado en Colombia al delito de estupro, prestando particular atención a ciertos elementos que diferencian la forma cuando el legislador y la jurisprudencia nacional trataron este delito frente a otros ordenamientos. En Colombia se demostró cierto carácter de avanzada en cuanto a

[1] Enrique García Sánchez, *Del delito de estupro*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1965, págs. 1-2.

[22] Ibíd., págs. 4-5.

la laicización del derecho penal, ahondando la distancia entre delito y pecado, que durante mucho tiempo estuvo ausente en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos. Por otro lado, se presta particular atención a otros elementos que revisten mayor complejidad y ameritaron mayor estudio por parte de la jurisprudencia, por lo que resultan de interés para su estudio dogmático. Un punto fundamental en nuestro estudio, es el desarrollo que dichos elementos tuvieron de la Sala Penal o Sala de Asuntos Criminales de la Corte Suprema de Justicia, ya que, ante el mutismo de la ley, fue la jurisprudencia la que contribuyó al desarrollo de los elementos del delito, que luego fueron heredados por tipos penales que hoy existen en nuestro ordenamiento.

El período histórico que se escogió para desarrollar este estudio es el correspondiente al Código Penal de 1936 (Ley 95 de 1936), ya que considerando el trabajo de archivo que caracteriza a esta obra, la mayor cantidad de sentencias encontradas se dio en la vigencia de dicha norma. Lo anterior permite suponer que este fue el momento de mayor desarrollo por la Corte Suprema de Justicia de dicho delito. Además, la forma como se tipifica el delito de estupro en 1936, es la que resulta de mayor interés para el análisis, pues es la legislación donde Colombia se distancia de la interpretación tradicional propia de una moral cristiana del delito para adoptar una visión más liberal y orientada a la protección de la libertad más que de la moral. Dentro del trabajo de archivo, se encontraron algunas sentencias que permiten ver su tratamiento en el Código Penal de 1980, pero hay que precisar que esta norma, a través de los años, fue cayendo cada vez más en desuso como lo demuestra su posterior desaparición en el Código Penal del 2000. Con relación al período anterior al Código Penal de 1936, aquella marcada por la legislación penal de 1890, encontramos que su consagración es muy similar a la que hacían los demás ordenamientos jurídicos del mundo, por lo cual no resulta tan interesante; sumado a la dificultad de analizar el desarrollo jurisprudencial dada la falta de material bibliográfico.

La utilidad de este trabajo radica en que permite tener una visión del desarrollo de ciertas figuras fundamentales dentro del ámbito de los delitos sexuales, como el consentimiento y el desarrollo del bien jurídico libertad sexual. Por otra parte, permite tener una visión de la línea que ha seguido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a estos temas, aportando en el estudio de la jurisprudencia ordinaria en el período anterior al acceso a las nuevas tecnologías de la información, período al que no se le ha prestado la atención que merece dadas las dificultades para acceder a las fuentes. Finalmente, este trabajo

permite identificar el origen y evolución de figuras e instituciones que aún persisten en el derecho penal vigente en el trato que se da a los delitos sexuales.

2. Evolución legislativa

Como se ha mencionado, el delito de estupro estuvo presente en la legislación penal nacional desde el Código de 1890 hasta el de 1980. Se ha aclarado que el presente trabajo se centrará en el desarrollo jurisprudencial que se adelantó durante la vigencia del Código Penal de 1936; sin embargo, es relevante primero iniciar con un recuento de la evolución legislativa del delito en Colombia. Lo anterior en aras de aportar claridad sobre el contexto legislativo que enmarca el delito estudiado.

El delito de estupro estuvo presente en el *Código Penal de 1890* (Ley 19 de 1890). En este estatuto, el delito se encontró reglamentado en el artículo 718, del Libro Tercero, "Delitos contra los particulares y sus penas"; título I, "Delitos contra las personas", capítulo IX sobre "Adulterio, estupro alevoso y seducción".

> "Artículo 718. El que abuse deshonestamente de la mujer que no sea ramera conocida como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con la apariencia de verdadero, sufrirá la pena de ocho a doce años de presidio".

Luego, el *Código Penal de 1936* presentó una estructura distinta. En este caso, el delito de estupro se encontró reglamentado en el artículo 320, del Libro Segundo, "De los delitos en particular"; título XII, "De los delitos contra la libertad y el honor sexuales"; capítulo II, "Del estupro".

> "Artículo 320. El que obtenga el acceso carnal a una mujer mayor de catorce años, empleando al efecto maniobras engañosas o supercherías de cualquier género, o seduciéndola mediante promesa formal de matrimonio, está sujeto a la pena de uno a seis años de prisión.
>
> "A la misma pena está sujeto el que tenga acceso carnal con una persona que padezca de alienación mental o que se halle en estado de inconsciencia".

Puede notarse que la evolución aportada por la legislación de 1936 cambió la calificación del sujeto pasivo en una de las modalidades del delito —estupro propio—, que se explicará más adelante, eliminando

el requisito de que se trate de una mujer "que no sea ramera conocida como tal" y agregando la edad mínima. Esto último se puede explicar por la aparición del delito de acto sexual abusivo en menor de catorce años o persona en incapacidad de resistir, en el artículo 317 de dicha legislación en relación con la edad. Este delito hace imposible el estupro en persona menor de 14 años, pues el artículo 317 la define como persona incapaz de aportar su consentimiento, sea esto bajo engaño o no. También la eliminación de las características especiales de la mujer como sujeto pasivo, que responde a cambios en el bien jurídico. Por otra parte, se incluye una segunda modalidad —el estupro impropio—, que también se explicará más adelante.

Así mismo, se modificó el medio requerido por la ley del vicio en el consentimiento, que en 1890 era específicamente mediante *matrimonio fingido y celebrado con apariencia de verdadero*, mientras que en la legislación posterior se habla de *promesa formal de matrimonio* o *maniobras engañosas o supercherías de cualquier género*. Al respecto es pertinente aclarar que la Corte afirmó que el tipo de 1936 incluye los casos en que el sujeto activo logra el ayuntamiento carnal con una mujer al contraer matrimonio con ella, sabiendo que este matrimonio no tendrá ningún valor (matrimonio fingido). Se entiende que un matrimonio fingido es una maniobra engañosa eficaz que continúa cobijada por el tipo de estupro:

> "Sería un absurdo decir que comete estupro quien logra el ayuntamiento carnal con una mujer prometiéndole formalmente casarse con ella, pero que no lo comete quien en realidad contrae matrimonio sabiendo que no tiene valor ninguno, pues si algo adquiere mayor relieve en el segundo caso es la eficacia de la «maniobra engañosa» empleada"[3].

Finalmente, en el Código Penal de 1980 se reglamentó el estupro en los artículos 301 y 302, del Libro Segundo, "De los delitos en particular"; título XI, "De los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana"; capítulo II, "Del estupro".

> "Artículo 301. *Acceso carnal mediante engaño*. El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años".

[3] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 26 mayo 1946, "G. J.", t. LX, núms. 2032-2033.

> "Artículo 302. *Acto sexual mediante engaño*. El que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años".

De esta descripción se empieza a notar la separación entre estupro y acto carnal abusivo, conducta delictiva que subsiste en nuestro ordenamiento vigente, mediante la simplificación del tipo en términos de modos para vulnerar el consentimiento, que lo llevó a caer en desuso y desaparecer en el Código Penal del 2000.

3. Descripción general del delito

Como se vio, el delito de estupro ha tenido una evolución legislativa que ha cambiado parte de sus elementos típicos. Sin embargo, todas las legislaciones asignan a este delito unos elementos comunes, y es el contenido de estos elementos el que ha evolucionado a lo largo de los cambios legislativos. A continuación, se describe de manera general el delito, prestando especial atención a la descripción típica del Código de 1936, que es el que nos ocupa en el presente trabajo.

Hemos definido el delito de estupro como la obtención de acceso carnal del sujeto pasivo mediante maniobras carentes de violencia, usualmente obteniendo su consentimiento con engaños o aprovechándose de circunstancias del sujeto pasivo que hacen que su consentimiento no sea pleno o totalmente válido[4], de acuerdo con la definición hecha por García Sánchez. Ahora, Carrara lo definió como "el conocimiento carnal de mujer libre y honesta, precedido por seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia"[5] y Puig Peña como "todo acceso carnal ilegítimo no acompañado de violencia"[6].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia definió en sentencia de 1948 el delito de estupro como aquel que "se configura por el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años, mediante el empleo de maniobras engañosas o supercherías de cualquier género o mediante

[4] García Sánchez, *op. cit.,* págs. 4-5.

[5] Celestino Porte Petit Candaudap, *Ensayo dogmático sobre el delito de estupro*, 5ª ed., Coyoacán, México, D. F., Edit. Porrúa, 1986, pág. 10, citando a Carrara, *Programa*, parg. 1482.

[6] Ibíd., pág. 10, citando a Puig Peña, *Derecho penal*, iv, 4ª ed., Madrid, 1955, pág. 41.

la seducción con promesa formal de matrimonio"[7], descripción que concuerda con el primer supuesto consagrado en la legislación de 1936.

Si se hace un análisis cuidadoso del artículo 320 de dicha normatividad, se observa la existencia de dos supuestos de hecho completamente distintos que configuran el delito de estupro. En su primera parte, el artículo hace referencia a lo que se ha denominado *el estupro propio*, definido como la obtención del acceso carnal con una mujer mediante promesa formal de matrimonio u otro tipo de engaño, y distinguido por García Sánchez de la siguiente forma: "[...] caracteriza a esta figura la malicia desplegada por el agente, la habilidad artificiosa de que hace gala y que incide en el consentimiento de la víctima para la entrega de su cuerpo"[8]. El elemento característico de esta modalidad es *el engaño*. Esta modalidad es lo que comúnmente se conoce como estupro y al cual corresponden los casos estudiados por la Corte Suprema durante el período analizado. Tenemos, entonces, que los elementos del delito de estupro en la legislación colombiana de 1936 son: a) el acceso carnal con una mujer; b) mayor de catorce años; c) obteniendo su consentimiento mediante el empleo de maniobras engañosas o supercherías de cualquier género o mediante la seducción con promesa formal de matrimonio.

La segunda parte del artículo hace referencia a lo que la doctrina ha denominado *estupro impropio*, caracterizado por el acceso carnal aprovechándose de circunstancias de indefensión del sujeto pasivo. La doctrina ha denominado impropia a esta modalidad, pues no hay una maniobra del sujeto activo orientada a la vulneración del consentimiento, sino que la situación ya preexiste y el autor se aprovecha de ella[9]. Esta figura es el antecedente del acceso sexual abusivo con persona en incapacidad de resistir, presente en el Código Penal vigente. En este caso, el elemento característico es el *prevalimiento*, que se estudiará con detalle más adelante.

El elemento común a las dos figuras anteriores y que hace que se las denomine estupro, es la *ausencia de violencia*, pues la rotulación de una conducta como estupro se ha realizado de manera negativa por oposición a la violación. Esta separación que parte del estupro, puede considerarse como antecedente de la actual diferenciación entre

[7] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 26 noviembre 1948, "G. J.", t. LXV, núms. 2068-2069.

[8] García Sánchez, *op. cit.,* pág. 25.

[9] Ibíd.

violaciones y actos abusivos, distinción que persiste en los capítulos 1 y 2 del título IV del Código Penal actual, correspondiente a los delitos contra la integridad, libertad y formación sexual.

4. Bien jurídico tutelado

Antes de pasar al análisis concreto de cada uno de los dos supuestos de hecho que se encuentran en la regulación del estupro, es fundamental hacer un análisis del bien jurídico tutelado por la legislación colombiana en este delito. Lo anterior debido a que es uno de los elementos más interesantes y el diferenciador principal de nuestra legislación frente a muchos otros ordenamientos. Por otra parte, porque servirá de criterio de interpretación de las distintas modalidades de ejecución de la conducta cuando se pase a dicho análisis.

En el Código Penal de 1936, el estupro estaba contemplado en el capítulo II del título XII correspondiente a los delitos contra la libertad y el honor sexuales. Por lo cual nos damos cuenta de que el delito objeto de estudio podía estar orientado a proteger cualquiera de estos dos bienes jurídicos, por separado o en conjunto. Por consiguiente, se debe analizar de manera cuidadosa el delito de estupro para determinar con precisión el bien jurídico.

Iniciaremos por definir qué se comprende dentro de cada uno de los bienes jurídicos, empezando por la *libertad sexual*. Según Arcila González:

> "La libertad psicológica es una prerrogativa de la voluntad humana, y consiste que esta, en su carácter de «antecedente racional» y señora de sus actos, puede previo siempre el dictamen del entendimiento, obrar o no obrar, [...] A virtud, pues de esta libertad psicológica del ser racional, cualquiera puede disponer a su albedrío de su cuerpo para elegir tanto a la persona como al placer, o prescindir de este, de tal manera que aquel que medie violencia, o sea la «necesidad extrínseca», lo obligue a ejecutar el acto sexual, está coartando su libertad y vulnerando su albedrío"[10].

La cita anterior nos permite identificar dos dimensiones muy importantes de la libertad a considerar y que tienen mucha relevancia en el delito de estupro. Por una parte, está la concepción común de la libertad

[10] Antonio Arcila González, *El delito sexual en la legislación colombiana*, 2ª ed., Bogotá, Edic. Caravana, 1959, págs. 33-34.

basada en la capacidad que tiene el individuo de determinar sus actos libremente, según su entendimiento y sin la intervención de coacción (lo que el autor denomina "necesidad extrínseca"). Ajustado al ámbito sexual de la persona, la capacidad de elegir con quién y cómo realiza cualquier tipo de acto sexual. La segunda acepción, que será relevante cuando se estudie el estupro propio, es la capacidad no solo de elegir, sino también de disentir y que fundamentará el estudio de vulneración del consentimiento en el caso del estupro. Como lo dice García:

> "El origen penológico de la libertad sexual en decir del doctor Luis Carlos Pérez, lo encontramos en el ministro italiano Rocco quien la definía como «la libre disposición del propio cuerpo dentro de los límites fijados por el derecho y por las costumbres sociales». [...] Por consiguiente, una persona de suficiente discernimiento puede tener relaciones sexuales con quien le plazca, sin que viole norma penal alguna mientras no ofenda la moral pública en exhibiciones punibles"[11].

Esta descripción ayuda a ahondar en la concepción de la época del bien jurídico, sumando, además, las consideraciones morales como elemento límite de interpretación de la libertad sexual, elemento que también tiene en cuenta la Corte cuando se aproxima a casos concretos[12].

El otro bien jurídico protegido en dicho capítulo es el honor sexual. Aquí, como lo menciona la doctrina, se debe hacer una distinción importante entre el honor y la honra, y resaltar el error en que, según doctrinantes y jurisprudencia, incurre el Código de 1936 en relación con esto[13]. El honor se ha definido como *el sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia persona*[14] y la honra como *buena fama o reputación de que goza una persona ante los demás*[15], por lo que se afirma que en los delitos sexuales lo que realmente se está protegiendo

[11] García Sánchez, *op. cit.,* págs. 21-22.

[12] Al respecto es relevante tener en cuenta la sent. de 13 febrero 1973, "G. J.", t. ci, núm. 2266 de la C. S. de J., Sala de Casación Penal, en la cual, la Corte se aproxima a un caso de corrupción de menores en donde una menor de dieciséis años, sujeto pasivo del delito, no resulta ser objeto de protección sexual, pues tanto el bien jurídico "libertad sexual" como "honor sexual", no se protegen teniendo en cuenta que la menor ya había tenido relaciones sexuales consentidas previamente y tenía reputación de "mujer de la calle" y que frecuentaba sitios de "mala muerte".

[13] Arcila González, *op. cit.*, págs. 36-38.

[14] Luis Carlos Pérez citado por García Sánchez, *op. cit.,* pág. 18.

[15] Ibíd.

es la honra y no el honor, pues este último corresponde a un aspecto puramente subjetivo, casi indeterminable para el derecho penal. Como lo afirmó el Tribunal Superior de Bogotá:

> "Nuestro Código habla de defensa del honor, delitos contra el honor sexual; parece que el término no es el más propio: debía decirse defensa de la honra, ya que lo defensable es esto último, pues el honor es la consecuencia de la existencia de la honra; quien pierde la honra, la apreciación y estima de sus conciudadanos, y quien llega a este extremo pierde el honor"[16].

Es decir, que lo que protege este bien jurídico es la indemnidad de un individuo que se comporta de acuerdo con las expectativas sociales en relación con la conducta sexual y que es vulnerado en dicha integridad con base en una conducta delictiva, como lo define Gutiérrez Gómez:

> "Tomemos por ejemplo el concepto de honor según el sexo de la persona: el honor de la mujer radica de modo principal en la estimación en que la tenga la sociedad por la conducta digna que observe en cuanto a las relaciones sexuales. Su honor sufre mengua y menosprecio si mantiene relaciones carnales que la sociedad reputa como ilícitas"[17].

Dentro del contenido de este bien jurídico se encuentra la virginidad, elemento de tal alcance, que en algunos casos el hecho de que el sujeto pasivo hubiera tenido relaciones sexuales anteriormente y con otros hombres distintos al sujeto activo, hizo inexistente el bien jurídico por lo cual la Corte procedía a la absolución[18]. En esa medida, vale la pena citar sus consideraciones con relación a este bien jurídico:

> "Es incuestionable que una mujer que ha faltado a la castidad no es sexualmente honesta [...].
>
> "El honor sexual requiere, para ser conservado, la abstención de los placeres libidinosos calificados de ilícitos por la moral media que un pueblo dado exige, igualmente una correcta actitud respecto del pudor público y privado. En lo que respecta a la mujer, la moral sexual se confunde con la castidad, entendida esta como el sometimiento a las normas que gobiernan al uso de los placeres eróticos,

[16] Arcila González, *op. cit.*, pág. 37.

[17] Ibíd.

[18] Al respecto véase pie de página núm. 13.

> o, como lo señalan los moralistas, «virtud por la cual reprimimos la concupiscencia de la carne por el gobierno de la razón» [...].
>
> "Así pues, si una mujer se ha entregado voluntariamente, permitiendo que un varón realice con ella el acceso carnal y este trato erótico resulta moralmente ilícito por constituir una falta contra la castidad, es obvio que deja de ser sexualmente honesta, si a ello fue determinada únicamente por satisfacer su apetencia genésica.
>
> "Esa persona ya no es, por tanto, sujeto pasivo moralmente corruptible mediante una posterior entrega sexual a otro hombre, si este nada nuevo y lesivo de la honestidad sexual ha realizado en ella. Vale decir, si la actividad erótica cumplida por el agente no es de primera enseñanza, así resulte también moralmente ilícita como la anterior. La repetición de igual acto libidinoso, en las mismas condiciones de ilicitud moral (de falta de castidad de la menor púber) no tiene idoneidad para ofender una honestidad sexual que otro ya lesionó en el mismo grado"[19].

Teniendo claro entonces el ámbito de protección de cada uno de los bienes jurídicos contemplados por el capítulo objeto de análisis, hay que ver cuál de ellos es el protegido por el delito de estupro. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que contemplaban dicha conducta, el bien jurídico protegido era la honestidad o la honra sexual, en atención a argumentaciones similares a las que se expusieron anteriormente, de igual manera en el ordenamiento colombiano durante la vigencia del Código Penal de 1890[20]. Sin embargo, una lectura cuidadosa de la normatividad colombiana de 1936 evidencia un cambio en la protección del bien jurídico del honor a la libertad sexual, lo cual resulta, en particular, interesante de la normatividad colombiana, pues extiende la protección más allá de las nociones morales acerca de la moralidad y la amplía a un concepto menos moral y más jurídico, como es la libertad sexual de todas las mujeres, vírgenes, honestas o no. Lo anterior se puede identificar de la siguiente forma en el articulado:

En primer lugar, en el artículo 320 cuando se refiere al sujeto pasivo del delito, no requiere características especiales para la mujer en términos

[19] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 13 febrero 1973, "G. J.", t. CI, núm. 2266, págs. 335-336 (véanse hechos en pie de página núm. 13).

[20] C. P. de 1890, art. 718. "El que abuse deshonestamente de la mujer *que no sea ramera conocida* como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con la apariencia de verdadero, sufrirá la pena de ocho a doce años de presidio" (cursivas fuera de texto).

de honor sexual, solo en lo relativo a la edad, pues por debajo de los catorce años de edad estamos ante un delito de violación considerando la invalidez del consentimiento de los menores de dicha edad. Por consiguiente, este cambio ya no requiere "honestidad" de la mujer; por lo cual, por ejemplo, mujeres viudas o incluso trabajadoras sexuales, pueden ser sujetos pasivos del delito de estupro. Esta construcción de la norma muestra que lo que se desvalora en el delito de estupro es la vulneración del consentimiento de la mujer, la violación de su capacidad de elegir sin error, cuando decide elegir con quién tener una relación sexual. En el segundo inciso del mismo artículo, se ve también la ampliación para la segunda modalidad de estupro a cualquier persona, por lo que ya no se requiere ni siquiera que sea mujer, sino sencillamente el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo para conseguir el acceso. Esta norma tampoco exige la honestidad sexual de la persona que sea sujeto pasivo de estupro impropio. De lo anterior se deduce que, incluso, los hombres pueden ser sujetos pasivos del estupro en esta segunda modalidad. Lo anterior solo demuestra un reconocimiento particular de la autonomía sexual, lo que consideramos es una característica vanguardista del derecho penal colombiano de la época, en relación con otros ordenamientos.

El segundo elemento de la normatividad que permite asegurar que el bien jurídico protegido, en el caso concreto, es la libertad sexual y no el honor sexual, se puede identificar en el artículo 322[21] del Código Penal de 1936. Cuando este artículo establece un atenuante de la pena para el delito cometido con meretriz o mujer pública está afirmando dos cosas: en primer lugar, que el bien jurídico no es el honor sexual, ya que, como lo ha afirmado la Corte, dichas mujeres no son portadoras de dicho bien jurídico, por lo que no cabría la atenuante. En segundo lugar, vemos que también protege el honor sexual pero no como bien jurídico principal, sino accesorio, y en casos particulares donde la mujer sea portadora de este, dándoles una mayor protección a las mujeres "honestas". Este es el fundamento de la atenuante, un menor desvalor de resultado por la no vulneración del honor sexual. Por consiguiente, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, incluso hay doctrinantes de la época como Antonio Vicente Arenas y Enrique García Sánchez que afirman:

[21] Art. 322. "Las penas señaladas en los capítulos anteriores serán disminuidas hasta en la mitad si la víctima de los delitos allí previstos, es una meretriz o mujer pública. En este caso no se puede proceder sino a [en] virtud de acusación particular".

> "[...] el estupro ofende la libertad sexual, «a la que tienen derecho todas las mujeres, sean solteras, casadas o viudas, vírgenes y desfloradas, honestas o deshonestas, menores o mayores de edad» (García citando a Arenas). Sin desconocer que hay casos en que se ofende el honor sexual de las víctimas de estupro dadas ciertas calidades que ostentan algunas de ellas [...] las circunstancias en las que se vulnera el honor sexual son excepcionales y no representan una constante del delito de estupro"[22].

Pese a la estructura de la norma, la Corte Suprema de Justicia siguió tratando al estupro como si fuera un delito contra el honor sexual y considera la existencia de dicho elemento como fundamental para verificar la vulneración del consentimiento, como se desprende de la sentencia del 3 de diciembre de 1936. En dicha sentencia, el procesado Manuel Enrique Quiroga Muñoz obtiene el acceso carnal con la señorita Rosa Deyanira Giraldo bajo promesa formal de matrimonio, que nunca se cumplió. En dicho caso, la defensa alega indebida valoración e interpretación de las pruebas considerando que le da mérito suasorio pleno al testimonio de la víctima, cuando según la regla probatoria del momento, dicho testimonio no podía tener dicha valoración, pues era normal que se alteraran las circunstancias, por la afectación del ilícito, a la persona. Por otra parte, alega que dicha promesa de patrimonio no se cumplió porque la señorita Giraldo no era virgen, por lo cual no podía celebrarse el matrimonio según lo consideraba el señor Quiroga[23].

Todo el debate se dio alrededor de estos dos puntos y la vía que utilizó la Corte para resolverlos fue, precisamente, la del honor sexual. En relación con el mérito suasorio del testimonio, afirmó la Corte que, dadas sus características morales y su honor sexual, era muy posible que debido a su ingenuidad la víctima fuera engañada por el señor Quiroga. Para el segundo punto, de igual forma, dan un valor probatorio muy importante al testimonio del señor Ernesto Garzón Arias, quien era exnovio de la víctima, y dio fe de su honor sexual por lo cual desestimaron las alegaciones de la defensa. Lo anterior puede observarse en el siguiente fragmento:

> "Antes, por el contrario, son muchas las circunstancias procesales que ponen de presente la sinceridad y veracidad de la imputación criminosa hecha por la referida muchacha, como que se sabe de

[22] García Sánchez, *op. cit.,* págs. 19-20.

[23] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 1º octubre 1963, "G. J.", t. xxxii, núms. 2268-2269.

> ella que siempre observó en la población donde residía con sus padres, una magnifica conducta social y familiar, que, por lo mismo, la hizo merecedora al calificativo de mujer honesta, es decir, de mujer absolutamente ajena a tratos indecorosos con los hombres, que nunca abandonó su hogar, ni pernoctó o frecuentó lugares de dudosa moralidad.
>
> "Si tales eran sus condiciones sociales y familiares, y así, además, su novio anterior, esto es, el señor Ernesto Garzón Arias, con su testimonio pone de presente —contra el querer del acusado— que la ofendida de autos era una ingenua e inexperta muchacha «muy digna y muy buena», ningún obstáculo existe para creer sin vacilación que si Rosa Deyanira accedió a tener relaciones carnales con su último novio, el acusado, fue porque este, como ella lo dijo en un principio y lo sostuvo después durante el careo del folio 12 vuelto del cuaderno primero, la halagó y la sedujo mediante la promesa seria de casarse con ella.
>
> "Lo anterior es suficiente para considerar que carece de fundamento el segundo cargo"[24].

En la revisión del resto de la jurisprudencia relacionada con el estupro, el trato de la Corte es similar a lo que sucede en el caso concreto. Sin embargo, esto no altera la naturaleza del delito y de la normatividad colombiana, sino que deriva en una aplicación incorrecta de la misma que reduce los derechos de la mujer y el ámbito de protección de la norma en el momento cuando es aplicada por los jueces.

A) *La afectación a la libertad: consentimiento y disentimiento*

Teniendo claro que el bien jurídico protegido es la libertad, la pregunta que surge es ¿por qué se considera que el estupro vulnera la libertad si en todo caso exige que haya consentimiento del sujeto pasivo en el acceso para su consumación? Esto sucede en otros casos como la violación, donde no existe el consentimiento, pues se vulnera mediante la violencia o en los accesos abusivos, donde existe ontológicamente pero no es válido, por ejemplo, en el caso de menores de catorce años[25].

Por esto es clave tener presente la forma y grado en que se vulnera el bien jurídico protegido por el delito de estupro, para hacer una

[24] Ibíd., págs. 380-381.

[25] Cabe hacer la aclaración de que, en la normatividad de 1936, dicha conducta era una modalidad de violación, mientras en la legislación del 2000 se considera un acceso abusivo.

diferenciación en relación con la violación u otros delitos, por lo que tomamos las palabras de García Sánchez:

> "Por el contrario, en el estupro la vulneración al citado bien jurídico es más sutil. El sujeto pasivo otorga su consentimiento para el acceso carnal y solo surge la punibilidad del hecho al analizar los medios empleados para obtener el consenso de la víctima [...]. Para apreciar la lesión a la libertad sexual es preciso parar mientes en la depreciación sufrida por la insidia y la astucia del responsable. El sujeto pasivo cede a los requerimientos engañosos del estuprado en virtud del error en que se ha sumido. A diferencia de lo que acaece en la violencia carnal, en el estupro la víctima sí presta su consentimiento, pero un consentimiento devaluado, deteriorado por el engaño y, por ende, jurídicamente ineficaz, por lo que es inocuo para quitar el carácter de delito al acceso carnal obtenido"[26].

Ya se había dicho antes que la característica distintiva del estupro es la ausencia de violencia para obtener el acceso y que eso es lo único que tienen en común las dos modalidades del mismo que aparecen en la legislación. Sin embargo, esto solo nos permite trazar la línea entre estupro y violación, pero no encontrar la característica distintiva del estupro en sí mismo. Para esto se debe tener en cuenta lo que se desprende de la norma, la forma en que se definió el bien jurídico y las luces que sobre esto arroja la cita que se acaba de mencionar.

En primer lugar, se debe tener en cuenta entonces la definición de libertad sexual, en la cual se encuentran dos dimensiones: por una parte, la capacidad de elegir con quién se desea tener relaciones sexuales de cualquier tipo y, por otra, la posibilidad de disentir si realizar o no dichas actividades. Las dos dimensiones requieren que el consentimiento esté libre de vicios (*i. e.*, fuerza y, particularmente, error) en el momento en que el titular del bien jurídico toma dicha decisión. Si se presta atención a las circunstancias que presenta la norma, se observa que es evidente que, en circunstancias normales y libres de alteraciones, el titular del bien jurídico no consentiría al acceso con el estuprador. Por tanto, este debe recurrir a los medios enunciados por la norma para obtenerlo. En el caso del estupro propio, lo que terminan por hacer estos medios es alterar la percepción de la realidad de la víctima para que bajo falsas creencias o falsos hechos tome una decisión que no habría tomado en otras circunstancias, o en el caso de quien se encuentra en incapacidad

[26] García Sánchez, *op. cit.,* págs. 22-23.

de resistir, aprovecharse de su incapacidad de disentir. En esta medida, el consentimiento del sujeto, las acciones de uso y disposición que puede hacer de su libertad, se encuentran vulneradas, pues las circunstancias que crea el autor mediante su engaño evitan que pueda tomar una decisión libre de vicios. En esto consiste la lesividad del estupro, en la disminución o anulación de la capacidad de discernimiento para obtener el acceso carnal, pues el sujeto pasivo en otras circunstancias se habría negado. En palabras de CARRARA:

> "La mujer que se entrega a la vista del oro o por los ruegos, no puede decir que no consintió y que no dispuso de su derecho; puede decirlo, sin embargo, la mujer a la que se hizo creer algo que la determinó a consentir, siendo que si hubiese sabido que eso era falso, no habría consentido"[27].

5. ANÁLISIS CONCRETO DEL DELITO

Luego de haber hecho una descripción general del delito de estupro en sus dos supuestos, se pasará a analizar cada uno de ellos y sus elementos para tener una visión detallada de cada uno y resaltar los elementos que resultan de interés, como se mencionó al inicio de este capítulo. En términos generales, es un tipo de resultado que se consuma con la obtención del acceso carnal, se identifica el inicio de su fase de ejecución con el despliegue de los actos encaminados al engaño en el caso del estupro propio y con el inicio de actos ejecutivos encaminados al acceso en el caso del estupro impropio. Dependiendo del medio que se evalúe, puede ser abierto o cerrado, como se analizará en cada caso.

A) *Estupro propio*

La primera modalidad de ejecución del delito de estupro es la que ha sido denominada estupro propio, definida de este modo, pues implica la realización de actos del sujeto activo encaminados a viciar el consentimiento y orientados a obtener el acceso carnal. El tenor literal, como aparece en la normatividad de 1936, es el siguiente:

> "Artículo 320. El que obtenga el acceso carnal a una mujer mayor de catorce años, empleando al efecto maniobras engañosas o su-

[27] CARRARA citado por GARCÍA SÁNCHEZ, *op. cit.,* pág. 39.

> percherías de cualquier género, o seduciéndola mediante promesa formal de matrimonio, está sujeto a la pena de uno a seis años de prisión".

Es un tipo de sujeto activo común, en principio; sin embargo, de acuerdo con la doctrina de la época y con los casos encontrados en la jurisprudencia de la Sala Penal, la conducta solo podía ser realizada por un hombre ya que la mujer estaba incapacitada anatómicamente para hacerlo[28]. Esto se esclarece aún más si se tiene en cuenta cuál es el sujeto pasivo de dicha conducta, calificado, al afirmar que debe ser mujer mayor de catorce años. Consecuentemente, el único sujeto capaz de acceder a una mujer de catorce años era el hombre. Además, si se tienen en cuenta las costumbres de la época y la definición formal de matrimonio consagrada en el Código Civil[29], la promesa formal de matrimonio solo podría realizarla el hombre, pues el único matrimonio posible era el heterosexual; consecuentemente, una promesa de matrimonio entre sujetos de distinta identidad y orientación sexual no se podría considerar seria, lo que es un requisito específico de este elemento, como se desarrollará más adelante.

En los otros modos de ejecución: maniobras engañosas o supercherías, no es claro si se limita al hombre, ya que no hay una práctica común que determine según el contexto que la ejecución de dichos actos esté limitada a individuos del sexo masculino. Sin embargo, considerando nociones de la época de acceso[30], dicho acto solo podía realizarlo el

[28] Arcila González, *op. cit.*, pág. 26.

[29] Art. 113. "*Definición*. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

[30] Se presentan a continuación algunas definiciones de acceso carnal para ilustrar el punto: a) "El hecho que concreta el delito, debe en todo caso consistir en una «conjunción carnal». *Con tal expresión se designa todo hecho en virtud del cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, en tal forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de él.* Si no existe compenetración corporal, no hay «conjunción» sino simple *contacto*, por más íntimo y susceptible que sea de dar un placer igual o superior al del coito. [...] Cuando exista la compenetración carnal de que se habla, es indiferente el punto (idóneo) del cuerpo en el cual ocurre (según o contra natura). Por esto, el delito subsiste, tanto en el caso de coito vaginal, como en el de coito anal u oral". Vincenzo Manzini, *Delitos contra la libertad y el honor sexuales*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1950, pág. 25. b) "El estudiar el delito de violencia carnal vimos que la expresión *acceso carnal* no debe tomarse como sinónimo de *coito*, sino de ayuntamiento carnal por cualquiera de las vías orgánicas, bien sea por la que *está naturalmente* conformada para la cópula o por otra que permita ejecutar un acto equivalente. [...] en Colombia no se requiere la

hombre mediante la introducción del asta viril en las cavidades vaginal, anal u oral de la mujer[31]. Tampoco se encuentra en la jurisprudencia mención de casos donde el acceso se realice con instrumentos o partes del cuerpo distintas al órgano sexual masculino.

El siguiente elemento a considerar son los modos de ejecución del tipo dentro de los cuales encontramos tres hipótesis: a) maniobras engañosas, b) supercherías de cualquier género y c) la seducción mediante promesa formal de matrimonio. A la última modalidad se le dedicará un capítulo específico dentro de este trabajo en consideración a su desarrollo jurisprudencial que merece especial atención. Solo se precisará la definición de seducción, resaltando que es la utilización de cualquier técnica o maniobra con el fin de ilusionar, o deslumbrar, para obtener de ella deberes propios del matrimonio[32]. Se resalta aquí que lo que sucede con esta primera modalidad, no es alterar la libido de la mujer para obtener de ella el acceso, sino ilusionarla de tal forma que bajo la ilusión del matrimonio e inspirada por el amor y la devoción a su futuro marido, anticipara sus deberes conyugales.

Con respecto a las maniobras engañosas, la nota distintiva que identifica la doctrina es la elaboración de estas para darles apariencia de verdad de forma tal que resulten eficientes para llevar a error a la víctima[33]. Es fundamental tener en cuenta aquí, en primer lugar, la susceptibilidad de llevar a error a la víctima, por lo cual no bastan simples mentiras, sino

---

honestidad del sujeto pasivo para que pueda tipificarse el delito de estupro, nosotros consideramos que —al menos en Colombia— el acceso carnal contra natura, practicado con la mujer seducida o engañada, sí constituye delito de estupro. Es decir, que tomamos la expresión *acceso carnal* en su acepción más amplia. En cuanto al acceso carnal, en sí mismo, es aplicable al estupro lo que ya dijimos al hablar de la violencia carnal; es decir, que basta la introducción del asta viril en la cavidad apropiada o inapropiada de la mujer, para que se dé por establecida su existencia. Esa introducción es indiferente que sea más o menos completa, como es indiferente la perfección fisiológica del acto por eyaculación". Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte especial, t. ii, Bogotá, 1960, págs. 179-180.

[31] La inclusión de los orificios oral y anal, es una derivación del bien jurídico "libertad sexual" y no el honor. Lo anterior considerando que cualquier actividad sexual por estas dos cavidades era propia de una mujer carente de honor y honra, por lo que no podrían caber si el bien jurídico protegido fuera el honor sexual. Accesos con otras partes del cuerpo o el uso de instrumentos no estaban contemplados en la jurisprudencia o doctrina de la época.

[32] García Sánchez, *op. cit.*, pág. 38.

[33] Ibíd., págs. 35-36.

que deben ser determinantes para la vulneración del consentimiento, "[...] exige una escenificación apropiada, un maquillaje de los hechos, un montaje adecuado a la finalidad perseguida que induzca al acceso carnal y, en fin, una convicción tal, que prácticamente apabulle y desvíe el razonamiento del sujeto pasivo"[34]. En segundo lugar, su carácter más amplio que la seducción mediante promesa de matrimonio, pues permite cualquier tipo de maniobra engañosa, desde que sea determinante para llevar a la mujer a consentir el acceso.

Define la Real Academia Española, 'superchería' como "engaño, dolo, fraude"[35]. Sin embargo, dicha definición no permite hacer una diferenciación frente a otras modalidades de estupro. En este caso se recoge lo enunciado por García Sánchez, quien se basa en el principio de eficacia de la norma para resaltar la diferencia entre supercherías y maniobras engañosas. Aquella modalidad está orientada a dar protección a las personas que por su "ignorancia o grado extremo de incultura" sean susceptibles de engaño. El autor afirma lo anterior considerando la realidad de los sectores rurales y populares de la población donde dada la creencia en supersticiones y la carencia de educación formal, eran vulnerables frente a engaños aparentemente evidentes[36], pero que podían conducirlos a su entrega carnal. Aquí está la diferencia en la apreciación de la idoneidad y elaboración de la superchería frente a la maniobra engañosa.

B) *Estupro impropio*

La segunda modalidad de estupro que se encuentra en el Código Penal de 1936 es el denominado estupro impropio. Cae dentro del ámbito de protección de este delito, pues sigue compartiendo su característica de obtener el acceso carnal por medios distintos a la violencia; sin embargo, se denomina impropio, ya que el sujeto activo no realiza ningún acto encaminado a disminuir el consentimiento pleno de la víctima, sino que, identificando el estado reducido de este, se aproveche de esta situación para obtener el acceso. A continuación, se presenta la transcripción del segundo inciso del artículo 320 de la mencionada normatividad para analizar los elementos de particular interés: "[...] a la misma pena está sujeto el que tenga acceso carnal con una persona que padezca de alienación mental o que se halle en estado de inconsciencia".

[34] Ibíd., pág. 36.

[35] *Diccionario de la Real Academia Española*, edición del tricentenario.

[36] García Sánchez, *op. cit.,* pág. 36.

Cabe resaltar que dicha modalidad de estupro no fue la más frecuente y que en el trabajo de archivo realizado, no se encontraron sentencias en las cuales la Corte Suprema de Justicia se ocupara de este supuesto de hecho.

Esta norma nos presenta dos sujetos pasivos claramente identificados que difieren el uno del otro. En primer lugar, la persona que padece alienación mental es similar a la de la persona que padece de un trastorno psicológico o psiquiátrico, permanente o transitorio, con base o sin base patológica, que le impida en el momento en que el estuprador procura el acceso disentir o emitir consentimiento jurídicamente válido[37]. Hacer en este artículo un análisis de lo que en la época se denominaba alienación mental, excede los propósitos del trabajo y es un trabajo propio de la psicología o la psiquiatría. El interés es resaltar por qué se considera que aquí hay una vulneración de la libertad y es, precisamente, el hecho de que la persona no puede comprender de manera plena la realidad, por lo cual para el derecho su consentimiento no resulta válido[38].

El segundo sujeto pasivo de esta modalidad, es la persona que se encuentra en estado de inconsciencia, por lo cual, al no tener conciencia de la realidad, está impedida para consentir o disentir libre de vicios acerca de su integridad sexual[39]. La diferencia con el alienado mental, es que la persona en este caso no tiene ninguna alteración de orden psicológico o psiquiátrico, sino que tiene pleno uso de sus facultades regularmente, la inconsciencia entonces corresponde a una situación transitoria no procurada por el estuprador, que le impide consentir libremente[40].

Finalmente, sobre esta modalidad, se debe hacer la precisión de que se requiere que la víctima se encuentre en estado de indefensión no procurado por el estuprador, por lo que requiere dolo de aprovechamiento. Si el autor del acceso sea quien procuró la situación de indefensión, nos encontramos ante un delito de violación y no de estupro[41].

6. Caracterización de la promesa formal de matrimonio

Se ha indicado que la *promesa formal de matrimonio* como medio de seducción se introdujo al Código Penal de 1936 como evolución

[37] Ibíd., pág. 49.

[38] Ibíd.

[39] Ibíd., pág. 60.

[40] Ibíd.

[41] Arenas, *op. cit.,* pág. 194.

del medio de engaño previsto por el anterior Código de 1890, que se refería a un *matrimonio fingido*. También se aclaró que el tipo de 1936, al establecer como medios de engaño y de seducción tanto *maniobras engañosas o supercherías* como la *promesa formal de matrimonio*, no elimina el matrimonio fingido como medio para cometer el delito, ya que se entiende que un matrimonio fingido es una maniobra engañosa eficaz que continúa cobijada por el tipo de estupro.

Más allá de estas aclaraciones, la promesa formal de matrimonio como medio de seducción suficiente para la tipificación del delito de estupro se trató en varias ocasiones en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Puesto que fue necesario, por un lado, especificar qué caracteriza a una promesa de matrimonio como *formal* y, por otro, diferenciar los casos en que la promesa formal de matrimonio es fraudulenta *ab initio* de los casos en que esta fue una promesa honesta pero las intenciones del culpable cambiaron posteriormente.

Respecto de qué caracteriza a una promesa de matrimonio como *formal*, la Corte afirmó que debe tenerse en cuenta el contexto de los implicados y qué corresponde a una promesa formal de matrimonio en su medio social. Por tanto, la Corte tiene en cuenta que no en todos los grupos de la sociedad colombiana de la época se requerían las mismas formalidades para una promesa de matrimonio. Además, considera que lo central de la formalidad de dicha promesa radica en la confianza que la víctima pueda tener de que dicha promesa se vaya a realizar. La Corte indicó:

> "La formalidad de la promesa debe apreciarse, en primer término, de acuerdo con la objetividad del medio en que actúan los protagonistas en el sentido de que debe tenerse en cuenta lo acostumbrado, para tales casos, en su nivel social. Pero también debe tomarse en consideración la fe que la víctima haya podido depositar en el promitente en cuanto a la seriedad de la promesa y que mana de las condiciones sociológicas de aquella, su grado de ilustración, etc.
>
> "En el caso de autos, la posición social de los protagonistas no pedía, como en otro de más alto nivel, preparativos materiales de la boda. Bastaba con que se tuvieran por serias las intenciones del novio, a [en] virtud de lo manifestado por él y que, por tal motivo pudiera nacer en la ofendida una justificable confianza en la próxima realización del matrimonio"[42].

[42] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 7 febrero 1970, "G. J.", t. CXXXIII, núms. 2322-2323-2324.

Como puede verse, el carácter formal de la promesa debe considerarse conforme a las características específicas del implicado. Esto podría considerarse con el Código Penal vigente (Ley 599 del 2000) y la Constitución Política colombiana de 1991, como una violación a los principios de taxatividad y de favorabilidad penal, ya que da pie para interpretaciones que generen efectos negativos al implicado. Según el principio de taxatividad, las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal deben estar consignadas en ella con toda claridad[43], por lo que "el legislador debe usar un lenguaje claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de todos los ciudadanos"[44]. También podría considerarse como una violación al derecho a la igualdad, ya que el estándar valorativo de la norma no sería uniforme.

Por otro lado, sobre el *carácter fraudulento* de la promesa de matrimonio, la Corte aclara que el tipo de estupro aplica también a los casos en que la promesa fue originalmente honesta, pero ante un cambio de ánimo del culpable este decidió aprovechar la confianza de la víctima para conseguir el acceso carnal antes de romper la promesa. Al respecto, dijo la Corte:

> "No se necesita, a juicio de la Corte, que la promesa formal de matrimonio haya sido hecha *ab initio* con el fin de engañar, como sí sucede con las maniobras engañosas o las supercherías en las cuales la intención fraudulenta de obtener el acceso carnal debe ser previa a los actos de engaño. La promesa formal puede haber sido hecha con buenas intenciones, seriamente, pero cambiar luego el ánimo del culpable y decidir aprovecharse de la confianza que esa promesa ha despertado en la víctima para obtener el acceso carnal y luego no cumplir lo prometido. Si tal cosa sucede se está frente a estupro, ya que, de todos modos, la promesa fue usada como medio de engaño y puede hablarse perfectamente de seducción"[45].

Tampoco se considera válida la promesa de matrimonio en los casos en los que el sujeto activo realmente desea casarse con la estuprada y con base en esa promesa ella consiente al acceso, pero el estuprador ya tiene otro matrimonio válido, que oculta, por lo cual la promesa de

[43] Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, Parte general, 6ª ed. actualizada, Bogotá, Edic. Jurídicas Andrés Morales, 2014, pág. 82.

[44] Ibíd.

[45] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 7 febrero 1970, "G. J.", t. cxxxiii, núms. 2322-2323-2324.

uno nuevo no es legalmente válida. En este caso, de llevarse a cabo el matrimonio en cuestión, el sujeto activo estaría cometiendo un concurso entre estupro y bigamia, como se explicará más adelante.

7. Concursos

Antes de concluir el presente texto, cabe aclarar cómo se concursa el delito de estupro con delitos conexos como el rapto y la bigamia.

El concurso material de los delitos de rapto[46] y estupro puede configurarse en casos como el narrado por la Corte en sentencia del 6 de marzo de 1951. En este caso, un sujeto, estando ya casado, sedujo a una menor de edad, obteniendo que abandonara su hogar al engañarla afirmando ser soltero y ofreciendo casarse con ella. Aquí, la Corte imputó los delitos de rapto y estupro, y afirmó que dicho concurso no configura una violación al principio de *non bis in idem*. Se configuró rapto porque mediante maniobras engañosas (el noviazgo y la promesa de matrimonio) el sujeto sustrajo a la mujer de la tutela de su familia, con el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual. También se configuró estupro porque mediante las mismas maniobras engañosas se obtuvo el acceso carnal[47]. La Corte explica en la misma sentencia:

> "Para que exista el delito de estupro es necesaria la realización del acceso carnal: para que exista el delito de rapto, no es necesaria la satisfacción o realización del deseo erótico sexual, solo es indispensable la existencia de ese propósito unida al acto material de la sustracción, arrebato o retención de la mujer raptada para que el delito se perfeccione. De manera que los malditos, aunque en algunos casos tengan un mismo fin, tanto el uno como el otro subsisten independientemente como figuras autónomas delictuales, sin que esta simple coincidencia pueda incidir en una violación del principio *non bis in idem*"[48].

Otro concurso tratado por la jurisprudencia es el de bigamia y estupro. En esta ocasión se trata de casos en que quien ya está casado contrae matrimonio con el propósito de lograr el acceso sexual con una

[46] Art. 350. "El que por medio de violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, está sujeto a las siguientes penas: [...]".

[47] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 6 marzo 1951, "G. J.", t. LXIX, núm. 2093.

[48] Ibíd.

persona. Al respecto, la Corte explica que "[...] la bigamia se realiza por el solo hecho de contraer matrimonio quien sabe que está ligado por uno anterior o por contraer matrimonio por persona válidamente casada (art. 359[49]). Pero no requiere, para su consumación, ni el acto carnal, ni mucho menos la cohabitación"[50].

8. Conclusiones

El estupro es un delito contra la libertad sexual que estuvo vigente en Colombia hasta la expedición del Código Penal del 2000, y que fue sujeto de una evolución jurisprudencial de la cual surgieron elementos que llevaron a la conformación de tipos aún vigentes en Colombia. Es un delito que vio la evolución de la separación entre los conceptos de delito y de pecado, así como la evolución del bien jurídico de libertad y "honor" sexual. Resulta de particular interés resaltar la diferencia de la legislación colombiana en este aspecto frente a otros ordenamientos de su tiempo en relación con el bien jurídico, haciendo la aclaración en todo caso, de que, a pesar de esta diferencia, la asociación del estupro con la moral pervivió en la jurisprudencia. Se espera haber aportado con el presente texto a la discusión sobre la evolución de los delitos sexuales en Colombia, para ahondar en la forma en que el derecho penal ha ido cambiando para ajustarse a la sociedad y proteger sus derechos sin invadirlos.

9. Bibliografía

A) *Normatividad*

Congreso de la República, Ley 57 de 1887, "Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional", Código Civil. Bogotá, 1887.

— Ley 19 de 1890. Código Penal de 1890, Bogotá, Imprenta Nacional, 1906.

— Ley 95 de 1936. Código Penal de 1936, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 23316, págs. 209-232.

[49] Art. 359. "El que estando ligado por un matrimonio válido contraiga otro, y el que siendo libre contraiga matrimonio con una persona válidamente casada a sabiendas de la existencia de tal vínculo [...]".

[50] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 26 mayo 1946, "G. J.", t. LX, núms. 2032-2033.

B) *Jurisprudencia*

— C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 1º octubre 1963, "G. J.", t. XXXII, núms. 2268-2269.

— Sala de Casación Penal, sent. de 26 mayo 1946, "G. J.", t. LX, núms. 2032-2033.

— Sala de Casación Penal, sent. de 26 noviembre 1948, "G. J.", t. LXV, núms. 2068-2069.

— Sala de Casación Penal, sent. de 13 febrero 1973, "G. J.", t. CI, núm. 2266.

— Sala de Casación Penal, sent. de 7 febrero 1970, "G. J.", t. CXXXIII, núms. 2322-2323-2324.

— Sala de Casación Penal, sent. de 6 marzo 1951, "G. J.", t. LXIX, núm. 2093.

A) *Doctrina*

Arcila González, Antonio: *El delito sexual en la legislación colombiana*, 2ª ed., Bogotá, Edic. Caravana, 1959.

Arenas, Antonio Vicente: *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte especial, t. II, Bogotá, 1960.

García Sánchez, Enrique: *Del delito de estupro*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1965.

Manzini, Vicenzo: *Delitos contra la libertad y el honor sexuales*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1950.

Petit Candaudap y Celestino Porte: *Ensayo dogmático sobre el delito de estupro*, 5ª ed., Coyoacán, México, D. F., Edit. Porrúa, 1986.

Velásquez Velásquez, Fernando: *Manual de derecho penal*, Parte General, 6ª ed. actualizada, Bogotá, Edic. Jurídicas Andrés Morales, 2014.

Parte segunda

DERECHO PRIVADO

Capítulo V

El guardián de la actividad peligrosa: una solución jurisprudencial diseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia*

Marcela Castro de Cifuentes**

Resumen. La reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas es una problemática abordada con vigor por la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisprudencia ha construido un régimen especial en pro de las víctimas de estos accidentes. En este escrito se destaca la labor hermenéutica y creativa de la Sala Civil alrededor de este tema, que cuenta ya con una multitud de fallos que comienzan en los albores del siglo xx y llega hasta nuestros días con importantes debates sobre la función del sistema de la responsabilidad civil y la necesidad de su adaptación a las nuevas realidades sociales. En esa construcción, llama la atención el concepto de "guardián" de la actividad peligrosa, que surgió de manera tímida en la jurisprudencia de la Corte, pero paulatinamente se abrió un espacio significativo en los principios que hoy rigen la materia.

Palabras clave: responsabilidad civil extracontractual, actividades peligrosas, guardián de la actividad peligrosa, riesgo provecho, riesgo creado.

1. Introducción

Es indiscutible el aporte que ha hecho la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al régimen de la responsabilidad

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.92

** Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Docente e investigadora en temas de obligaciones, contratos, responsabilidad civil y derecho comercial. Directora del proyecto de digitalización de la Gaceta Judicial (*macastro@uniandes.edu.co*). La autora agradece a los estudiantes Juan José Gómez Dueñas, Valentina Castillo Barriga, Gonzalo Eduardo Reyes Rojas y José Miguel Gómez Arbeláez, quienes apoyaron con excelencia y entusiasmo la labor de investigación y análisis jurisprudencial. También agradece a Juan Carlos Durán, profesor asistente de Obligaciones por su colaboración en la búsqueda de materiales jurisprudenciales.

civil en Colombia. Al conmemorarse en 2017 los 130 años de la publicación de la *Gaceta Judicial* como medio oficial de divulgación de la jurisprudencia ordinaria, justo es reconocer y dar visibilidad al trabajo realizado por dicha sala y dar un merecido reconocimiento a los magistrados que, con su trabajo intelectual y su profundo compromiso con la justicia, han hecho posible contar con una colección invaluable de sentencias que han marcado el pulso del derecho nacional.

En particular, me referiré a la trascendental pregunta de quién es la persona llamada a indemnizar los daños causados a una víctima cuando estos ocurren en ejercicio de una actividad peligrosa. Esta parece una pregunta elemental con una respuesta simple, derivada del sentido común: el responsable es quien ha causado el perjuicio; es decir, quien se encontraba realizando la actividad peligrosa que ocasionó el detrimento. Pero la respuesta no es tan sencilla. Así lo revelan numerosas sentencias en las que la Sala Civil aborda la cuestión, iniciando una línea jurisprudencial en 1938 que evolucionó a lo largo del siglo xx y llega hasta hoy con importantes precisiones y matices. En dicho proceso, el "guardián de la actividad" se posicionó como criterio imperante, pero de paso se plantearon cuestiones de fondo sobre el papel del derecho de daños en la sociedad contemporánea.

En este escrito analizaré cómo la jurisprudencia de la Sala Civil de nuestra Corte Suprema elaboró y perfeccionó el concepto de "guardián" de la actividad peligrosa a partir de novedosas posturas teóricas sobre la función del régimen de la responsabilidad civil, como protectora de las víctimas en una sociedad masificada con peligros incrementales. Destacados doctrinantes colombianos han analizado esta problemática y han contribuido a su comprensión con sus valiosas propuestas. Sin embargo, este escrito se apoyará exclusivamente en las sentencias de la Sala de Casación Civil y la Sala de Negocios Generales que se han referido al tema, no con el ánimo de ignorar o subvalorar las ideas de los autores, sino para destacar la fuerza y la pertinencia de las fuentes jurisprudenciales en la consolidación del sistema de responsabilidad por daños.

2. Las actividades peligrosas

A manera de contexto, en esta primera parte debe delimitarse el concepto de "actividad peligrosa", que tiene un papel protagónico en el análisis que nos proponemos. Si bien nuestro Código Civil, al disciplinar la responsabilidad civil extracontractual, establece los requisitos

generales que deben concurrir para que ella surja, a saber, la conducta dolosa o culposa del agente, el perjuicio irrogado a un tercero y el vínculo causal entre la primera y el segundo, consagró varios supuestos en los que se produce el daño sin que haya un vínculo contractual previo, cuya repercusión práctica es establecer reglas específicas para el régimen de la culpa, en particular respecto de su prueba —o presunción— y de las causales de exoneración que proceden en cada caso. Dichos supuestos son los siguientes, según la clasificación que ha hecho carrera entre nosotros:

a) Responsabilidad directa o por el hecho propio, prevista en los artículos 2341 y 2345 del Código Civil.

b) Responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno, consagrada en los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil.

c) Responsabilidad por daños causados por las cosas, señalada en los artículos 2350, 2351, 2353 y 2354 del Código Civil.

d Responsabilidad en actividades peligrosas, prevista en el artículo 2356 del Código Civil, régimen al que nos referiremos en este documento.

En cuanto al artículo 2356, este expresa:

> "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.
>
> "Son especialmente obligados a esta reparación:
>
> "1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
>
> "2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche.
>
> "3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

Con fundamento en la norma transcrita, que contiene una enumeración puramente enunciativa y no taxativa, la jurisprudencia de la Sala Civil se ha encargado de precisar, en múltiples providencias, lo que debe entenderse por actividad peligrosa. La importancia de estas actividades ha venido en incremento, especialmente con el extraordinario progreso tecnológico que ha experimentado el mundo desde finales del siglo XIX y con particular fuerza en el siglo XX, cuando la sociedad ha contemplado con asombro el desarrollo de aparatos, sustancias y

técnicas que son producto de la creatividad y de la innovación de los empresarios en el mercado, que persiguen hacer más eficiente y rentable la producción de bienes y la prestación de servicios a los usuarios en una sociedad masificada. Este desarrollo ha traído un costo asociado: el de los accidentes y los daños a las personas y a sus bienes que esas nuevas dinámicas arrastran consigo.

Al respecto, ha señalado la Corte: "Los retos de la actualidad, aumentados por la aparición del maquinismo, la proliferación de accidentes asociados al transporte y la circulación de vehículos, la utilización de artefactos, instrumentos, sustancias y el despliegue de actividades riesgosas, repercutieron en la esfera de la responsabilidad civil"[1].

Y, en vista de los daños que de allí se derivan, en una providencia clásica de finales de los años treinta del siglo XX, la Corporación sostuvo: "La culpa extracontractual tiene como fundamento jurídico la realidad objetiva de la vida social y los deberes imperativos que a los asociados imponen las múltiples relaciones de convivencia. Si el ser humano vive en sociedad con sus semejantes, para ejercitar sus derechos y facultades debe emplear la mayor diligencia y el mayor esmero y cuidado, a efecto de que su actividad individual no vaya a lesionar el derecho ajeno o a perturbar el normal equilibrio que debe presidir las relaciones jurídicas de convivencia"[2].

Desde los primeros años del siglo pasado, la Corte se ocupó de estudiar estas actividades y con sus reflexiones —que no han estado exentas de debates y controversias teóricas y doctrinales— ha creado una robusta línea jurisprudencial que llega hasta nuestros días y que permite la cabal comprensión del régimen de responsabilidad civil por actividades peligrosas.

Ya en 1938, cuando los vehículos automotores circulaban en Colombia en cantidades considerables, en un caso en el que un automóvil atropelló a un ciclista, la Sala Civil señaló que *tales actividades implican peligros que están inevitablemente anexos a ellas*[3], y posteriormente subrayó que en tales eventos —los regulados por el art. 2356 del C. C.— el daño se produce por alguno de los *elementos que en la civilización*

[1] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 agosto 2009 (exp. 11001-3103-038-2001-01054-01).

[2] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 mayo 1938 ("G. J.", tomo XLVI, núm. 1936, pág. 515).

[3] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1938 ("G. J.", tomo XLVI, núm. 1934, pág. 211).

acarrean peligrosidad[4]; es decir, se trata de actividades caracterizadas por su potencial intrínseco de generar riesgos.

En otro caso decidido en ese mismo año, la Corte: "[...] respecto a la locomotora de ferrocarril y demás factores de progreso debe reconocerse plenamente que la aplicación de esos elementos a la vida nacional lleva consigo, por su propia índole, factores predominantes de *peligrosidad* que ocasionan necesariamente perturbaciones en las relaciones sociales y obligan a establecer un régimen jurídico severo que asegure la integridad patrimonial y garantice la indemnización por daños originados en una *actividad peligrosa*.

"[...] hay que aceptar que una locomotora alimentada con carbón produce chispas al hacerse la combustión, y esas chispas, al salir por la chimenea y ser ventadas por las corrientes atmosféricas pueden hallar materia combustible en las malezas circundantes y ocasionar incendios en los bienes y propiedades aledaños. Si esto es así, con estricta aplicación de la teoría mencionada, *hay que presumir la culpa del autor del daño, lo que le impone la obligación de destruir esa presunción demostrando la existencia de alguno de estos tres factores exculpativos: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elementos extraños*"[5] (cursiva fuera de texto).

En fallos posteriores, aludiendo a la construcción de edificios que ocasionan daños en propiedades colindantes, la Corte la calificó como peligrosa, precisando que se trata de una *actividad normal, lícita y socialmente útil,* pero que, dada su naturaleza y sus características, *por sí misma entraña peligros para los terceros*[6]. En otros pronunciamientos, reiteró la licitud de tales actividades, y añadió que estas se califican como peligrosas por *generar inseguridad para los demás ciudadanos al implicar riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños*[7],

[4] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 17 junio 1938 ("G. J.", tomo XLVI, núm. 1937, pág. 677).

[5] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 mayo 1938 ("G. J.", tomo XLVI, núm. 1936, pág. 515).

[6] Ibíd., Sala de Casación Civil, sents. de 5 abril 1962 ("G. J.", tomo XCVIII, núms. 2253-2254, pág. 341), reiterada por la de 4 noviembre 1964 ("G. J.", tomo CIX, núm. 2274, pág. 129), y de 13 marzo 1970 ("G. J.", tomo CXXXIII, núms. 2322-2323-2324, pág. 128).

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 27 abril 1972 ("G. J.", tomo CXLII, núms. 2352-2353, pág. 167). La parte demandada realizó una serie de excavaciones en la construcción de un edificio, y que al hacerlo derribó un muro de contención que terminó por producir, por cuenta de drenajes imprevistos, el deterioro de un inmueble propiedad del demandante.

aunque la actividad se desarrolle empleando toda la diligencia y el cuidado que esta exija, por su misma condición[8].

Para la aplicación correcta del artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha señalado también que, cuando el daño se origina en el accionar de una cosa, en el caso concreto, un camión, "[e]l carácter peligroso de la actividad generadora del daño, *no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión*"[9].

En otra ocasión, recogiendo elementos ya identificados y articulándolos con otros nuevos, la Corte proveyó una definición más completa al introducir la utilización de fuerzas que no están bajo el control total de las personas y la ruptura del equilibrio entre el que las emplea y los terceros, quienes nada tienen que ver con la actividad. Calificó de peligrosas las actividades desplegadas por el hombre en las que "utilizando en sus propias labores *fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control* y por lo tanto *capaces de romper el equilibrio antes existente*", de hecho, "había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión, aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige"[10].

En otra sentencia temprana, del 18 de mayo de 1938, la Corte fue elocuente al enfatizar este aspecto que justificaría la adopción de principios y reglas jurídicas especiales para la reparación de perjuicios causados en ejercicio de tales actividades:

> "[...] se hace necesario en las sociedades modernas acompasar la jurisprudencia a las actividades y adelantos del mundo moderno, procurando que ese cúmulo de nuevas energías e iniciativas y la profunda intensidad de las fuerzas mecanizadas no vengan a producir un hondo desequilibrio en la vida social y a perturbar las normales relaciones de convivencia, sobre todo en los centros habitados por densos núcleos sociales"[11].

[8] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 9 febrero 1976 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 30) y 18 marzo 1976 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 67).

[9] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 de mayo de 1972, ya citada.

[10] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992 (vehículo automotor) ("G. J.", tomo CCXVI, núm. 2455, pág. 499), definición acogida también por la sent. de 26 noviembre 1999 (accidente causado por bus de servicio público) ("G. J.", tomo CCLXI, núm. 2500, pág. 1141) y de 3 marzo 2004 (daños a cultivos por inundación Hidroeléctrica Betania, exp. C-7623).

[11] C. S. de J., Sala de Casación Civil de 18 mayo 1938, ya citada.

Tratándose de un daño derivado del ejercicio de una actividad reputada peligrosa —como lo es la conducción de un vehículo automotor terrestre, involucrado en el accidente que produjo el daño en el caso examinado— dicho apelativo procede dado el *riesgo que se crea para terceros, al ponérseles en movimiento*[12].

Y para la calificación de peligrosa, la Corte consideró que ella debe hacerse "en cada caso concreto, teniendo en cuenta la naturaleza propia de los elementos utilizados, las circunstancias en que la actividad se realiza y el comportamiento de quien la ejecuta o se beneficia, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que las cosas potencialmente peligrosas puedan causar daños a terceros"[13].

En síntesis, teniendo en cuenta el texto de la ley — C. C., art. 2356, y su interpretación jurisprudencial—, las actividades a las que nos referimos se caracterizan así:

a) Son lícitas;

b) Son, en sí mismas, creadoras de riesgos, por lo cual tienen un potencial mayor que otras actividades para causar daños a terceros, en su persona o sus bienes;

c) Son desplegadas con el empleo de cosas, instrumentos o fuerzas de las cuales quien las realiza no tiene absoluto control;

d) En razón de lo anterior, su desarrollo exige especial precaución y cuidado, y

e) Colocan a los terceros en una posición de inferioridad o indefensión frente a quien las despliega, generando desequilibrio en las relaciones de convivencia.

A lo largo de los años, en un proceso continuo de adaptación de las reglas jurídicas a la realidad social, la Corte en sus sentencias ha ampliado la gama de actividades que se consideran peligrosas para efectos de aplicarles el régimen jurídico especial, el cual se traduce principalmente en dos aspectos, que se examinarán con detenimiento más adelante: a) la presunción de culpa en contra del demandado, y b) la limitación de las causales de exoneración para desvirtuar la mencionada presunción; el demandado solo puede invocar la causa extraña que rompe el vínculo causal que debe existir entre la conducta culposa y el perjuicio, mas no

[12] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 30 junio 2005 (exp. 68001-3103-005-1998-00650-01).

[13] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. 3 marzo 2004, ya citada.

procede alegar su propia diligencia y prudencia cuando el daño ha sido causado a un tercero en ejercicio de una actividad peligrosa.

A continuación, se enlistan las actividades que han sido calificadas como peligrosas por la jurisprudencia de la Corte —además de las enumeradas en el art. 2356 del C. C.— y se citan las sentencias correspondientes, entre otras:

• Conducción de vehículos automotores (14 de marzo de 1938, 12 de mayo de 1939, 17 de noviembre de 1943, 18 de mayo de 1972, 26 de mayo de 1989, 4 de junio de 1992, 22 de abril de 1997, 29 de abril de 2005, 30 de junio de 2005, 19 de diciembre de 2011)[14];

• Operación de locomotoras (18 de mayo de 1938)[15];

• Construcción de edificios (5 de abril de 1962, 4 de noviembre de 1964, 13 de marzo de 1970, 27 de abril de 1972, 27 de abril de 1990);

• Fumigación aérea (20 de agosto de 1987);

• Utilización de sustancias corrosivas (30 de abril de 1976);

• Conducción de energía eléctrica (18 de noviembre de 1940, 28 de febrero de 1956, 8 de octubre de 1992, 26 de agosto de 2010);

• Utilización de elevadores de carga (1º de octubre de 1963);

• Conducción gas propano y manejo de líquidos inflamables (25 de octubre de 1999);

• Quemas en predios que se extienden a terrenos colindantes (23 de julio de 1964 de la Sala de Negocios Generales, 17 de abril de 1970);

• Conducción de hidrocarburos (13 de agosto de 2001);

• Manejo de centrales hidroeléctricas (3 de marzo de 2004);

• Cilindro de gas que explota (14 de marzo de 2000);

• Cosas inertes - caseta de peaje (22 de febrero de 1995).

3. ¿Por qué los daños causados por actividades peligrosas tienen o deben tener un régimen especial?

Los rasgos que acaban de apuntarse, de entrada, permiten comprender por qué la responsabilidad civil extracontractual cuenta con un

[14] Véase la referencia completa de estas sentencias en la bibliografía, al final del escrito.

[15] En enero de 1931, la máquina del ferrocarril del nordeste que conducía el tren de pasajeros de Bogotá a Tunja, produjo un incendio en los terrenos propiedad de Lisandro Saboyá y Jacinto Torres, pero tomada en arrendamiento por Ángel María Torres. El incendio ocasionó al señor Ángel M. Torres diversos perjuicios derivados del daño a bienes que se encontraban en el terreno y al terreno mismo.

subrégimen especial cuando el perjuicio sufrido por una persona es el resultado de una actividad peligrosa que despliega otra. En este escenario, el sistema jurídico propende por la protección de la víctima como un factor prioritario, habida cuenta que es una parte inocente y totalmente ajena a la actividad peligrosa que le ocasiona el daño. Este problema de la asignación de los costos de los accidentes y su asunción por la parte que se encuentre en la mejor posición para conocer los riesgos y prevenir los daños, se ha considerado un elemento determinante en la búsqueda de una solución no solo justa para las víctimas, sino también la más racional y eficiente, tal como lo sugieren los expositores de la escuela del análisis económico del derecho.

Dicho subrégimen, según se mencionó, se ha decantado para apoyarse en dos pilares fundamentales que en efecto apuntan a aliviar la situación de la víctima:

A) *Contra el causante del daño pesa una "presunción legal de culpa"*[16].

La víctima no tiene la carga de probar el elemento subjetivo de la responsabilidad; es decir, que el demandado actuó con culpa. Habida cuenta de la naturaleza de las actividades peligrosas, que de suyo llevan implícita la creación de riesgos y colocan a los demás en una situación de lesión inminente, se presume que tales daños ocurrieron por la ausencia de las necesarias medidas de precaución, de cuidado y prudencia necesarias para evitar los daños, conductas que son imputables a quien ejerce la actividad. Esta cautela se impone con mayor rigor en razón de la peligrosidad que entrañan las citadas actividades. Sin embargo, se observa cómo la jurisprudencia señala que la peligrosidad de la actividad se predica aun cuando ella "se desarrolle empleando toda la diligencia y el cuidado que la misma exija", lo cual explica la insuficiencia de la defensa encaminada a probar que el demandado, en el caso específico, obró de manera prudente y diligente, es decir, no hubo culpa en su proceder[17].

[16] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 mayo 1938, ya citada; sents. de 7 diciembre 1943 ("G. J.", tomo XLVI, núms. 2001-2005, pág. 339) y de 17 abril 1970 ("G. J.", tomo CXXXIV, núms. 2326-2327-2328, pág. 36).

[17] Según la jurisprudencia de la Corte, cuando hay colisión de actividades peligrosas, la presunción a favor del demandante no opera, sino se neutraliza. Es decir, si el daño es resultado de una actividad peligrosa, pero tanto el demandante como el demandado se encontraban desarrollando tales actividades, quien pretende la reparación de daños debe probar la culpa del demandado: caso de accidentes que afectan dos o más automóviles. Véanse, por ejemplo, las sents. de 22 febrero 1995 ("G. J.", tomo CCXXXIV, núm.

La Sala Civil, en una sentencia hito perteneciente a la época de la "Corte de Oro" fechada el 14 de marzo de 1938, expuso la justificación de tal presunción: al damnificado de una actividad peligrosa se le dificulta o se le imposibilita levantar las pruebas conducentes a acreditar la culpa del agresor, por lo cual es plausible aliviar la *onus probandi* y beneficiar a la víctima estableciendo una presunción legal de culpa en cabeza de quien despliega la actividad. Textualmente dijo la Sala Civil: "La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de estas actividades"[18]. Esta dificultad probatoria que justifica la creación jurisprudencial de la presunción de culpa, se menciona también en el fallo de casación del 27 de abril de 1972, ya citado.

A ese respecto, la Corte ha señalado además que "[...] [l]a teoría de la presunción de culpa, elaborada a partir del alcance dado por la jurisprudencia al artículo 2356 del Código Civil, tiene su razón de ser en la necesidad de favorecer a las víctimas en los casos donde se palpa un desequilibrio de las fuerzas existentes entre los asociados, cuando para desarrollar determinada labor, precisamente el hombre adiciona a su energía otra extraña, colocando de hecho a los demás en inminente peligro de recibir lesión en su persona o en sus bienes"[19].

En concreto, la presunción conduce a "eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad"[20].

2473, pág. 248), y de 23 octubre 2001 (exp. 6315). En esta última se aclara que no hay neutralización en si los pasajeros lesionados demandan reparación, puesto que estos no realizaban la actividad peligrosa, de manera que les favorece la presunción de culpa.

[18] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 1938, ya citada. En la de 18 mayo 1938, también citada, la Sala Civil señaló: "[...] el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual", tesis que reiteró en el fallo del 18 de noviembre de 1940 ("G. J.", tomo L, núms. 1964-1965, pág. 437). En sus sentencias posteriores sobre el punto, la Corte aclaró que dicha norma no establece presunción de responsabilidad, sino presunción de culpa, que es uno de los elementos de la responsabilidad. Véase, por ejemplo, la providencia de 10 junio 1952 de la Sala Civil ("G. J.", tomo LXXII, núms. 2116-2117, pág. 396).

[19] C. S. de J., , Sala de Casación Civil, sent. de 3 marzo 2004, ya citada.

[20] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 30 junio 1962 ("G. J.", tomo XCIX, núms. 2256-2259, pág. 87).

Cabe mencionar que, si bien rige el principio según el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", las normas procesales vigentes también establecen la carga dinámica de la prueba, que permite al juez distribuir dicha carga exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos (C. G. P., art. 167).

Debe precisarse, además, que, según la postura jurisprudencial más arraigada y sostenida hoy por la Sala Civil, en la responsabilidad por actividades peligrosas la culpa se mantiene como factor de imputación, pero esta no debe probarse si no es presunta, como acaba de indicarse; dicha presunción es *iuris tantum*, de suerte que admite prueba en contrario (C. C., art. 66). En otras palabras, la responsabilidad civil sigue la regla general cuando de actividades peligrosas se trata: es subjetiva porque exige la culpa como elemento estructurante. Y como dijo la Corte, en fallo de 27 abril de 1972: "[...] como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general".

En la misma providencia, la Sala Civil reiteró su adhesión al régimen subjetivo y rechazó la teoría del riesgo creado como sinónimo de responsabilidad objetiva[21].

Sin embargo, debe recordarse que ha habido lapsos en los que la Corte adoptó abiertamente la tesis de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva para las actividades peligrosas, de suerte que la víctima solo debería probar su perjuicio y que este fue generado en el ejercicio de una actividad peligrosa desplegada por un tercero. Con esta premisa, la culpa no se presume, simplemente se prescinde de ella y es indiferente la valoración que pueda hacer el juez de la conducta del demandado para escudriñar si actuó imprudente o maliciosamente[22].

[21] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 27 abril 1972, ya citada.

[22] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 24 agosto 2009 (exp. 11001-3103-038-2001-01054-01). En esta sentencia, la Corte señaló: "La responsabilidad «objetiva» por oposición a la «subjetiva» describe hipótesis de imputabilidad sin culpa, donde la culpabilidad carece de relevancia para estructurarla remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro [...]. Modalidad concreta de la responsabilidad desligada

Aquí el factor de imputación es el riesgo y no la culpa, pero a esto nos referiremos luego con mayor detalle. En la jurisprudencia más reciente, la Sala Civil regresó a la tesis de la culpa presunta, comentada previamente[23].

B) *Causales de exoneración*

En la responsabilidad civil, el demandado puede exonerarse de responsabilidad alegando y probando una de las siguientes excepciones: 1) que actuó con la debida diligencia y prudencia y aun así no pudo evitar el daño; 2) que el daño fue en realidad provocado por la intervención de una causa extraña, diferente a la conducta dolosa o culposa del deudor[24].

---

de la culpa es la generada por las actividades de riesgo o peligro, esto es, aquellas que aunque lícitas y permitidas por el ordenamiento son potencialmente dañosas de acuerdo con las reglas de experiencia, probabilidad de su ocurrencia, etc. [...]. La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad. [...] El autor de la lesión, [para eximirse de responsabilidad, debe probar la existencia] del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor". En el mismo sentido, véase el fallo de 18 septiembre 2009 (ref. 20001-3103-005-2005-00406-01).

[23] Sentencias proferidas sobre el tema, de 2010 en adelante. En la proferida por la Sala Civil el 26 de agosto de 2010, sobre conducción de energía, la Corte retornó a la responsabilidad subjetiva con presunción de culpa: "[...] quien ejercita actividades de ese género [peligrosas] es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable [...]. [Las actividades peligrosas], de acuerdo a [con] la doctrina tradicional de la Sala, se examinan bajo la perspectiva de una responsabilidad subjetiva y no objetiva [...]. Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho" [...]. "No es el mero daño que se produce ni el riesgo que se origina por el despliegue de una conducta calificada como actividad peligrosa la que es fuente de la responsabilidad civil extracontractual de indemnizar a quien resulta perjudicado [responsabilidad objetiva], sino que es la presunción rotunda de haber obrado, en el ejercicio de un comportamiento de dichas características con malicia, negligencia, desatención incuria, esto es, con la imprevisión que comporta de por sí la culpa [responsabilidad subjetiva]" (ref. 47001-3103-003-2005-00611-01).

[24] Estas son defensas generales que se enuncian en el inc. 3º del art. 1604 del C. C., perteneciente al régimen contractual. En las normas sobre la responsabilidad aquiliana

En el subrégimen de las actividades peligrosas, la jurisprudencia ha variado este régimen general para limitar las eximentes de responsabilidad, de manera que *el demandado solo puede desvirtuar la presunción de culpa que recae sobre él, probando la causa extraña* en la forma de fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. Es decir, en estos casos no se admite la "debida diligencia y prudencia" como causal de exoneración[25].

4. Debate preliminar: ¿culpa o riesgo?

En este apartado y antes de examinar puntualmente el concepto de "guarda" y "guardián" en las actividades peligrosas, nos referiremos a un largo debate que se ha desarrollado en la jurisprudencia en estrecha conexión con el tema que nos ocupa y que, además de contribuir a la comprensión cabal del subrégimen jurídico aludido, evidencia que este campo, lejos de ser pacífico, se ha mostrado conflictivo y problemático. La discusión tiene que ver, precisamente, con el punto recién comentado; ha estado presente en numerosas sentencias de la Sala Civil y puede formularse en los siguientes términos: *¿Cuál es el fundamento jurídico-económico del subrégimen especial de las actividades peligrosas que distribuye los costos de los accidentes en forma tal que impone una carga más exigente al que desarrolla la actividad, al tiempo que aligera el peso que debe soportar la víctima que busca la reparación del daño?*

Esta pregunta puede, a su turno, dividirse en dos:

a) Primer interrogante: *¿Por qué el demandado debe responder?* La respuesta tiene que ver con el denominado "factor de imputación".

---

no hay una disposición equivalente, pero la jurisprudencia la ha considerado aplicable en estos eventos (18 mayo 1938). En todo caso, los arts. 2347 (último inciso), 2349, 2350, 2353 y 2354 del C. C. establecen, para eventos particulares, si la debida diligencia y la causa extraña operan como eximentes de responsabilidad.

[25] La presunción de culpa y la limitación de las causales de exoneración cuando se trata de actividades peligrosas se enuncia en múltiples sentencias de la Corte, en las que se fija el régimen de responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, entre otras, las de 2 diciembre 1943 ("G. J.", tomo XLVI, núms. 2001-2005, pág. 318), 10 de junio de 1952 de la Sala Civil ("G. J.", tomo XLVI, núms. 2001-2005, pág. 318), 17 de junio de 1964 de la Sala de Negocios Generales ("G. J.", tomo XLVI, núm. 1937, pág. 677); las de 17 abril 1970 ("G. J.", tomo CXXXIV, núms. 2326-2327-2328, pág. 36), 9 febrero 1976 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 30), 18 marzo 1976 (ya citada), 30 abril 1976 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 30), 29 agosto 1986 ("G. J.", tomo CLXXXIV, núm. 2423, págs. 231-232), 27 de abril de 1990 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 30), estas últimas de la Sala de Casación Civil, para solo mencionar algunas.

Como ya se esbozó, hoy puede afirmarse que, como principio general, en la responsabilidad subjetiva —que ha regido por muchos años y actualmente se aplica en nuestro país— se debe responder por los daños ocasionados con una actividad peligrosa al inferirse que los perjuicios se produjeron por la culpa en que incurrió quien ejerce la actividad, que no tomó las precauciones necesarias para evitar el daño, a sabiendas de que aquella se caracteriza por los peligros que genera para terceros. Si bien la culpa es el factor de atribución, la propia naturaleza de las actividades peligrosas ha permitido ir más allá y proponer que el alivio en la carga de la prueba del demandante obedece, en realidad, a la aplicación de la teoría del riesgo que la Corte esbozó en la jurisprudencia, a partir de la sentencia del 31 de mayo de 1938[26].

En la responsabilidad objetiva[27], claramente el factor de imputación es el riesgo que la actividad crea para los demás ciudadanos, sin que importe la culpa del demandado y por ello es indiferente determinar si este empleó una conducta cuidadosa, precavida, torpe o malintencionada. Quien crea un riesgo es el llamado a reparar los daños generados por la actividad peligrosa, sin que deba hacerse un juicio de valor sobre su conducta, como ya se precisó[28].

En la sentencia de 18 de noviembre de 1940, previamente citada[29], la Corte se refirió a la teoría del riesgo como sinónimo de responsabilidad objetiva, en los siguientes términos:

[26] C. S. de J., Sala de Negocios Generales, sent. de 17 junio 1938 (ya citada), que reitera los planteamientos de la sent. de 31 de mayo del mismo año: "Se trata en la sentencia de mayo, [...] de una culpa presunta para los casos de riesgo creado, o sea cuando el daño se produce por alguno de los elementos que en la civilización acarrean peligrosidad". La teoría del riesgo fue acogida por la Corte siguiendo las pautas de varios autores de derecho civil, como René Savatier, Louis Josserand y Boris Starck.

[27] Cuando ella fue acogida en el campo de las actividades peligrosas, en las sents. de 24 agosto 2009 y de 18 de septiembre del mismo año, ya citadas.

[28] La sent. de 2 junio 1958 ("G. J.", tomo lxxxviii, núm. 2198, pág. 135) de la Sala de Casación Civil explica esta distinción. Señala que la doctrina que pretende fundar la responsabilidad civil en el riesgo (responsabilidad objetiva) prescinde totalmente del elemento culpa para deducir la responsabilidad del agente. Sus partidarios la afirman como "el hombre debe responder de sus actos en razón de que cualquier actividad entraña riesgos, peligros; responde, por tanto, sin necesidad del elemento subjetivo de la culpa. En la responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa se responde, en principio, porque se ha obrado mal, es decir, porque el autor del daño se ha portado de manera diferente a como lo hubiera hecho un hombre normal; en cambio, en la responsabilidad objetiva se responde simplemente porque se ha obrado" (G. J., t. lxxxviii, núm. 2198, pág. 139).

[29] Hechos: en el municipio de Santa Rosa de Cabal, se hallaba reventada y caída la línea de la empresa eléctrica de dicho municipio. Este mismo día, Jorge Obando cogió el alambre reventado y quedó electrocutado en la carretera.

"Esta teoría [del riesgo] llamada también de la responsabilidad objetiva está fundada en lo siguiente, según lo expresa Ripert [...]. Todo perjuicio causado debe ser atribuido a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. De modo que según la teoría que se analiza no puede examinarse si el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa ni si esta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría porque según ella basta que el hecho se produzca, basta la relación de causalidad para que nazca la responsabilidad".

A renglón seguido, la Corte rechazó enfáticamente que la tesis del riesgo mencionada por la Sala Civil en las sentencias de 1938 para las actividades peligrosas, es sinónimo de responsabilidad objetiva:

"Esta Corte tampoco ha aceptado, no podría aceptar, la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados, no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado.

"En verdad que ambos artículos [2341 y 2356] parten de la existencia de una falta, de una culpa probada o presumida, lo cual no es inoficioso repetir, excluye la teoría del riesgo creado"[30].

[30] En la sent. de 24 junio 1942 que resolvió una demanda de responsabilidad contra el municipio de Medellín por la caída de una persona desde un andamio y su posterior muerte mientras laboraba bajo las órdenes de los empleados municipales de la alcaldía de esa ciudad, se lee: "[...] el artículo 2356 no establece la llamada teoría del riesgo, porque en esta no existe exoneración de responsabilidad, al paso que en la teoría de la culpa y en el caso del artículo que acaba de citarse, se parte de la presunción de responsabilidad, que pesa sobre el autor del daño". Aquí, la Corte reafirmó su rechazo a la teoría del riesgo, aunque incurriendo en las dos imprecisiones que hemos resaltado: bajo la teoría del riesgo, e incluso en los casos de responsabilidad objetiva, el demandado podrá eximirse demostrando una causa extraña, que fracture el vínculo de causalidad entre su conducta y el daño, y, por otro lado, bien se sabe que en las actividades peligrosas no hay presunción de responsabilidad sino solo de culpa, como luego rectificó la Corte (Sala Civil - "G. J.", tomo LIII, núm. 1986, pág. 656).

Esa distinción entre presunción de culpa y teoría de riesgo —como sinónimo de responsabilidad sin culpa—, ya había sido precisada por la Corte en la sentencia famosa del 12 de mayo de 1939[31] —en la que resolvió una demanda de responsabilidad civil extracontractual originada en un accidente automovilístico en carretera con muerte de una persona— y se recalcó en la providencia de 7 de diciembre de 1943, al señalar que la tesis del riesgo creado no puede aceptarse en nuestra legislación por basarse la responsabilidad extracontractual en la noción de culpa[32].

En las decisiones comentadas se evidencia que la jurisprudencia desde muy temprano encontró fundamento para un tratamiento especial de las actividades peligrosas: el riesgo de daño que ellas llevan implícito justifica la aplicación de un régimen especial, pero haciendo claridad en que la Corte mantenía el enfoque subjetivo de la responsabilidad. Así, la culpa del agente puede presumirse, pero no hay lugar a prescindir de ella. La culpa como factor de imputación se subraya en la sentencia del 14 de diciembre de 1961 de la Sala de Negocios Generales de la Corte:

"[Entonces] el artículo 2356 [funda] la obligación de resarcir en el elemento subjetivo de la culpa, más bien que en el riesgo creado como pudiera entenderse si en vez de aludir a la falta de prudencia la regla impusiese el deber de indemnizar con solo que el perjuicio pueda imputarse al demandado.

"[Se] reitera una vez más la doctrina largamente sostenida por la Corte en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, conforme a la cual el artículo 2356 consagra una presunción de culpa [...] aunque sin llegar a la responsabilidad objetiva, pues que ese deber se funda de

[31] Dijo la Corte en 1939: "Esa responsabilidad [la que se genera en las actividades peligrosas] se basa en una presunción de culpa que la compañía no logró destruir. Esta concepción descarta pues, las objeciones del recurrente sobre una supuesta aplicación al caso de autos de la teoría del riesgo" ("G. J.", tomo XLVIII, núm. 1947, pág. 23).

[32] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 diciembre 1943 ("G. J.", tomo XLVI, núms. 2001-2005, pág. 339). La teoría del riesgo entendida como responsabilidad objetiva en las actividades peligrosas también fue enfáticamente rechazada por la Corte en la sent. de 7 septiembre 1948: "La interpretación que se ha de dar al artículo 2356 no equivale ni con mucho a la admisión de la teoría del riesgo, acerca de lo cual la Sala repetidamente ha puesto de presente que nuestras leyes no la acogen. Sí ha dicho en todos los fallos [...] cómo y por qué las actividades peligrosas llevan por su misma peligrosidad una presunción de culpa en los daños causados por su ejercicio, y que el perjudicado tiene con ella, la ventaja anexa a toda presunción, de echar a su contrario la carga de la prueba ("G. J.", tomo LXIV, núms. 2064 -2065, pág. 745).

todos modos en la culpa, y por consiguiente, es susceptible de que se le opongan motivos adecuados de exoneración"[33].

Más adelante, en la sentencia del 27 de abril de 1972, la Corte acogió la teoría del riesgo sin equipararla a la responsabilidad objetiva, sino como fundamento para mantener la presunción de culpa en cabeza del demandado:

"Considerando, pues, que no es la víctima sino el demandado, quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, [la Corte] enseñó que, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de suerte que demandada la indemnización de daño ocasionado por quien ejerce actividad de este linaje, a la víctima le basta con demostrar: a) el daño, b) la relación de causalidad entre este y el proceder del demandado, pues en tal evento se presume el tercer requisito, que es la culpa"[34].

Además, al explicar la teoría del riesgo con apoyo en la doctrina, la Corte introdujo el concepto de "riesgo provecho" o "riesgo beneficio", que desde entonces se ha invocado en algunos fallos para explicar quién debe responder cuando hay daños causados en actividades peligrosas, como se aprecia claramente en la célebre sentencia de 18 de noviembre de 1940:

"Cree pertinente la Corte destacar en este fallo, por lo sintéticos y precisos, los siguientes conceptos que se hallan en la obra «De la prueba en derecho», de que es autor el profesor doctor Antonio Rocha, que se relaciona con todo lo expuesto anteriormente y que están a tono con la jurisprudencia de la Corte y la doctrina de los expositores modernos. «Hay sustancial diferencia entre la teoría sentada por la Corte, de presunciones de responsabilidad y la de riesgo creado o culpa objetiva… La teoría del riesgo responde a un viejo enunciado romano: *ubi emolumentum ibi onus*, o sea: el que recibe el provecho, debe así mismo soportar las cargas. Según la dicha teoría, la obligación de indemnizar a otra persona del daño que le ha causado una cosa que nos pertenece, resulta del solo hecho de tener la propiedad o el goce de la cosa, sin que al daño le preceda la culpa ni que se haya violado ninguna regla de conducta. Y aunque hubiese mediado culpa, no es ella lo que allí se examina para deducir responsabilidad. El que goza de una cosa como dueño o no, está obligado a indemnizar el daño que le ocasiona,

[33] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 diciembre 1961 ("G. J.", tomo xcvii, núms. 2246-2250, pág. 778).

[34] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 27 abril 1972, ya citada.

como una justa compensación de los provechos que la cosa le reporta [...] Como es fácil concluir, con tal doctrina no hay lugar a examinar si medió culpa, ni de invocar presunciones de culpa, ni de adoptar posiciones que favorezcan a la víctima, puesto que la responsabilidad resulta exclusivamente de la idea de que por derivar provecho de la cosa se deben soportar los inconvenientes y riesgos de la misma cosa»".

Nótese en la cita anterior, que el provecho buscado u obtenido por el demandado es lo que justifica el tratamiento excepcional. Ese provecho se predica respecto de la cosa con la que se ha causado el daño y lo obtiene quien es dueño de ella, idea que al parecer es precursora de la "guarda", que examinaremos más adelante. El beneficio que obtiene el dueño de la cosa es, en principio, de naturaleza económica si hay una explotación que le arroje una utilidad financiera (como un vehículo de transporte público, una mina, etc.), pero también puede tratarse de un bien que reporte otro tipo de ventajas, como la disponibilidad inmediata para el uso o disfrute personal o doméstico.

En el fallo de 23 de septiembre de 1976, la Corte acogió expresamente la teoría del riesgo provecho en los siguientes términos: "[...] los perjuicios ocasionados en actividades peligrosas [...] deben ser sufragados por quien recibe el provecho, explota o deriva beneficio de la actividad [...]"[35]. En época más reciente, la Sala Civil se sirvió de dicha tesis para justificar el trato más estricto a la persona que se beneficia de una actividad peligrosa: "[...] quien pretenda obtener ganancia o utilidad del aprovechamiento organizado y permanente de una actividad riesgosa, esto es, de una empresa que utiliza de manera frecuente bienes cuya acción genera cierto peligro a terceros, no puede aspirar a que las anomalías que presenten los bienes utilizados con ese propósito, inexorablemente le sirvan como argumento para eludir la responsabilidad civil en que pueda incurrir por daños causados, sin perjuicio, claro está, que en casos muy especiales pueda configurarse un arquetípico hecho de fuerza mayor que, *in radice*, fracture el vínculo de causalidad entre la actividad desplegada y el perjuicio ocasionado"[36].

Así las cosas, a manera de síntesis, puede afirmarse que:

1. Con el "riesgo beneficio", se sitúa la carga de reparar los daños sobre la persona natural o jurídica que obtiene el provecho derivado de la actividad peligrosa, atendiendo razones de justicia y equidad. De

[35] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 1976 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 419). Esta teoría fue aplicada por el tribunal de segunda instancia y la Corte no la cuestionó en casación.

[36] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 29 abril 2005 (exp. 0829-92).

acuerdo con esta teoría, esa persona es la más indicada para evitar los perjuicios y la que —comparada con la víctima— tiene los recursos necesarios soportar para las pérdidas consecuentes. Así las cosas, los beneficiarios de las actividades peligrosas deben estar financieramente preparados para pagar los daños, como un costo asociado al disfrute de los beneficios que obtienen o que esperan obtener[37].

Para dilucidar el verdadero significado de dichas teorías, la Corte en la sentencia del 30 de abril de 1976, que examinó la responsabilidad de un empresario por contaminación del medioambiente, hizo las siguientes precisiones, que por su importancia transcribimos:

"Quienes idearon y aún sostienen, en el terreno de la responsabilidad civil, la llamada teoría del riesgo creado, tuvieron el indiscutible acierto de llamar la atención hacia un hecho que por su trascendencia se presenta como relievante [*sic*] en el panorama de la vida social moderna: el uso constante y progresivo de máquinas y fuerzas motrices, la mayoría de ellas descubiertas o inventadas, y puestas al servicio de[l] hombre en el transcurso del siglo XX, ha traído como secuela el factor peligrosidad, que ciertamente se lo consideró de escasa importancia en épocas pretéritas.

"Tal es, a la postre, el aspecto positivo de la teoría en comento. Porque su aspecto negativo, o sea el de propugnar por la abolición del criterio ético de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil aquiliana, para sustituirlo con el simplemente objetivo del riesgo creado y cuya justificación preténdese encontrar en el aforismo *ubi emolumentum ibi onus*, ha sido desaprobado por la jurisprudencia de algunos países, entre ellos Colombia"[38].

[37] El Consejo de Estado también ha invocado la teoría del riesgo provecho. Citamos un ejemplo: "[...] en el entendido de que los daños se habrían producido dentro del giro propio de las actividades de generación y distribución de energía eléctrica de la empresa [...] —actividades riesgosas—, la Sala estima oportuno aclarar que si bien es cierto, tales actividades han sido consideradas tradicionalmente como actividades peligrosas o riesgosas, por la potencialidad de causación de daños que el riesgo intrínseco a ellas anejo puede aparejar, no lo es menos que dicho régimen de responsabilidad, esto es, el fundamentado en la aplicación de la teoría del riesgo creado, que impone a quien se beneficia o lucra de la actividad riesgosa la asunción de los eventuales daños que se produzcan como consecuencia de la concreción del riesgo, exige el acreditamiento no solo del daño si no [*sic*] igualmente del elemento causal que permita imputar objetivamente a la conducta del demandado la producción de los daños". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 7 septiembre 1998 (exp. 12.132).

[38] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1976 ("G. J.", tomo CLII, núm. 2393, pág. 111). Sobre la presunción de culpa en las actividades peligrosas como mecanismo de protección a las víctimas y el rechazo a la responsabilidad sin culpa, la sentencia de la misma sala, de 4 junio 1992 ("G. J.", tomo CCXVI, núm. 2455, pág. 499).

2. La teoría del "riesgo provecho", si bien ha servido como argumento adicional para imponer un régimen más estricto a quien causa perjuicio en ejercicio de actividades peligrosas, que puede enunciarse como "repara quien origina un riesgo por el hecho de crearlo y, además, por beneficiarse de la cosa o la actividad", es criticable por cuanto hay situaciones en las que se causan daños a terceros sin que la persona derive un provecho de la cosa de que se sirve o la actividad que explota. Por ejemplo, si alguien conduce un vehículo para llevar a una persona enferma a urgencias hospitalarias y en esas circunstancias el conductor atropella un peatón, es indiferente si la actividad reporta beneficio y a quién aprovecha; el conductor será responsable ante el peatón. De ahí que la teoría del riesgo creado se haya desarrollado como un concepto más amplio y goce de mayor aceptación: quien crea el riesgo es quien debe indemnizar los daños, sin que importe si la actividad peligrosa le reporta beneficio o no. No obstante, como veremos al explorar la línea jurisprudencial correspondiente, el riesgo-provecho se ha invocado en forma recurrente por la Corte como criterio aplicable en el régimen especial de las actividades peligrosas y, en particular, al imputar responsabilidad al guardián de ellas.

b) El segundo interrogante —que tiene conexión con el anterior— es el siguiente: *en concreto, ¿quién debe responder por los perjuicios causados en ejercicio de una actividad peligrosa y, por ende, a quién se le presume la culpa?*

A esta pregunta que la Corte planteó advirtiendo que "es preciso indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa", ella ha respondido utilizando diversas fórmulas hasta llegar gradualmente a la figura del guardián, como pasa a examinarse:

> • "*[E]l agente de la actividad peligrosa* se presume responsable de sus consecuencias, habida consideración a los daños que de su natural actividad pueden originarse"[39];
>
> • "El artículo 2356 parte de la base de la imputabilidad de culpa *a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla*"[40];

[39] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 mayo 1938, ya citada.

[40] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 31 mayo 1938, citada previamente. En este caso, el señor Antonio Bustamante murió atropellado por un motor de la empresa "The Santa Marta Railway Cº Limited".

• *Quien desarrolla la actividad es quien debe responder civilmente* por los daños causados por la actividad peligrosa[41];

• La presunción de culpa pesa sobre *quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas*[42];

• Si el peligro no proviene del humano discurrir, sino que lo crea la actividad peligrosa que se desarrolla, es apenas acompasado con la equidad, que *quienes son los creadores del riesgo, quienes alteran el sosiego de las personas y atentan así contra su seguridad, sean llamados, en el caso de ocurrir un accidente que se derive del ejercicio de aquella actividad, a responder por los perjuicios causados a sus víctimas*[43];

• La presunción de culpabilidad recae "en contra de quien ejercita una actividad peligrosa", presunción que afecta no solo al dependiente o empleado que obra el acto de peligrosidad, *sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño*[44], que anuncia la teoría de la guarda, como se verá más adelante, y

• *Debe responder el guardián de la cosa o de la actividad,* tema que desarrollaremos en la sección siguiente. Como se verá con amplitud, de acuerdo con la jurisprudencia a partir de los años de 1970, el guardián es quien, en el momento de causarse el daño, ejerce en forma independiente el control, la dirección y el mando de los elementos empleados para desplegar la actividad peligrosa. El propietario se presume guardián, pero la guarda puede transferirse a otras personas, sea en forma voluntaria mediante actos jurídicos, o involuntaria como en los casos de despojo violento. La Sala Civil ha sostenido que la presunción de culpa que se deriva del artículo 2356 del Código Civil, gravita contra el ejecutor material de la actividad peligrosa y los guardianes de ella. A este criterio se ha añadido en algunas sentencias el beneficio que la actividad peligrosa reporta a quien la explota[45].

[41] En el caso, la construcción de edificios que afectó propiedades contiguas. Véase sentencia de la Sala Civil, de 13 marzo 1970 ("G. J.", tomo CXXXIII, núms. 2322-2323-2324, pág. 128).

[42] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 abril 1972, citada previamente.

[43] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 marzo 1976, ya citada.

[44] Ibíd., Sala de Negocios Generales, sent. de 27 septiembre 1946 ("G. J.", tomo LXI, núms. 2040-2041, pág. 569).

[45] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 30 junio 2005 (exp. 68001-3103-005-1998-00650-0). En los hechos, ocurrió un accidente de tránsito donde hubo víctimas con heridas y una fallecida. Los demandantes pidieron que se declaran civilmente responsables

Como se observa, los dos interrogantes que hoy parecen resueltos, dieron lugar a importantes debates en la Corte, los cuales se desarrollaron en las primeras décadas del siglo XX hasta decantar la teoría de la guarda de la actividad peligrosa.

5. El guardián de la actividad. Origen y evolución en la jurisprudencia colombiana

Al abordar la cuestión de quién debe indemnizar los perjuicios extracontractuales causados en el ejercicio de una actividad peligrosa, la jurisprudencia nacional ha empleado el concepto de la guarda de las cosas o las actividades. Con esta teoría, la responsabilidad debe deducirse contra quien ejerce dicha guarda, es decir, contra el guardián y se califica como tal a quien tiene la dirección o control de tales cosas o actividades. Se presume guardián el propietario, pero se trata de una presunción desvirtuable.

En el fallo de 17 de noviembre de 1943, la Corte introdujo el concepto de "guarda" para las actividades peligrosas, vocablo que en nuestro Código Civil se predica solo para los animales domésticos y los fieros (arts. 2353 y 2354, respectivamente); es decir, cosas animadas que causan daños, pero que están bajo la guarda de alguna persona a la que, por ende, se imputa responsabilidad. El artículo 2356 ibídem, consagrado explícitamente a las actividades peligrosas, no menciona nada sobre la guarda como criterio regulador. No obstante, la Sala extendió la noción de guarda de las cosas para incluir aquellas que se emplean para realizar actividades riesgosas.

En la sentencia referida, la Corte invocó la jurisprudencia francesa y de paso reiteró su rechazo a la teoría del riesgo: "Puede decirse que la teoría de la guarda en la jurisprudencia francesa casi desemboca en la teoría del riesgo, que la Corte ha rechazado en varios fallos de casación".

"El artículo 2356 trae un principio general que obliga al que por malicia o negligencia haya causado daño a otra persona, a repararlo, y enumera algunos casos, que son meramente ilustrativos, pero que de

---

el empresario de transporte —una sociedad comercial—, el propietario del bus y el conductor. En el fallo, la Corte sostuvo que la calidad de guardián se predica tanto del propietario del bus con el cual se desplegaba la actividad, "pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario", y de la empresa transportadora.

todas maneras preceptúan o dan a entender que al daño causado ha precedido indispensablemente, una intervención directa del hombre sobre la cosa que ha producido daño. En este caso, aquella ha sido el instrumento que ocasionó el daño o perjuicio, accionada mediante e inmediatamente por la mano del hombre, pero vinculada siempre a la culpa de un agente por acción u omisión, lo que está indicando que es este quien debe responder por el daño que cause la cosa que él ha dirigido, accionado o puesto en movimiento, o descuidado".

El fallo reconoce la dificultad que envuelve el concepto de "guarda":

> "La misma jurisprudencia francesa, a pesar de tener como fundamento un precepto legal, ha encontrado tropiezo para definir lo que es la guarda y ha dicho que *la guarda de una cosa es tener el dominio, la dirección y la obligación de velar sobre ella para impedir que cause daño*, haciendo distinción entre la guarda de derecho y la de hecho. También ha sostenido que esta guarda puede desplazarse hacia otra persona, la que viene a ser en este caso el responsable directo de los daños causados por la cosa que maneja y da como ejemplo de ese desplazamiento el contrato de comodato"[46] (se destaca).

[46] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 noviembre 1943 ("G. J.", tomo LVI, núms. 2001-2005, pág. 287). Los arts. 1384 y 1385 del C. C. francés, entonces vigente, contemplaba la guarda como criterio de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, al tener personas bajo su guarda, y por daños causados por animales.

"Art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous *sa garde*.

"Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

"Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

"Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de *garde*, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

"Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leursélèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

"La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

"En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance".

En dos fallos dictados en 1943, con pocos días de diferencia, la Corte se mostró reacia a aplicar en forma inmediata la teoría francesa de la guarda para las actividades peligrosas e insistió en apartarse de la teoría del riesgo en el sentido que se ha explicado anteriormente:

> "La doctrina de la guarda jurídica, con carácter de ilimitada y en tratándose de actividades peligrosas, ejercitadas por terceros, que no son dueños o subordinados de la máquina [*sic*] que causa el accidente, no ha sido aceptada irrestrictamente por la Corte, porque además que desemboca en la teoría del riesgo, que tampoco ha sido aceptada por esta corporación, [...] nuestro Código Civil no la considera, lo que no pasa en el Código Civil francés"[47].

Y posteriormente señaló que por estar regulados los distintos casos de responsabilidad en nuestro Código "de modo peculiar y distinto para cada una y, sobre todo, muy diferente de como las regula el código francés, en lo atañedero al llamado hecho de las cosas, no es acertado seguir a los comentadores franceses en forma que implique el olvido de esas diferencias", con lo que se abstuvo de aplicar la teoría de la guarda a las actividades peligrosas[48].

Varios años después, en el lento proceso de aceptación del concepto de guardián, la Corte acogió la teoría de la guarda no solo para las cosas animadas como los animales, que ya estaba consagrada en la ley, sino también respecto de las inanimadas:

> "El responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario".

A renglón seguido añadió: "[...] si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria de objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en

---

"Art. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous *sa garde*, soit qu'il fût égaré ou échappé".

Hoy día Francia conserva la guarda como criterio en la responsabilidad civil, como se lee en sus arts. 1242-1243 de la codificación vigente.

[47] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 diciembre 1943, ya citada.

[48] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 7 diciembre 1943, citada con anterioridad.

desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —que desde luego admite prueba en contrario—, pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario. [...] Y la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada"[49].

En otro caso, la Corte aplicó esta teoría para imponer responsabilidad al dueño del vehículo que estuvo involucrado en un accidente: "[...] la guarda jurídica de los vehículos con cuya operación se ocasionó el accidente corresponde a sus propietarios, por ser ellos quienes tienen el uso, dirección y control de tales aparatos"[50].

En aquellas situaciones en las que el empleado de una persona que explota una actividad peligrosa es quien despliega físicamente esa actividad, como en el caso de transporte terrestre desarrollado por un empresario por medio de un conductor vinculado con un contrato de trabajo, la Corte ha considerado que la víctima tiene ante sí varios posibles demandados que multiplican sus posibilidades de obtener la correspondiente indemnización.

En este sentido afirmó la Sala Civil: "En el campo extracontractual puede suceder [...] que un mismo hecho afecte a varios o que varios puedan ser los llamados a responder. Así, si el conductor asalariado de una empresa causa un daño con el vehículo, *la víctima puede optar entre demandar al directamente responsable, al conductor, o a su patrón, dentro de la modalidad de la responsabilidad por el hecho de otro, o al guardián del vehículo dentro de la modalidad de la responsabilidad por causa de las cosas, o a todos juntos como consecuencia de la solidaridad legal entre los distintos responsables*, si la hubiere. Siendo varios los legitimados en causa pasiva, la víctima ejercerá una verdadera opción para demandar a quien juzgue más conveniente"[51] (se destaca). En la misma providencia, la Corte hizo referencia tangencial

[49] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 mayo 1972, también sobre la conducción de vehículos automotores, citada en la de 7 julio 1977 ("G. J.", tomo CIV, núm. 2398, pág. 139), también de la Sala Civil.

[50] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 marzo 1976, citada con anterioridad.

[51] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 1983 ("G. J.", tomo CLXXII, núm. 2411, pág. 72).

a la teoría del riesgo provecho al señalar que "[...] [l]a actividad probatoria de la víctima por causa de las cosas animadas o inanimadas se ven [*sic*] sensiblemente disminuida teniendo en cuenta la peligrosidad de las cosas y la utilidad que reportan".

Con un giro hacia la protección del damnificado, la Corte, en una decisión posterior, sostuvo que cuando la actividad peligrosa es desplegada materialmente por un dependiente del dueño de la cosa o actividad se descarta la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual por el hecho de otro previstas en los artículos 2347 al 2349 del Código Civil —o responsabilidad indirecta— y se privilegia el régimen de las actividades peligrosas, con énfasis en la figura del guardián como criterio clave para deducir dicha responsabilidad, como se expresa en el siguiente fragmento:

> "La responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas excluye la necesidad de acreditar la dependencia del causante directo del daño respecto del responsable indirecto, puesto que *solo interesa la condición de guardián de la actividad.*
>
> "[...] es en el citado artículo 2356 en el que se determina la responsabilidad de quien ha causado un daño, que se presume cometido *en razón de originarse en desarrollo de una actividad que de por sí implica riesgo*; y esta responsabilidad comprende entonces, no solo el [*sic*] autor del daño por el hecho personal suyo, *sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen o que sobre ellas ejerza, de cualquier modo, la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta u obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad.*
>
> "[...] La presunción de culpa emerge es de la obligación de mantener o conservar las cosas, *de control de mando, dirección y aún del goce* sobre ellas, en forma tal que nadie reciba daño alguno [...]"[52] (cursiva fuera de texto).

Y al estudiar un caso de electrocución y muerte de una persona, la Sala claramente extendió la teoría de la guarda de las cosas que fueron instrumentales para la producción del daño, a las actividades peligrosas y sostuvo que la compañía de electricidad era responsable al considerar

[52] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 12 abril 1991 ("G. J.", tomo CCVIII, núm. 2447, pág. 282). Esta regla se reiteró en la sent. de 13 de octubre de 1998 ("G. J.", tomo CCLV, núm. 2494, pág. 793).

que dicha empresa era la dueña o guardiana de la actividad peligrosa que causó el perjuicio[53].

En la notable sentencia de 4 de junio de 1992, la Corte reafirmó la aplicación de la teoría de la guarda y se refirió a ella en forma detallada y más elaborada, teoría que, como ya se vio, en los años cuarenta había rechazado. En los hechos, un joven, empleado de una sociedad mercantil, había causado la muerte a una persona y lesiones a otra, con un vehículo de propiedad de aquella. Las llaves del vehículo le habían sido confiadas al empleado para entregarlas a un tapicero; el empleado no sabía conducir. Los hermanos de la víctima que falleció demandaron a la persona jurídica, una sociedad comercial, para que les indemnizara los daños. Esta fue una buena oportunidad para que la Sala Civil se pronunciara sobre la guarda y el guardián de la actividad peligrosa y delineara en forma más precisa su alcance:

> "[...] preciso es establecer en cada caso a quién le son atribuibles las consecuencias de su ejercicio, lesivas para la persona, el alma o los bienes de terceros, cuestión esta para cuya respuesta es común acudir a *la noción de «guardián de la actividad», refiriéndose con tal expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad* [...], debiendo [...] dejar de lado dos ideas que [...] en nuestro ordenamiento [...] resultan *desprovistas de sustento legal*: la primera es que *el responsable por el perjuicio causado sea necesaria y exclusivamente el mero detentador físico de la cosa empleada para desplegar la actividad riesgosa* —toda vez que la simple circunstancia de que esa cosa se halle al momento del accidente en manos de un subordinado y no del principal, no es obstáculo para que apoyo [*sic*] en el artículo 2356 del Código Civil la obligación resarcitoria pueda imputársele al segundo directamente—, mientras que la segunda [...] es la que *la responsabilidad en estudio tenga que estar ligada, de alguna forma, a la titularidad de un derecho sobre la cosa*".

Y prosigue afirmando que:

> "[...] *será entonces responsable la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o*

[53] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 8 octubre 1992, ya citada.

> *control, sea o no dueño*, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar este poder, de donde se desprende que [...] tienen esa condición:
>
> "(i) *el propietario*, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que «[...] la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener [...]», [...] esa presunción, la inherente a la «guarda de la actividad», puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, [...] o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada [...]» (*Gaceta Judicial*, t. CXLII, pág. 188).
>
> "(ii) [...] son también responsables los poseedores *materiales y los tenedores legítimos* de la cosa [...].
>
> "(iii) Y en fin, se predica que son «guardianes» de los *detentadores ilegítimos* y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a eso llevaron, asumen de hecho un poder *autónomo de control, dirección y gobierno que*, inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto dejar de lado".

En el caso concreto, la Corte sostuvo que la indemnización debía pagarse por la sociedad demandada, propietaria del vehículo como guardián de la actividad peligrosa, porque "[...] fue el dueño, o por mejor decirlo el responsable presunto, quien imprudentemente creó la situación que a la postre y por mal uso de la cosa o de la actividad por su [*sic*] parte de su subalterno, dio lugar a la ocurrencia del suceso dañoso, suceso que desde luego no puede atribuirse a la voluntad expresa de aquel. Pero que *sin duda alguna le es imputable por el descuido en que incurrió al ejercitar los poderes que la condición de guardián le confiere* [...][54] (se destaca).

[54] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 1992 —ya referenciada—, citó la sent. de 26 mayo 1989 ("G. J.", tomo CXCVI, núm. 2435, pág. 143). En esta última, se reafirmó la responsabilidad del guardián y la teoría del riesgo provecho: "[...] es en el citado art. 2356 en el que se determina la responsabilidad de quien ha causado un daño, que se presume cometido, en razón de originarse en desarrollo de una actividad que de por sí misma implica riesgos, y esta responsabilidad comprende [...] no solo al autor del daño por el hecho personal suyo, sino también por el hecho de las cosas que le pertenecen

En otro caso en el que una persona murió al pisar un cable electrificado, la Sala Civil determinó que la compañía encargada de la operación del servicio de electricidad era el guardián de la actividad peligrosa, no obstante que esta había autorizado a la junta cívica local a realizar algunas conexiones técnicas en el sistema eléctrico. La Corte rechazó la excepción del "hecho de un tercero" y dijo:

> "Fue la sociedad Electrocesar S. A., en su condición de dueña o de guardián de la actividad peligrosa causante del perjuicio, la que con notoria imprudencia creó la situación para que pudiera hacerse mal uso que, bajo la «contratada» vigilancia de uno de sus funcionarios, de dicha actividad hizo a la postre una organización cívica apremiada por la falta de servicio de energía eléctrica en su comunidad [...]"[55].

La teoría de la guarda, acompañada de la del riesgo provecho fue esgrimida por la Corte cuando examinó el caso de una persona que falleció al chocar contra una caseta de peaje, con deficiente iluminación. La sociedad que estaba obligada a mantener en buen estado el alumbrado, fue demandada por los herederos de la víctima. La Corte, no obstante tratarse de una cosa inerte, la calificó como actividad peligrosa y consideró que el demandado tenía la misión de guarda, custodia y control y derivaba provecho de esta, por lo cual debía responder por los perjuicios, apoyándose en la línea jurisprudencial que al respecto ya

o que sobre ellas ejerza [...] la dirección, control y manejo, como cuando a cualquier título se detenta u obtiene provecho de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad. [...] aunque también se hubiera relatado que el conductor era dependiente de estos [el dueño y el empresario del vehículo], [...] la dependencia o subordinación se exige es para la responsabilidad que se origina con fundamento en el artículo 2347 del C. C., pero no para las acciones impetradas con base en el artículo 2356 ibídem, como aquí acontece, ya que en este caso no interesan las relaciones entre el conductor y el guardián o propietario, puesto que [...] la presunción de culpa emerge es de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aun del goce sobre ellas, en forma tal que nadie reciba daño alguno, con abstracción de su conductor". "[...] Estas empresas [de transporte] obtienen de su actividad un beneficio económico [...] [y] también la ejecución del servicio público de transporte únicamente se presta a través de las mismas, efectuándose dicho servicio bajo su control y responsabilidad". "[...] no hay duda que [*sic*] como el conductor que ejecutó la actividad peligrosa causante del accidente, utilizaba el vehículo de propiedad de [...] y afiliado a [...], esta, por su propia actividad, comprometió también su responsabilidad, por ser la empresa que fuera de lucrarse, estaba en aptitud de dar instrucciones y órdenes".

[55] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 octubre 1992 (exp. 3446), ya citada.

estaba conformada. Señaló que "[...] la ley presume la culpa de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumendo [*sic*], tiene de hecho sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control, si dicha actividad resultó perjudicial [...]". Y añadió: "[...] [en] esta materia nada importa saber si la situación del guardián frente a la actividad dañosa cuenta o no con la aprobación del derecho; el concepto de guarda, relevante como queda apuntado para individualizar a la persona que —en tanto tiene a la mano los medios para cumplirlo— le compete el deber de tomar todas las precauciones necesarias en orden a evitar que la actividad llegue a ocasionar daños, no ha sido elaborado, entonces para atribuirle enojosas prevendas [*sic*] a esa persona, sino para imponerle prestaciones específicas de carácter resarcitorio frente a terceros damnificados por una culpa suya, real o presunta [...]"[56].

La jurisprudencia reciente de la Corte le ha dado relevancia al poder *de facto* que se ejerce sobre la cosa o la actividad, más que al título legal que ostenta la persona que tiene la guarda, como se precisó en la importante sentencia de 13 de octubre de 1998. En ella, se recalcó que para establecer a quién le son atribuibles las consecuencias del ejercicio de dicha actividad peligrosa, que sean lesivas para la persona o los bienes de terceros, suele acudirse a la noción de "guardián de la actividad" para referirse, con esta expresión, a aquellas personas —generalmente su dueño— que en ese ámbito tengan un poder efectivo de uso, control y aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza la actividad.

> "En la determinación de esta figura [el guardián de la actividad peligrosa] *predomina el criterio de poder de mando y supone la existencia de un poder de hecho efectivo e independiente* que se hace manifiesto en las facultades anotadas, siempre en el entendido que lo en verdad relevante ante el problema de responsabilidad civil que se analiza es ese poder de hecho y no el título merced al cual se ejerce la guarda [...]. En síntesis, basta el mero poder de hecho aunque no se lo haga actuar de manera efectiva mediante un permanente contacto físico del guardián con la actividad productora de los daños cuya indemnización se reclama [...]"[57] (se destaca).

[56] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1995 ("G. J.", tomo CCXXXIV, núm. 2473, pág. 248).

[57] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 13 octubre 1998 (exp. 5048), ya citada. Es muy interesante notar que en este análisis la Corte se apoyó en la doctrina francesa, que ella misma había rechazado en los años de 1940 cuando la teoría de la guarda fue

Y para mayor claridad añadió, que cuando materialmente dicha actividad es desplegada por un dependiente del guardián, "[...] lo común es que dependientes y subordinados queden al margen del sistema de atribución de responsabilidad consagrada por el artículo 2356 del Código Civil, pues no son ellos quienes por su cuenta y riesgo ponen en movimiento la actividad peligrosa ni tampoco quienes directamente se benefician de su explotación [...]". De ahí que deban rechazarse las alegaciones sobre traslación de la guarda, "cuando no obstante hallarse en poder de un tercero la detentación material de la cosa causante del daño, de hecho el propietario se ha reservado la posibilidad de hacer valer automáticamente su prerrogativa de dirección y vigilancia, situación que se configura en todos aquellos eventos en que, con el asentimiento de dicho propietario, obra cualquiera otra persona vinculada a él por una relación de subordinación u obediencia que por su propia naturaleza excluye el que pueda tenerse por establecido de modo fechaciente que ese asentimiento envuelve el desprendimiento de la aludida prerrogativa".

Así las cosas, cuando el daño ocurre por el ejercicio de actividades peligrosas, la demanda de perjuicios debe dirigirse contra su guardián; es decir, la persona natural o jurídica que ejercita el poder efectivo, el control o del instrumento que se haya usado para la realización de tales actividades[58].

Ahora bien, con arreglo a la más reciente jurisprudencia, si más de una persona tiene la calidad de guardián de la actividad peligrosa, todas responden a la víctima de manera solidaria. Es la denominada "guarda compartida" que la Sala Civil ha caracterizado así:

> "La noción teórica de la «guarda compartida» se da cuando, en el ejercicio de actividades peligrosas, no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su

---

mencionada por primera vez en Colombia. Sentencia citada en la sent. de 5 mayo 1999 ("G. J.", tomo CCLVIII, núm. 2497, pág. 374).

[58] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 noviembre 1999 (exp. 5220): "[...] al momento de verificar contra quién se dirige la demanda de responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades peligrosas, la cuestión debe ser examinada según quiénes sean sus guardianes, perspectiva desde la cual se comprenden por pasiva todas aquellas personas naturales o jurídicas de quienes se pueda predicar potestad, uso, mando, control o aprovechamiento efectivo del instrumento mediante el cual se realizan aquellas actividades" ("G. J.", tomo CCLXI, núm. 2500, pág. 1141).

> manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros [...]"[59].

En el caso examinado, cuando se produjo el accidente, el vehículo involucrado ya había sido vendido a un tercero. La Corte condenó tanto al dueño anterior como al nuevo, porque aquel, "[...] sin embargo de efectuar la venta mencionada, no permaneció apartada ni indiferente al desempeño, funcionamiento y control intelectual de la actividad peligrosa desplegada por el automotor tantas veces citado, actitud que por fuerza ha de entenderse asumida por aquella entidad en cuanto y en tanto obtenía de esa actividad lucro o provecho económico evidente. [...] razones jurídicas existían para imputarle la correspondiente obligación resarcitoria en que dicha responsabilidad [civil extracontractual por actividades peligrosas] consiste, tanto a la compradora como a la vendedora".

Y en concordancia con lo dicho ha añadido la Corte[60]: "Por manera que, nada extraño, ciertamente, que una o varias personas pueden llegar a ejercer en mayor o menor grado injerencia en el manejo o control del bien con el que se cumple la actividad peligrosa, evento ante el cual, sin duda, asumen, *in solidum*, el compromiso de indemnizar a la víctima; en otros términos, si el control de la guarda resulta compartido por varias personas, igual número aparecerán llamados a resarcir solidariamente al dañado".

En fin, puede afirmarse que ya en la década de los noventa, se encontraba sólidamente establecida en nuestra jurisprudencia la responsabilidad del guardián de la actividad peligrosa, con las características apuntadas, postura que mantiene la Corte en la actualidad. Así lo revelan las sentencias más recientes de la Sala Civil que se mencionan a continuación.

En la sentencia del 5 de mayo de 1999[61], sobre el choque de un autobús con una motocicleta en el que fallecieron los dos ocupantes de esta,

[59] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 abril 1997 (exp. 4753) ("G. J.", tomo CCXLVI, núm. 2485, pág. 471).

[60] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2011 (exp. 44001-31-03-001-2001-00050-01). Sobre guarda compartida, véase también la sent. de 13 mayo 2008, en la cual reitera el criterio del lucro o provecho económico como factor de atribución de la responsabilidad civil (exp. 11001-3103-006-1997-09327-01).

[61] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 mayo 1999, citada.

afirmó la Corte: "[...] todas las actividades de esta especie, llamadas peligrosas, aparejan la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape al control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio; luego si en la realización de un daño se demuestra que tuvo influencia causal caracterizada, un hecho de la índole de los que viene haciéndose mérito en estas consideraciones, ello, en términos de ley, es suficiente para tener por probada, por vía de una presunción contenida en aquella disposición, la infracción de la obligación de guarda recién aludida".

En fallo de 26 de noviembre del mismo año, citada con anterioridad, se determinó que el guardián —una empresa transportadora— era el garante ante las potenciales víctimas del buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros, en caso de presentarse fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas. Añadió, en el caso concreto, que "[...] entre los demandados se encuentra la nombrada sociedad transportadora, quien como tal era uno de los guardianes del ejercicio de la actividad peligrosa que ejerce por medio de los vehículos afiliados a dicha empresa, entre ellos el bus de que aquí se trata; que como consecuencia de dicha actividad, se produjo el daño por el cual se reclama responsabilidad civil solidaria, y que el medio de defensa que adujo, la falla mecánica, no constituye fuerza mayor o caso fortuito y, por ende, no lo exonera de la misma"[62].

En el 2000, respecto de un incendio producido por un cilindro de gas defectuoso, la Corte reiteró la presunción de culpa en contra del guardián (en el caso la empresa que suministró el cilindro), citando la famosa sentencia del 18 de mayo de 1972 y precisó que "[...] la presunción de culpa no releva al interesado de acreditar quién es el responsable del daño, que cuando es ocasionado por las cosas inanimadas, lo será el guardián de ellas". En el mismo sentido, con fundamento en la figura del "guardián", la Sala razonó en la sentencia de 26 de octubre de 2000[63]: "[...] la calidad [...] de guardián de la actividad peligrosa y la consecuente responsabilidad que de ella emerge, se presumen, en principio, en el propietario de las cosas con las cuales se despliega, pues el poder autónomo de dirección y control sobre ellas, es atribución que naturalmente emana del dominio". Y reiteró jurisprudencia anterior que sentó

[62] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 26 noviembre 1999, ya citada.

[63] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 26 octubre 2000 (exp. 5462).

la posibilidad de destruir tal presunción, "si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, [...] o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada" (*Gaceta Judicial*, t. CXLII, pág. 188).

Lo mismo puede afirmarse sobre la sentencia del 25 de febrero de 2002[64], en la que además de destacar la guarda material y no la jurídica como factor de imputación, excluyó la responsabilidad de los demandados en cuanto no se probó que recibieran beneficio económico de la cosa.

Finalmente, en la sentencia de 19 de diciembre de 2011, la Corte hizo un análisis pormenorizado de la teoría de la guarda en las actividades peligrosas, combinada con la del riesgo provecho, con apoyo en la línea jurisprudencial anterior. En el caso, sobre accidente de tránsito, reiteró la regla enunciada en el fallo del 4 de julio de 1992, citada previamente: "[...] será entonces responsable la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitada para ejercitar ese poder". A la dirección, control y manejo de la actividad, añadió el argumento tan utilizado del provecho que se obtiene de todo o parte del bien mediante el cual se realizan actividades caracterizadas por su peligrosidad[65] (*Gaceta Judicial*, t. CXCVI, pág. 153).

6. Comentarios finales

En la larga línea de jurisprudencia sobre las actividades peligrosas y su guardián, se ha ratificado —con escasas excepciones— la responsabilidad extracontractual subjetiva con presunción de culpa que pesa sobre el demandado y la exclusión de la defensa de debida diligencia y prudencia, de manera que la única exoneración posible es la prueba de la causa extraña que rompa el vínculo de causalidad entre la conducta del guardián y el perjuicio.

Hoy, superada la teoría del riesgo como sinónimo de responsabilidad objetiva, se reconoce en todo caso que la peligrosidad ínsita en dichas actividades, justifica un tratamiento especial que favorezca a las víctimas. El dueño de la cosa o de la actividad se presume legalmente

[64] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 25 febrero 2002, ya citada.

[65] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2011, ya citada.

el guardián y como se ha visto en innumerables fallos, es frecuente encontrar el criterio del riesgo provecho como un factor de refuerzo. La guarda puede transferirse a otra persona —con o sin consentimiento del dueño— y si ello se prueba, la presunción de culpa ya no pesará sobre este, sino sobre quien de hecho tenga la dirección o control de la actividad.

La teoría de la guarda de las cosas y actividades peligrosas, al igual que la responsabilidad a cargo del guardián, son el fruto de largas y juiciosas reflexiones en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. La jurisprudencia ha diseñado una teoría cuyo principal objetivo es proteger a las víctimas en un mundo cambiante, en el cual se requiere más que nunca el compromiso de los jueces con los derechos de los ciudadanos.

En una futura codificación en la que se modernice el derecho civil de daños, la teoría de la guarda y del guardián de las actividades peligrosas puede ser de recibo y ello demuestra la pertinencia de los debates jurisprudenciales que, al decantar principios y tendencias provenientes del derecho vivo conformado por los principios de convivencia aplicados a la experiencia social, son determinantes para la configuración del sistema jurídico que atienda los cambiantes requerimientos de la colectividad.

7. Bibliografía

A) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*

a) *Sala de Casación Civil*

— Sent. de 14 marzo 1938, "G. J.", t. XLVI, núm. 1934, pág. 211.
— Sent. de 18 mayo 1938, "G. J.", t. XLVI, núm. 1936, pág. 515.
— Sent. de 31 mayo 1938, "G. J.", t. XLVI, núm. 1936, pág. 560.
— Sent. de 17 junio 1938, "G. J.", t. XLVI, núm. 1937, pág. 677.
— Sent. de 12 mayo 1939, "G. J.", t. XLVIII,. núm. 1947, pág. 23.
— Sent. de 18 noviembre 1940, "G. J.", t. L, núms. 1964-1965, pág. 437.
— Sent. de 24 junio 1942, "G. J.", t. LIII, núm. 1986, pág. 656.
— Sent. de 17 noviembre 1943, "G. J.", t. LVI, núms. 2001-2005, pág. 287.
— Sent. de 2 diciembre 1943, "G. J.", t. XLVI, núms. 2001-2005, pág. 318.
— Sent. de 7 diciembre 1943, "G. J.", t. XLVI, núms. 2001-2005, pág. 339.
— Sent. de 21 febrero 1947, "G. J.", t. LXI, núms. 2042-2043-2044, pág. 771.

— Sent. de 7 septiembre 1948, "G. J.", t. LXIV, núms. 2064-2065, pág. 744.
— Sent. de 10 junio 1952, "G. J.", t. LXXII, núms. 2116-2117, pág. 393.
— Sent. de 2 junio 1958, "G. J.", t. LXXXVIII, núm. 2198, pág. 135.
— Sent. de 5 abril 1962, "G. J.", t. XCVIII, núms. 2253-2254, pág. 341.
— Sent. de 30 junio 1962, "G. J.", t. XCIX, núms. 2256-2259, pág. 87.
— Sent. de 10 julio 1962, "G. J.", t. XCIX, núms. 2256-2259, pág. 118.
— Sent. de 1º octubre 1963, "G. J.", t. CIII, núm. 2268, pág. 161.
— Sent. de 20 febrero 1964, "G. J.", t. CVI, núm. 2271, pág. 126.
— Sent. de 4 noviembre 1964, "G. J.", t. CIX, núm. 2274, pág. 129.
— Sent. de 13 marzo 1970, "G. J.", t. CXXXIII, núms. 2322-2323-2324, pág. 128.
— Sent. de 17 abril 1970, "G. J.", t. CXXXIV, núms. 2326-2327-2328, pág. 36.
— Sent. de 27 abril 1972, "G. J.", t. CXLII, núms. 2352-2353, pág. 167.
— Sent. de 18 mayo 1972, "G. J.", t. CXLII, núms. 2352-2353, pág. 183.
— Sent. de 9 febrero 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 30.
— Sent. de 18 marzo 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 67.
— Sent. de 23 septiembre 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 419.
— Sent. de 30 abril 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 102.
— Sent. de 30 abril 1976, "G. J.", t. CLII, núm. 2393, pág. 111.
— Sent. de 7 julio 1977, "G. J.", t. CLV, núm. 2398, pág. 139.
— Sent. de 21 mayo 1983, "G. J.", t. CLXXII, núm. 2411, pág. 72.
— Sent. de 29 agosto 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, pág. 222.
— Sent. de 25 febrero 1987, "G. J.", t. CLXXXVIII, núm. 2427, pág. 45.
— Sent. de 20 agosto 1987, "G. J.", t. CLXXXVIII, núm. 2427, pág. 136.
— Sent. de 26 mayo 1989, "G. J.", t. CXCVI, núm. 2435, pág. 143.
— Sent. de 27 abril 1990, "G. J.", t. CC, núm. 2439, pág. 158.
— Sent. de 12 abril 1991, "G. J.", t. CCVIII, núm. 2447, pág. 282.
— Sent. de 4 junio 1992, "G. J.", t. CCXVI, núm. 2455, pág. 499.
— Sent. de 8 octubre 1992, "G. J.", t. CCXIX, núm. 2458, pág. 519.
— Sent. de 22 febrero 1995, "G. J.", t. CCXXXIV, núm. 2473, pág. 248.
— Sent. de 22 abril 1997, "G. J.", t. CCXLVI, núm. 2485, pág. 471.
— Sent. de 13 octubre 1998, "G. J.", t. CCLV, núm. 2494, pág. 793.
— Sent. de 5 mayo 1999, "G. J.", t. CCLVIII, núm. 2497, pág. 374.
— Sent. de 25 octubre 1999, "G. J.", t. CCLXI, núm. 2500, pág. 871.
— Sent. de 26 noviembre 1999, "G. J.", t. CCLXI, núm. 2500, pág. 1141.

— Sent. de 14 marzo 2000, exp. 5177 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 26 octubre 2000, exp. 5462 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 13 agosto 2001, exp. 5993 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 23 octubre 2001, exp. 6315 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 25 febrero 2002, exp. 6762 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 3 marzo 2004, exp. C-7623 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 29 abril 2005, exp. 0829-92 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 30 junio 2005, exp. 68001-3103-005-1998-00650-01 (en *corte suprema.gov.co*).
— Sent. de 13 mayo 2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01 (en *corte suprema.gov.co*).
— Sent. de 24 agosto 2009, exp. 11001-3103-038-2001-01054-01 (en *corte suprema.gov.co*).
— Sent. de 18 septiembre 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 26 agosto 2010, exp. 47001-3103-003-2005-00611-01 (en *corte suprema.gov.co*).
— Sent. de 19 diciembre 2011, exp. 44001-3103-001-2001-00050-01 (en *cortesuprema.gov.co*).
— Sent. de 10 octubre 2015, exp. 76001-31-03-015-2005-00105-01 (en *cortesuprema.gov.co*).

b) *Sala de Negocios Generales*

— Sent. de 17 junio 1938, "G. J.", t. XLVI. núm. 1937, pág. 677.
— Sent. de 27 septiembre 1946, "G. J.", t. LXI, núms. 2040-2041, pág. 569.
— Sent. de 14 diciembre 1961, "G. J.", t. XCVII. núms. 2246-2250, pág. 778.
— Sent. de 17 junio 1964, "G. J.", t. CVII. núm. 2272-bis, pág. 807.
— Sent. de 23 julio 1964, "G. J.", t. CVIII, núm. 2273, pág. 328.

Capítulo VI

La promesa de contrato en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[*]

Carlos Julio Giraldo Bustamante[**]

Resumen. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referente a la promesa de contrato es muy amplia y abarca una gran cantidad de elementos de esta relación contractual. En este escrito se hace referencia a varias líneas jurisprudenciales, unas más conocidas e importantes que otras, destacando los aportes que hacen, pero también criticando algunas de las soluciones que la jurisprudencia plantea, que han terminado por modificar la estructura normativa del contrato en algunos aspectos importantes. No se puede negar la importancia del papel de la jurisprudencia de la Corte Suprema en un contrato que cuenta con una muy escasa y precaria reglamentación legal, a pesar de su frecuente uso por todo tipo de personas en los más variados negocios.

Palabras clave: promesa de contrato, jurisprudencia, características y elementos constitutivos, problemática.

1. Introducción

La "promesa" es un contrato muy utilizado en Colombia, especialmente como preparación para la celebración de un contrato futuro de compraventa de bienes inmuebles, aunque como modalidad de contrato

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.93

[**] Abogado de la Universidad de Medellín (1988). Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad de los Andes (1994). Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia (1996). Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (2013). Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Director de la Especialización en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado Contemporáneo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Autor de diversas publicaciones en temas contractuales.

preparatorio es posible su utilización para asegurar una gran variedad de contratos futuros. Esta es una de las primeras conclusiones a la que se llega después de analizar una parte de la copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre esta relación contractual, que la mayoría de las sentencias tienen que ver con promesas de contrato de compraventa de bienes inmuebles.

Este contrato forma parte de la categoría de los contratos preparatorios, o preliminares (Rengifo, 2016), al igual que el de opción. Es un contrato que tiene autonomía jurídica propia; con un objeto jurídico, una causa, y unas obligaciones propias, diversas y especiales en relación con las que nacerán del contrato futuro, al igual que unos propios riesgos que exige, como cualquier otro contrato, el acuerdo de las voluntades definitivo de quienes a él concurren, y que, además, es generador de una obligación principal de hacer, porque la celebración del contrato es un hecho jurídico que las partes se proponen llevar a cabo (Claro Solar, 1992), y que eventualmente puede dar origen también a obligaciones de dar y de no hacer[1]. Por tanto, no puede considerarse a este contrato como accesorio del principal, puesto que se puede decir que hay una total escisión entre el contrato de promesa y el contrato definitivo[2].

Respecto a las fuentes jurídicas del contrato, hay que decir, sin duda, que resalta la importancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por cuanto es un contrato muy poco reglamentado y estructurado por la legislación nacional, ya que apenas una norma del Código Civil se refiere a él, y en el Código de Comercio se encuentra una

[1] Como las derivadas de un pacto de arras que se estipule en un contrato de promesa, o de una cláusula penal, o la obligación de entregar los bienes objeto del contrato. En la mayoría de las promesas de contrato de compraventa se acuerda el pago anticipado del precio de la compraventa, cuya causa jurídica no es otra que la promesa suscrita, en consideración a que el contrato de compraventa todavía no existe. Más adelante se volverá sobre el tema.

[2] En contra Luis Díez-Picazo, quien sostiene que, por ejemplo, "la capacidad necesaria para la eficaz celebración del contrato preliminar debe ser la misma que se exija para el contrato definitivo, pues otra cosa equivaldría a violar las normas generales sobre la capacidad o bien a permitir la celebración de un contrato de imposible cumplimiento". Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, Madrid, Edit. Civitas, 1993. Considero que sí es adecuado el término de escisión total de los dos contratos, en el siguiente sentido que las formalidades de los dos contratos ordinariamente son diferentes, puesto que para la existencia del contrato de promesa se exige siempre un escrito privado; también, mientras que uno debe estar sujeto a un plazo o condición, en el otro estos elementos son accidentales a las obligaciones que nacen de dichos contratos, etc.

norma general, que poco dice, y dos normas que lo mencionan como mecanismo para la celebración futura de dos contratos: el de sociedad y el de mutuo. En cuanto a la costumbre, es llamativo que, a pesar de su uso reiterado, no haya ninguna de las costumbres certificadas por la Cámara de Comercio que se refiera a él.

Como siempre pasa con la jurisprudencia, algunas de sus líneas jurisprudenciales, en relación con este contrato, son mucha más conocidas que otras. Dentro de la primera se puede mencionar, a título de ejemplo, la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia sobre el carácter consensual de la promesa de contrato en materia comercial, sentencias estas que no han estado exentas de debate y discusión (Muñoz Laverde, 1982); o las condiciones que debe tener el plazo o condición a la que se debe sujetar la realización del contrato definitivo; o la clase de contratos futuros que permiten la utilización de este contrato preparatorio; o si la promesa es uno de los contratos de los cuales se puede predicar la lesión enorme; o las formas probatorias de acreditar el incumplimiento de uno de los contratantes en relación con el incumplimiento de la obligación principal de hacer que nace de esta relación contractual, en especial cuando consiste en el otorgamiento de una escritura pública, etc.

Ha sido tal el papel de la jurisprudencia, que es posible afirmar que no conoce adecuadamente este contrato quien no la maneje, por cuanto ha llegado a modular algunos elementos de la esencia que realmente suponen una cierta modificación a su estructura legal.

Como se verá más adelante, son varios los problemas jurídicos para resolver sobre este contrato. Empezando por saber si es una modalidad preparatoria aplicable a cualquier clase de contrato definitivo, así como los problemas que plantea su regulación civil y comercial; la aplicación a él de instituciones jurídicas tan importantes como la lesión enorme o las arras, etc. Problemática que se manifiesta de una manera muy especial en las vicisitudes que se pueden presentar entre el momento de su formación y el espacio de tiempo que lo distancia de la celebración del contrato futuro, tales como las limitaciones que puedan surgir a las partes para la celebración de dicho contrato, la muerte o liquidación de una o de ambas partes, la pérdida del bien o bines sobre los cuales recae el contrato definitivo, etc.

Este artículo se centra esencialmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en cómo esta ha moldeado el contrato en varios de sus aspectos fundamentales, valorando críticamente los aportes hechos por ella.

2. Función económica

¿Qué razones llevan a una persona a celebrar un contrato de promesa en vez de un contrato definitivo? No hay más que dos tipos de razones: o porque no quieren o no pueden celebrar el contrato en ese momento, por una cuestión de hecho o de derecho. Pero más que razones de imposibilidad, que también las hay, se trata en la mayoría de los casos de razones de conveniencia. La mayoría de ellas tiene que ver con la necesidad de apalancar económicamente la adquisición de un bien con un crédito, por cuanto no se cuenta con los recursos necesarios para realizar la operación económica en ese momento; o porque hay un gravamen constituido sobre el bien, o se requieren unos paz y salvos, o se espera a que una de las partes consiga a un tercero que caucione las obligaciones, o se quiere que la operación fiscalmente aparezca reflejada en el año siguiente, esperando un tratamiento más favorable para la operación económica que implica la celebración del contrato futuro; esperar a que termine un proceso judicial donde esté involucrado el bien, o llevar a efecto un examen técnico del bien objeto de la realización contractual, o la terminación del edificio del que forma parte el bien objeto material del contrato definitivo.

Ahora bien, ¿es posible la celebración de un contrato de promesa cuando el bien que es objeto material del contrato definitivo se encuentra embargado? Hay jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia que permite la celebración de un contrato de promesa sobre bien embargado, en el entendido que de la promesa nace una obligación de hacer, y no una obligación de dar que es lo prohibido en relación con este tipo de bienes; pero si el promitente vendedor no puede realizar la venta porque la cosa sigue embargada, "esta circunstancia no afecta la validez de la promesa de compraventa, sino que será causal de incumplimiento de esta última"[3]. Sobre el particular, véase la jurisprudencia del 22 y 26 de marzo de 1979 y 1999, respectivamente[4].

El contrato de promesa tiene entonces una razón económica singular, cual es la de asegurar la confección de otro posterior, cuando las partes no lo desean o están impedidas para hacerlo de presente, por una

[3] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 marzo 1999, "G. J.", t. CCLVII, núm. 2497, págs. 284-304.

[4] Desde 1934, la Corte ya se había pronunciado en relación con la posibilidad jurídica de celebrar un contrato de promesa sobre un bien embargado. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 septiembre 1934, "G. J.", t. XLI-bis, núm. 1895B, págs. 131-133.

cuestión de hecho o de derecho. Es instrumento que permite un negocio jurídico diferente, siendo su naturaleza la de un contrato preparativo de orden general, por tanto, es siempre de carácter transitorio y temporal.

3. Concepto

El contrato de promesa (Puig Brutau, 1992)[5], precontrato, o contrato preliminar, es aquel contrato en virtud del cual dos partes acuerdan celebrar un contrato posterior o definitivo, cuando se cumpla un plazo o condición acordado por ellos; pero "el compromiso de las partes no se agota; sin embargo, en la manifestación del consenso idóneo para perfeccionar el contrato definitivo, por cuanto quien asume una obligación tendiente a la celebración de un contrato asume, por eso mismo, un compromiso que mira a las prestaciones que de él son objeto" (Bianca, 2007)[6]. En otros términos, el resultado económico-jurídico que las partes quieren es irrealizable de inmediato, por una cuestión de hecho o de derecho, pero de todas maneras ellas quieren comprometerse formalmente y de inmediato, para la conclusión del contrato específico que proyectan (Fueyo Laneri, 1964).

Si como hemos dicho, toda promesa crea una obligación principal de hacer, y eventualmente otro tipo de obligaciones, es indudable que quien promete sin importar la naturaleza del contrato definitivo, sigue siendo propietario del bien o bienes que forman parte de esa declaración de voluntad, y como consecuencia de ello será quien corra con los riesgos durante la vigencia del contrato de promesa, esto es, durante la vigencia del plazo o la condición. La pregunta que surge es si el dueño puede realizar los actos propios de un propietario sobre esos bienes mientras esté pendiente la condición o el plazo, esto es, ¿podrá enajenarlos,

[5] Puig Brutau critica el término "promesa" con el que se designa a este contrato, en consideración a la "promesa" que significa que la voluntad se ha declarado con fuerza o virtualidad suficiente para dejar creada la obligación ofrecida. Si una oferta de venta es aceptada, ya queda convertida en una obligación que consiste en la promesa de entregar la cosa vendida. Por supuesto, cabe que se diga que la obligación ofrecida pueda consistir en tener que celebrar un contrato proyectado. Pero esta posibilidad que ahora nos limitamos a dar por supuesta, no justifica el uso de la palabra "promesa", en el sentido que rechazamos, pues no se trata de una justificación exclusiva o pertinente solo a la obligación de contratar.

[6] Por su parte, Castán Tobeñas lo define como un contrato perfecto y obligatorio que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro. J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1953.

arrendarlos, gravarlos válidamente?; considero que estamos frente a una auténtica obligación de no hacer por parte del propietario de los bienes que lo lleva a no realizar ningún acto sobre los bienes que los puedan desmejorar en relación con la situación que tenían estos al momento de la celebración del contrato de promesa, so pena de incumplimiento contractual. Esta es quizá la principal obligación de no hacer que surge del contrato de promesa, que es consecuencia directa de la buena fe que debe regir todas las relaciones contractuales. Por tanto, si realiza estos actos estará incumpliendo con el contrato de promesa, pero, en relación con el nuevo contrato que realice, este será plenamente válido, aunque el promitente afectado tiene interés jurídico en proponer acciones de simulación o de nulidad del contrato que impida el cumplimiento de la promesa[7]. Además, ese derecho personal principal que nace del contrato de promesa, es coercible solo frente a la persona que ha prometido contratar, y no respecto de otra, aunque en el tiempo intermedio hayan sucedido mutaciones de titularidad sobre cosas que en último término se pretendían.

Parece incuestionable la exigencia de licitud de la operación entendida en su conjunto, que abarca tanto el contrato preparatorio como el definitivo, conforme a las circunstancias imperantes al momento de la celebración de la promesa. Si después de la celebración de la promesa surgen motivos de ilicitud, el contrato prometido no podrá celebrarse válidamente y no cabría la ejecución coactiva.

Es posible que entre la celebración del contrato de promesa y la celebración del contrato definitivo se presente una imposibilidad de ejecución de las prestaciones propias del contrato definitivo; en dicho caso, no habría lugar a la celebración del contrato previsto, al margen de la razón de ser de dicha imposibilidad, importante solo para decidir sobre la responsabilidad del promitente, en caso de que le sea imputable.

4. Sujetos y características

La legislación colombiana no exige ninguna cualificación especial a las personas que tengan la condición de partes de un contrato de promesa. Incluso, por restrictivo que sea el objeto social de una persona jurídica, sería muy difícil encontrar una persona jurídica que careciera

[7] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1986, "G. J.", t. clxxxiv, núm. 2423, págs. 139-146.

de la capacidad para celebrar un contrato de esta categoría en consideración a su frecuente utilización en los negocios.

Las partes solo son cualificadas dependiendo del contrato definitivo. Así, por ejemplo, en la promesa de fiducia, se requiere esencialmente que una de las partes sea una entidad fiduciaria. De lo contrario, se estarían violando normas de orden público sobre la capacidad al celebrar un contrato preparatorio de un contrato definitivo que no podrá realizarse. Podría establecerse también como condición para la celebración del contrato definitivo que el celebrante del mismo adquiriera el estatus exigido para la celebración del contrato definitivo.

Para celebrar un contrato de promesa, los promitentes deben tener la misma capacidad exigida para perfeccionar el contrato proyectado, para evitar que por vía del precontrato puedan eludirse las reglas especiales de capacidad, o las prohibiciones a contratar que se establecen con respecto a determinadas relaciones contractuales.

A la inversa, en cuanto al poder de disposición o legitimación, es necesario al momento de la celebración del contrato definitivo, pero no a la celebración de la promesa, porque el contrato de promesa no envuelve en sí la obligación de enajenación. En este sentido, puede suceder que en el interregno entre la celebración del contrato preparatorio y el definitivo, lo que ocurra es la suspensión del poder de disposición (toma de posesión, liquidación, etc.); caso en el cual, el promisario tendrá que acudir con el crédito de la promesa a donde se adelante el proceso respectivo para su reconocimiento y ulterior calificación, a fin de que reducido a dinero, sea cubierto conforme lo indique la providencia de graduación de créditos, salvo que excepcionalmente se decida la ejecución específica (Hinestrosa, 2006).

La obligación de celebrar el contrato, en el evento en que sea subjetivamente compleja, por la presencia de varias personas en la respectiva parte, debe ser ejecutada de manera conjunta. Es subjetivamente indivisible, y por lo mismo da lugar a un litisconsorcio necesario.

La cosa quedará en el interregno entre la celebración del contrato preparatorio y el definitivo en el patrimonio del promitente, y quedará expuesta a la acción de sus acreedores, ya sea en procedimientos singulares o colectivos de ejecución.

Cabe preguntarse también sobre el tipo de culpa de que responden las partes que celebran un contrato de promesa. ¿Se transmite a ellas el grado de culpa de que se responde en el contrato definitivo? En este caso aplica la norma general prevista en el artículo 1604 del Código Civil,

que reglamentó el grado de culpa en la responsabilidad contractual en función de la utilidad que el contrato reporta para las partes. Por tanto, las partes responden de culpa leve, sin perjuicio de que contractualmente las partes puedan introducir modificaciones. En este caso, se mantendría la independencia de los contratos, y los contratantes no asumirían el grado de culpa previsto para el contrato futuro.

En cuanto a la cesión de la posición contractual, si las partes no la reglamentan en el acuerdo contractual, aplicando las normas generales sobre la cesión de contrato, quedarían habilitadas para hacerlo, sin necesidad de autorización de su contraparte. Pero también pueden establecer una cláusula en virtud de la cual se prohíba la cesión, o reglamentarla, de tal forma que exija la autorización de la contraparte. Aun si se prohíbe la cesión, se podrá hacer si se demuestra que la otra parte no tiene interés en esa limitación o que su interés es insignificante (C. C.arts., arts. 1642 y 1643).

5. Características más importantes del contrato

A) *¿Es un contrato solemne?*

La respuesta en materia civil no deja ninguna duda, ya que el numeral primero del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece como uno de los requisitos de la promesa que esta conste por escrito, por tanto hay una solemnidad *ad sustanciam actus*, sin importar el tipo de solemnidad a la que esté sometido el contrato futuro[8]. No hay discusión doctrinal sobre el tema y la jurisprudencia ha sido también uniforme en relación con ello.

En tratándose de una promesa de contrato comercial, no existe la misma unanimidad que en materia civil. Mientras que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada desde 1981 su consensualidad[9], varios doctrinantes se han separado de dicho criterio.

[8] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1941, "G. J.", t. LII, núm. 1977, págs. 18-25.

[9] Los siguientes argumentos han servido a la Corte Suprema de Justicia para defender la consensualidad del contrato de promesa comercial: "Es preciso anotar, primeramente, que esa disposición [art. 861] no reprodujo el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa, omisión de la cual se puede inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contratar. El texto comercial así redactado constituye, en efecto, una aproximación casi total al artículo 1733 del proyecto de

Arrubla Paucar, por ejemplo, sostiene que lo que se produjo con la jurisprudencia de la Corte Suprema fue una modificación de la ley por la vía jurisprudencial, y se pregunta, además, si los otros requisitos exigidos para el perfeccionamiento de la promesa por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 aplican o no en materia comercial y no encuentra una razón justificada para que aplique unos y los otros no. Otros autores son especialmente críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[10].

Pensamos que este tema exige hacer una interpretación integral de las fuentes del derecho comercial, de los artículos 861 y 822 del Código de Comercio y del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. En cuanto a las fuentes, debemos remitirnos a lo dispuesto por el artículo 2º del Código de Comercio, cuando establece: "En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil". En este sentido, cuando el artículo 861 del Código de Comercio intenta, porque es un solo intento, reglamentar la promesa de contrato, afirma que "producirá obligación

---

1853 elaborado por Bello; ordenamiento que a su turno se conformaba con el principio fundamental según el cual las obligaciones nacen del solo consentimiento de las partes.

"El artículo 861 del Código de Comercio coincide en lo fundamental con el anotado del proyecto de Bello, y esa identificación necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y que reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general, ya que es norma especial respecto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; ordenamiento con el que es incompatible en el campo comercial. Viene de ahí que cuando la promesa mercantil se refiere a contratos reales o solemnes adquiera su pleno significado jurídico, de manera autónoma, y que indefectiblemente emerge de ella, el deber de celebrarlos imponiendo obligaciones de hacer, aunque no esté consagrada en un escrito, si por otra parte reúne las condiciones de existencia y validez de todo negocio jurídico.

"Tratándose del contrato de promesa, el artículo 861 *eiusdem* no exige formalidades especiales para su formación, como singularmente sí lo hace en relación con la promesa de contrato de sociedad [art. 119]. De consiguiente, siendo la consensualidad un principio cardinal de la ley comercial, el cual indudablemente traduce las necesidades de los comerciantes, quienes requieren instituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita; y siendo la solemnidad la excepción a la regla, se impone un criterio restrictivo de interpretación en materia de solemnidades, que, por su especificidad, rechaza todo intento de generalización y de analogía". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1981, "G. J.", t. clxvi, núm. 2407, págs. 610-623.

[10] A. García-Muñoz y J. Oviedo Albán, *Estudios de derecho económico*, t. i, Instituciones de derecho comercial, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2003. S. Muñoz Laverde, *El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato, veinte años después*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

de hacer", y el resto de la norma se refiere al contrato definitivo, pues dice que "la celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso". Sin duda, esta norma regula el contrato de promesa únicamente en cuanto a su efecto: la creación de una obligación principal de hacer, pero no respecto a sus elementos de la esencia, sobre los cuales guarda silencio; esto es, no los reglamenta. En este sentido, el artículo 822 del Código de Comercio es claro al establecer: "[...] los principios *que gobiernan la formación de los actos y contratos* y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa" (cursiva fuera de texto). Entonces, como la ley mercantil no reglamentó el contrato de promesa respecto a su formación, hemos de aplicar las normas concordantes de los artículos 2º y 822, para concluir que los elementos de la esencia del contrato de promesa están previstos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, dentro de los cuales se menciona, en primer lugar, que la promesa deberá constar por escrito.

Pero no es el único problema o interrogante que se plantea en relación con la solemnidad del contrato de promesa el que nos hemos hecho hasta ahora. ¿Cualquier documento privado sirve para contener una promesa de contrato? (Vélez, 1926)[11]. La respuesta es afirmativa, pues el legislador no hizo ninguna exigencia adicional al contrato que constara por escrito. Esa condición de documento privado es amplia y comprensiva de muchas manifestaciones: cartas, telegramas, mensajes de textos, siempre y cuando estén suscritos por las partes[12]. Pero lo que sí no es necesario, es el escrito que conste en un solo documento.

Además, el escrito se convierte también en un requisito *ad probationem*; esto quiere decir, que su prueba se podrá efectuar únicamente por el escrito que la contenga: ni testimonios, ni siquiera la confesión

[11] "Si se atiende a la intención del legislador para saber el espíritu de la ley, debe deducirse que aquella fue la de facilitar las promesas de contrato donde uno solemne que requiere la intervención del notario, no pueda celebrarse por falta de este". F. Vélez, *Estudios sobre el derecho colombiano*, t. vi, Bogotá, Edit. Imprenta París-América, 1926.

[12] A este respecto, el inciso final del art. 826 del C. de Co. establece que "si la ley no dispone otra cosa, las cartas o telegramas equivaldrán a la forma escrita, con tal que la carta o el original del telegrama estén firmados por el remitente, o que se prueben que han sido expedidos por este o por su orden".

servirán para demostrar la existencia de la misma[13]. El escrito es, entonces, una solemnidad *ad solemnitatem*, y, en consecuencia, *ad probationem*[14].

Otra consecuencia, también deberán constar por escrito todas las modificaciones que las partes hagan al contrato de promesa, para dar cumplimiento *in extenso* a este requisito de existencia. En este sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "[...] lo que sí no se remite a duda es el hecho de que la exigencia legal de que el contrato de promesa conste por escrito (numeral 1 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887), genera en este pacto meramente preparatorio consecuencias referidas principalmente a que las modificaciones o adiciones deban constar asimismo por ese medio. Es lo que, por lo demás, ha pregonado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que «como quiera que por ser la promesa de contratar un convenio solemne, no solamente sus cláusulas primigenias sino también sus adiciones o modificaciones deben constar por escrito, pues como repetidamente lo ha dicho la Corte la formalidad del escrito es un requisito unido a la existencia misma del contrato y no simplemente condición *ad probationem*, razón por la cual son inadmisibles, para demostrarlas, otros elementos de convicción distintos a la forma escrita, incluida la confesión de los mismos contratantes (cas. civ. de 25 febrero 1991)». Y en el mismo sentido, más recientemente puntualizó: «La solemnidad a la que por mandato de la ley está sometida la promesa, hace que cualquier otro medio de convicción que se exhiba para acreditar su existencia, su modificación o adición, resulte ineficaz para tales propósitos, pues se está ante un modo tarifario y específico de la prueba» (C. S. de J., SC 081 2000 de 23 junio 2000, rad. C-5295)"[15].

[13] En este sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que "el dicho [la promesa] es acto solemne que debe constar por escrito y cuya prueba no puede ser otra que el mismo escrito". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 diciembre 1999, "G. J.", t. cclxi - vol. ii, núm. 2500, págs. 1348-1360.

[14] Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, importante en relación con este requisito: "El contrato de promesa civil no puede probarse mediante confesión" (C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1969, "G. J.", t. cxxxi, núm. 2314, págs. 42-56). También Luis Claro Solar dice: "El escrito está destinado a dar vida jurídica a la promesa de celebrar un contrato posteriormente; no es exigido únicamente como medio de prueba, *ad probitionem* [*sic*], sino como solemnidad, *ad solemnitatem*". Véase L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. v. De las obligaciones, Santiago de Chile, Edit. Temis y Edit. Jurídica de Chile, 1988.

[15] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2014, M. P. Jesús Vall de Ruten, rad. 11001-31-03-007. Fuente: Base de datos de Multilegis.

El escrito como exigencia del perfeccionamiento del contrato de promesa implica, además, que el consentimiento de ambos contratantes deba ser expreso, sin que se admita que este se dé mediante "un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto"[16].

Ahora bien, ¿es procedente la inscripción del contrato de promesa de venta de un bien inmueble en el registro de instrumentos públicos? La respuesta es negativa por muchas razones: no se está constituyendo un derecho real sobre un bien; no se está realizando un acto de enajenación sobre el bien y, además, ese registro en Colombia es reglado, solo se puede hacer el registro que esté autorizado expresamente en la ley. Mas, sin embargo, debería haber un registro para que la promesa tuviera efectos *erga omnes*, sobre todo para vivienda de bien futuro o en curso, tal como sucede en Brasil (C. C.arts., art. 1417) y Perú (Ley 28.677 de 2006, art. 32).

B) *Bilateral*

Porque la principal obligación que nace del contrato de promesa es a cargo de los dos contratantes[17], aunque el contrato futuro sea un contrato unilateral; por tanto, le aplica a la promesa, entre otras instituciones, la de la condición resolutoria tácita[18], y el demandado no está en mora cuando el actor no ha demostrado el cumplimiento de sus obligaciones[19]. Además, eventualmente puede surgir, como ya lo dijimos, otro tipo de obligaciones que en algunos casos podrán ser de dar y en otros, incluso, de no hacer, y, por supuesto, que también otras de hacer diferentes a la obligación principal.

Esta es una condición que tiene que ver con la esencia del contrato, en cuanto a que la obligación principal de hacer que surge del mismo es para ambas partes, y si esta no nace no se configuraría el contrato promesa. Esa obligación de hacer es una obligación indivisible[20], y si es así, habrá un litisconsorcio necesario.

[16] C. de Co., art. 854.

[17] Y, por tanto, como a cualquier otro contrato bilateral, se le han de aplicar las normas de la condición resolutoria tácita. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, núms. 2419-2420, págs. 182-187.

[18] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 mayo 1942, "G. J.", t. LIV, núm. 1989, págs. 44-50.

[19] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 31 octubre 1994, "G. J.", t. CCXXXI - vol. II, núm. 2470, págs. 961-971.

[20] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 6 octubre 1982, "G. J.", t. CLXV, núm. 2406 - 30, págs. 245-252.

Como ya se dijo, pensamos que también pueden nacer otras obligaciones del contrato de promesa. Otras obligaciones de hacer que tendrán como título la promesa, tales como arreglos y adecuaciones al bien, o, por ejemplo, la misma entrega del bien objeto material del contrato futuro, cosa que es relativamente frecuente en este tipo contractual[21]. Obligaciones de dar, como cuando se incluye una cláusula de arras o una penal; o se establece que desde el momento de la celebración de la promesa se fija el pago del bien mediante varios instalamentos que empiezan el día del perfeccionamiento del contrato de promesa.

Incluso, consideramos que una de las partes podría negarse válidamente a suscribir el contrato definitivo, por cuanto su contraparte incumplió con otras obligaciones contenidas en la promesa, aplicando la condición resolutoria tácita prevista en los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, en cuanto a la promesa de contratar es un contrato bilateral.

En sentido contrario, ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Con todo, las partes, *accidentalia negotia*, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan «otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a este. *Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer*» (cas. marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759)"[22] (cursiva fuera de texto). Como consecuencia

[21] Para la Corte Suprema, cuando las partes estipulan en la promesa, la anticipación de la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido y en cumplimiento de ese acuerdo, el prometiente vendedor le entrega la posesión material al prometiente comprador; este pasa a ser verdadero poseedor material, aunque irregular, porque tiene el bien como señor y dueño y no a nombre del prometiente vendedor, pues solo falta la formalidad de la escritura pública, cuando se trata de inmuebles. Lo importante es la condición subjetiva del prometiente comprador, porque no se le puede negar la posesión material cuando detenta el inmueble convencido de que es su dueño. La clase de título solo sirve para diferenciar la posesión, porque si se trata de justo título, la posesión es regular; y si se trata de título no justo, como la promesa de compraventa, la posesión es irregular. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 abril 1975, "G. J.", t. CLI - primera parte, núm. 2392, págs. 85-105.

[22] En otra sentencia dijo la Corte que la promesa no confiere al promitente vendedor título alguno al pago del precio, ni al promitente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efectos estos que solo producirá la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrían ser subsumidos por la mera promesa, cuyo poder vinculatorio no va más

de lo anterior, también considera la Corte que la promesa de contrato genera para las partes únicamente derechos y obligaciones de carácter personal, y no da lugar a acciones reales[23].

Varias razones llevan a distanciarse de este pronunciamiento de la Corte Suprema, en el sentido que se tratan más de obligaciones vinculadas al contrato definitivo que al contrato preparatorio de promesa. En primer lugar, no se ve la forma como un contrato que aún no tiene existencia jurídica pueda producir obligaciones jurídicas, y, en segundo lugar, en caso de incumplimiento de esas obligaciones de las que da razón el contrato de promesa, se estaría incumpliendo el contrato de promesa y no el contrato definitivo.

C) *Principal*

Por las razones expuestas anteriormente: tiene un objeto jurídico y una causa propios, unas solemnidades autónomas en relación con el contrato futuro, y elementos de esencias propios.

En el momento de la celebración del contrato de promesa, el contrato futuro es inexistente, y en el momento de la celebración del contrato definitivo, el contrato de promesa se agota. Se termina por el cumplimiento de sus efectos, y no sería posible el inicio de una acción de resolución tácita por incumplimiento de una de las partes de la promesa ni por mutuo disenso, mientras esté vigente el contrato definitivo[24].

Aunque sobre esta cualidad parece haber unanimidad entre la jurisprudencia y la doctrina especializada que se refiere al tema, se trata de una autonomía que nos es absoluta, en consideración a las intensas relaciones que hay entre el contrato de promesa y el contrato definitivo; por ejemplo, que uno de los elementos constitutivos del contrato de promesa es, precisamente, que contenga de tal modo el contrato definitivo, que lo único que falte para su perfeccionamiento sea la tradición de la cosa o el cumplimiento de las formalidades legales, o la entrega o

---

allá a la obligación mutua y recíproca de las partes de celebrar el contrato propuesto, bajo la disciplina de los medios de coactividad jurídica establecidos por el derecho positivo respecto de las obligaciones de hacer. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 julio 1960, "G. J.", t. XCIII, núm. 2228, págs. 114-125.

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 abril 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 422-427.

[24] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1993, "G. J.", t. CCXXV - segunda parte, núm. 2464, págs. 517-529.

tradición del bien. Por tanto, un contrato de promesa de compraventa no será tal, si no contiene los elementos de la esencia del contrato de compraventa, el precio y la cosa; un contrato de promesa de mutuo no será tal, si no contiene los elementos de la esencia del contrato de mutuo, un bien fungible y consumible, el plazo dentro del cual se obliga a restituir bienes de la misma especie a los recibidos, etc. Además, tampoco será un contrato de promesa si "el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 [*sic*] del Código Civil"[25]; por ejemplo, si estamos ante una promesa de contrato de compraventa en la que desde su celebración se observen las condiciones de una lesión enorme, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, como posteriormente lo veremos, no será una promesa válida[26]. Estos ejemplos nos muestran una relación de causa a efecto muy especial entre el contrato de promesa y el contrato definitivo, en cuanto a que dos de los requisitos de la esencia del contrato de promesa están en función del contrato definitivo.

D) *Oneroso*

Porque hay un beneficio para los contratantes, gravándose cada uno en beneficio de otro. Esta es también otra de las cualidades de la esencia del contrato, puesto que no puede haber un contrato de promesa que sea gratuito.

E) *Nominado*

Porque mientras que el Código de Comercio apenas lo menciona, el Código Civil lo reglamenta, aunque con una tipicidad que podríamos llamar leve.

F) *Provisional y transitorio*

Por cuanto no está destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos.

[25] Ley 153 de 1887, art. 89, num. 2.

[26] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1969, "G. J.", t. CXXXI, núm. 2314, págs. 42-56.

6. Elementos de la esencia del contrato de promesa

A) *Que conste por escrito*

A este requisito ya nos referimos en el apartado anterior, y a lo dicho en él nos remitimos; de todas maneras, no deja de llamar la atención que siendo la regla general en materia contractual la de la consensualidad, el contrato preparatorio tenga una solemnidad. Baste afirmar que en sentencia del 16 de abril de 1953, la Corte Suprema de Justicia consideró que la falta de este requisito tenía como consecuencia la inexistencia del contrato de promesa[27], a diferencia de la falta de los otros requisitos que ha sancionado con nulidad absoluta.

B) *Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 [sic] del Código Civil*

En sentido positivo, si el contrato futuro que se ha prometido es ineficaz en los términos en que se ha proyectado (sin importar que se refiera a su inexistencia por la indeterminación de su objeto, o por la ausencia de consentimiento, o que se refiera a su validez, por cualquiera de las causales previstas en la ley), también lo es el contrato de promesa, pues no produce obligación alguna.

Es un reconocimiento, por otra parte, de la continuidad que existe entre el contrato preparatorio y el que se promete y, por decirlo de alguna forma, hay una transmisión de vicios de nulidad del contrato definitivo al contrato preparatorio. No parece ser esta una disposición necesaria, puesto que si no existiera este requisito la promesa de todas formas no podría dar valor jurídico a lo que carece de valor (Claro Solar, 1992).

Sin contrato prometido no hay contrato de promesa. Pero, además, este contrato debe observar todos los requisitos de validez del artículo 1502 del Código Civil (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita). Las partes pueden ser conscientes de esa nulidad, y celebrar una promesa válida, con la condición suspensiva de celebrar el contrato prometido al acabarse tal nulidad que impide que el contrato definitivo pueda ser eficaz o válido. Si el contrato definitivo es ineficaz, y no se plantea condición suspensiva alguna, lo será también

[27] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 6 junio 1955, "G. J.", t. lxxx, núm. 2154, págs. 407-417.

la promesa. La nulidad se podrá sanear si el vicio ha desaparecido al momento del contrato.

La regla general debe ser al momento de la celebración del contrato de promesa cuando debe analizarse la eficacia o ineficacia por no concurrir los elementos, o estar viciados, del contrato futuro. Si se trata de una causal de ineficacia sobreviniente que no existía al momento de la celebración del contrato, la promesa no se invalidaría con motivo del acaecimiento de dicha causal, pero el contrato prometido no podría celebrarse porque se trata de un contrato nulo, ni siquiera por ejecución coactiva.

Glosando este requisito, la Corte Suprema de Justicia consideró que era nula una promesa de compraventa de bien inmueble cuando desde su celebración acusa lesión enorme. Y, además, que cuando la compraventa está antecedida de una promesa, la diferencia del precio es al momento de la promesa, el justo precio del bien es al momento de la promesa. "La diferencia de ultramitad hubiese existido al tiempo de celebrarse la promesa"[28]. Que la promesa de venta de cosa ajena vale. Que es lícita la promesa de venta de derechos herenciales de una persona viva.

En casación del 23 de julio de 1969, la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad absoluta de una promesa de compraventa de bien inmueble cuyo precio estimó lesivo, con lo cual sancionó más drásticamente que la lesión en la compraventa al pronunciar la nulidad, en vez de la recisión, y privar de este modo a la parte vencida del derecho a la subsistencia del contrato completando el justo precio o devolviendo el exceso.

Como excepción al principio, se menciona nuevamente que la promesa de contrato de compraventa de bien embargado en consideración a que el contrato de promesa no es un contrato del que nazca una obligación de enajenar, como lo es el de compraventa, sino que, como ya lo vimos, la principal obligación que nace en él es una obligación de hacer, en este caso la promesa se celebraría bajo la condición de

[28] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 7 septiembre 1999, "G. J.", t. CCLXI - vol. I, núm. 2500, págs. 242-257. En otra sentencia sobre el mismo tema, la Corte consideró que la promesa de contrato es absolutamente nulo cuando el contrato prometido es legalmente ineficaz por vicio de lesión enorme. El límite legal del valor del bien es el que tenga al momento en que las partes suscriban la promesa, de tal suerte que, aunque la promesa no es rescindible por lesión enorme, sí lo es por esta causa el contrato prometido en los contratos que por ley autoriza la lesión enorme. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 julio 1971, "G. J.", t. CXXXIX, núm. 2346, págs. 46-63.

que los bienes puedan ser enajenados en el momento de celebrarse el contrato prometido.

No obstante lo anterior, en el criterio de la Corte Suprema de Justicia, no solo el contrato de promesa debe tener por objeto la celebración de un contrato que no tenga alguno de los defectos mencionados en el artículo 1502 del Código Civil, sino que también el contrato definitivo no debe ser sancionado por cualquier otra circunstancia distinta, diferente a la nulidad absoluta o relativa, "como es el caso de un contrato de promesa para la celebración futura de una compraventa que ya al momento del precontrato es lesiva" (Bonivento Jiménez, 1999).

Son varias e importantes las consecuencias jurídicas que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha concretado de este requisito. Entre otras:

• Que es nula la promesa de contrato de compraventa cuando desde su celebración esta acusa lesión enorme[29].

• Que cuando una compraventa de bien inmueble está antecedida de un contrato de promesa, se requiere que "la diferencia de ultramitad hubiera existido ya al tiempo de la promesa, o sea que el justo precio que se toma en cuenta es el del tiempo de la promesa"[30].

• Que, como ya lo habíamos dicho, es admisible el contrato de promesa de contrato de bien embargado, porque "la simple promesa de contrato no es un acto de enajenación, y por lo mismo su objeto es la perfección del contrato prometido que es necesario no confundir con el objeto del contrato de venta, que es la cosa vendida; por consiguiente, si cuando se verifica la promesa el objeto del contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón que el objeto de la promesa está fuera del comercio, ya que hay distinción entre el uno y

[29] "De suerte que si el contrato adolece de un vicio que lo condene a la ineficacia, la promesa de celebrarlo deviene inválida, y por ende, deja de ser obligatoria. Y como precisamente la lesión enorme es un vicio dirimente en tratándose de la compraventa común y de la permuta de bienes inmuebles, de las particiones y de las aceptaciones económicos de estos actos, preestipuladas en una promesa, también queda afectada de nulidad y no obliga a su cumplimiento". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1969, "G. J.", t. cxxxiv, núm. 2326, págs. 43-56.

[30] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 23 julio 1969, "G. J.", t. cxxxiv, núm. 2326, págs. 43-56, y de 20 agosto 1985, "G. J.", t. clxxx, núm. 2419, págs. 303-344, en la que la Corte manifestó: "Lo dicho significa que la Corte tampoco comparte la opinión de quienes piensan que «los contratos ineficaces» a que se refiere aquel precepto legal sean únicamente los afectados de nulidad absoluta y no aquellos otros que solo son rescindibles por adolecer de nulidad relativa".

el otro. Puede prometerse, pues, la venta de una cosa que en la fecha de la promesa está embargada, como puede prometerse la venta de cosa ajena"[31].

• Que la promesa de venta de cosa ajena es válida[32].

• Que es ilícita la promesa de contrato de venta de derechos herenciales de una persona viva[33].

• Que en la promesa de compraventa de un bien inmueble es necesario fijar los linderos del bien[34], y su no alinderación conlleva la indeterminación del contrato futuro[35].

• Que es viable la estipulación en la promesa de compraventa de un precio determinable[36].

• Que cuando en el contrato de promesa de compraventa no se establecen los plazos para pagar el precio y para entregar la cosa, estos requisitos han de satisfacerse al momento de la celebración de la compraventa[37].

• Que para satisfacer el requisito de determinación del bien objeto del contrato definitivo, las partes pueden en la promesa hacer referencia a la escritura pública contentiva de los linderos[38].

C) *Que la promesa contenga un plazo o condición*[39] *que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*

Al respecto ha dicho la Corte: "El tercero de los requisitos que la ley exige para que el contrato de promesa produzca efectos civiles es,

[31] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 marzo 1979, "G. J.", t. CLIX - primera parte, núm. 2400, págs. 84-89.

[32] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 23 mayo 1988, "G. J.", t. CXCII - primer semestre, núm. 2431, págs. 211-229.

[33] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 7 septiembre 1999, "G. J.", t. CCLXI - vol. I, núm. 2500, págs. 241-257.

[34] Ya lo afirmaba la Corte desde 1925. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 agosto 1925, "G. J.", t. XXXI, núm. 1630, págs. 304-306.

[35] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 6 noviembre 1968, "G. J.", t. CXXIV, núm. 2297, págs. 353-363, y de 2 agosto 1985, "G. J.", t. CLXXX, núm. 2419, págs. 219-228.

[36] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 8 julio 1977, "G. J.", t. CLV - primera parte, núm. 2398, págs. 165-183.

[37] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 1989, "G. J.", t. CXCVI - primer semestre, núm. 2431, págs. 163-178.

[38] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 12 febrero 2007, M. P. Edgardo Villamil Portilla, rad. 2000-00492. Tomado de la base de datos de Multilegis.

[39] Cuando la obligación es condicional, ha de reconvenirse al deudor para constituirlo en mora.

como ya se dijo, que contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.

"La ley contempla de manera expresa que el plazo o condición fije la época para la celebración del contrato prometido; si el plazo o la condición fueren indeterminados en cuanto al tiempo, no fijan la época de tal celebración y la promesa carece de validez jurídica"[40].

El contrato de promesa no genera, al menos en cuanto hace relación a la obligación principal de hacer, obligaciones puras y simples, sino obligaciones sujetas para su cumplimiento a plazo o condición suspensiva. Si esa obligación se sujeta a plazo, el acreedor cumplido no necesita constituir en mora al deudor incumplido y basta que se cumpla el plazo para exigir el cumplimiento de la obligación; por otro lado, en la obligación sujeta a condición no es suficiente que se cumpla la condición para que el acreedor cumplido exija su cumplimiento al deudor incumplido, sino que es necesario, además, que lo requiera y que lo constituya en mora[41]. Esta afirmación se atempera con la exigencia impuesta por la jurisprudencia de la Corte en el sentido que la condición sea determinada.

Sostuvo la Corte en uno de sus fallos: "Este tercer requisito fue el que el tribunal halló falto en el contrato de la promesa de compraventa a que se refiere la demanda inicial del juicio, porque en la cláusula quinta del documento respectivo se dejó a la mera voluntad del prometiente comprador señalar la fecha"[42].

La naturaleza transitoria del contrato de promesa exige que las partes no queden indefinidamente sujetas a la celebración del contrato definitivo[43]. La norma legal y la interpretación que a la misma le da la Corte Suprema de Justicia, exige que tanto el plazo como la condición

[40] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 marzo 1996, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 6-16.

[41] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 8 agosto 1974, "G. J.", t. CXLVIII - primera parte, núm. 148, págs. 193-198.

[42] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1963, "G. J.", ts. CIII - CIV, núms. 2268-2269 - 15, págs. 69-77.

[43] "Por otra parte, el ligamen a una promesa no sería indefinido, pues el límite se encuentra, en todo caso, en la prescripción extintiva de la acción para exigir el cumplimiento, y, sin llegar a tal extremo, mediante fijación de un plazo por el juez, atendidas las circunstancias del caso, siempre que haya evidencia de que no es intención de las partes mantener la situación por el lapso tan extendido de la prescripción pertinente". Véase F. Fueyo Laneri. *Derecho civil*, t. V, Los contratos en particular, y demás fuentes de las obligaciones, contratos preparatorios, Santiago de Chile, Edit. Universo S. A., 1964.

sean determinados para que puedan fijar la época en que se perfeccionará el contrato definitivo[44]. En consecuencia, para la Corte Suprema de Justicia, la promesa debe estar sujeta a un plazo o condición determinados[45], y entiende que determina aquella que sin perder "sus caracteres de futura e incierta, ofrece la particularidad de que si llega a realizarse por anticipado se sabe cuándo o en que época ha de suceder, es indeterminada la condición cuando se halla estrictamente sometida a la incertidumbre, esto es, que no se sabe si sucederá o no, ni cuándo"[46], como sería aquella que sujeta la celebración del contrato a cuando haya terminado un determinado juicio, siempre y cuando se agregue una fecha máxima para que termine el juicio[47].

En cuanto al plazo, este debe ser un plazo voluntario, expreso y suspensivo.

En relación con lo que la Corte Suprema llama condición determinada, se enfrenta con la misma naturaleza jurídica de la condición, esto es, la indeterminación en el acaecimiento del hecho futuro. La clasificación de ser determinada o indeterminada es una clasificación de la jurisprudencia contraria a la ley, y, además, las partes son libres de someterse a la indeterminación[48].

[44] La Corte declaró nulo un contrato de promesa que sujetó la celebración del contrato futuro a una condición que consistía en la terminación de un juicio de liquidación de una sociedad conyugal, por considerar que se trataba de una condición indeterminada. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 septiembre 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 275-289.

[45] Arrubla Paucar considera que "establecer más requisitos alrededor de estos conceptos legales, como en ocasiones lo ha hecho nuestra jurisprudencia, no es otra cosa que modificar el precepto legal". J. Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles*, Bogotá, Edit. Biblioteca Jurídica Diké, 2010.

[46] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 julio 1983, "G. J.", t. CLXXII - primera parte, núm. 2411, págs. 113-129.

[47] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 22 abril 1997, "G. J.", t. CCXLVI - vol. 1, núm. 2485, págs. 485-500.

[48] En uno de sus pronunciamientos, la Corte Suprema consideró que era válida una promesa que fijaba como condición para la celebración del contrato futuro la terminación de un juicio hipotecario iniciado por una de las promitentes vendedoras contra terceras personas. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 mayo 1957, "G. J.", t. LXXXV, núm. 2181, págs. 57-61. También declaró la nulidad de la promesa cuando la celebración del contrato definitivo quedó sujeto a los certificados de paz y salvo del bien involucrado en el contrato. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º junio 1965, "G. J.", ts. CXI-CXII, núms. 2276-2277, págs. 135-145.

D) *Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales*[49]

Como consecuencia de este requisito, el contrato definitivo debe estar contenido en el contrato de promesa en cuanto a sus elementos de la esencia, como si se tratara de la celebración del contrato definitivo, de lo contrario el contrato de promesa carecería de objeto[50]. Por ejemplo, en el contrato de promesa de compraventa, el precio, uno de los elementos de la esencia de la compraventa, debe reunir los mismos requisitos y condiciones del contrato de compraventa, esto es, debe ser determinado o determinable, serio, real. Y respecto a la cosa, esta debe ser determinada, o determinable, de existencia actual o futura, de propiedad del promitente vendedor o de un tercero.

"No le bastó al legislador que en la convención promisoria se señalase la especie del contrato prometido y se consignaren indicaciones que permitieran determinarlo marginalmente, para que la promesa pudiera tener poder vinculatorio, sino que, como lo reza el texto legal transcrito, se impuso la precisión de que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. La razón de ser de esta severidad acerca de la determinación del contrato futuro en el acto de su prometimiento, es obvia: porque si la obligación de los prometientes de un contrato futuro, es como ya se dijo, obligación de hacer o sea la de celebrarlo, y si, por lo mismo, el objeto de la promesa no es otro que la celebración del contrato prometido, resulta que para que la promesa de contrato pudiera lograr su finalidad en el comercio jurídico, sin quedar expuesta a incertidumbre y desvíos que la hicieran peligrosa y ocasionada a controversias, tenía el autor de la ley que exigir, como requisito *sine qua non* de su eficacia, el que se determinase el contrato prometido en todos sus elementos estructurales hasta el punto de que para ser celebrado posteriormente, mediante el empleo de esos cabales elementos, solo restase en orden a su perfeccionamiento la tradición de la cosa, cuando el contrato fuese

[49] Don Fernando Vélez encuentra la razón de ser de esta exigencia, puesto que si "la promesa no tiene los elementos del contrato prometido, cada parte quedaría en libertad de no cumplirla, negándose a ponerse de acuerdo con la otra en los elementos que faltaren".

[50] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 noviembre 1986, "G. J.", t. clxxxiv, núm. 2423, págs. 391-397.

real, o las formalidades legales, cuando estas fuesen requeridas por el derecho, como en los contratos solemnes"[51].

Glosando este requisito, la Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis en que la promesa de contrato de compraventa debe contener el número de la notaría en la cual se extenderá la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa, porque de lo contrario el pago sería indeterminado, mas no es necesario fijar la hora de cumplimiento[52].

En el entendimiento de la Corte Suprema de Justicia, la única forma de que subsiste el contrato de promesa omitiéndose el número de la notaría para realizar el contrato futuro, cuando a ello haya lugar, es cuando esta ha de otorgarse en el municipio en que ambos promitentes estén domiciliados y en dicho municipio haya una sola notaría[53], aplicando subsidiariamente las normas de cumplimiento de las obligaciones.

Esta es la razón por la cual la jurisprudencia ha dicho que solo pueden ser objeto de promesa los contratos reales o solemnes. Aunque la misma Corte, en jurisprudencia del 16 de diciembre de 2013, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez, le da plena eficacia a un contrato de promesa que contiene una compraventa de acciones como contrato definitivo, y no hace ninguna referencia a jurisprudencia anterior y afirma, además, que en este caso por ser el contrato definitivo consensual no requeriría repetir las estipulaciones contractuales, sino simplemente dar el consentimiento[54]. La idea es que no quede ningún elemento del contrato prometido por acordar.

También es posible la celebración de un contrato de promesa para un contrato definitivo que sea solemne por convención de las partes.

A la pregunta de si ¿es admisible la promesa de contrato consensual?, la Corte responde que no, en consideración a que como no habría más determinación del contrato definitivo que aquella del contrato preparatorio; la consecuencia sería que mediante el pretendido precontrato, ha quedado establecida y declarada una voluntad contractual que integra

[51] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 6 noviembre 1968, "G. J.", t. cxxiv, núm. 2297, págs. 353-363.

[52] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1985, "G. J.", t. clxxx, núm. 2419, págs. 125-137.

[53] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 8 septiembre 1982, "G. J.", t. clxv, núm. 2406, págs. 170-179.

[54] En otra sentencia, la Corte dijo que la promesa "es contrato preparatorio de orden general porque puede referirse a cualquier otra convención". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 julio 1983, "G. J.", t. clxxii, núm. 2411, págs. 112-129.

al contrato principal. Por tanto, esa declaración de voluntad equivale ya al contrato principal. Pero creemos que esos dos contratos siguen estando diferenciados y que el objeto de ambos contratos sigue siendo diverso y también quedan en pie las razones que pueden llevar a una persona a salvar un impedimento jurídico o material para realizar el contrato definitivo.

Como consecuencia del requisito de la esencia en estudio, la jurisprudencia de la Corte Suprema exige que, en tratándose de promesas de compraventa de bienes inmuebles, se *incluyan los linderos del bien*, so pena de nulidad absoluta. "De tal manera que, si para llevar a efecto lo que prometido está, falta algo más que la mera solemnidad, como sería en este caso la averiguación de los alindamientos, ya por eso la promesa es imperfecta. Dicho más elípticamente y en términos generales, la promesa de contrato es el contrato propio, pero sin solemnidad"[55].

Se pueden incluir los linderos haciendo remisión a la escritura, o folio de matrícula, cédula catastral, etc. La Corte, en jurisprudencia del 12 de febrero de 2007, consideró que era válido tanto haciendo la cita ideal de la escritura o incorporándola físicamente a la promesa.

También consideró la Corte que no "encuentra razón valedera para sostener que la promesa de venta o de permuta sea ineficaz cuando las cosas prometidas, sin embargo de no aparecer determinadas en aquellas, sí son determinables con las bases que para conocerlas con certeza se establecen en el contrato"[56].

A pesar de que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece que a falta de alguno de estos requisitos el contrato no producirá obligación alguna, que hace pensar en la sanción de la inexistencia. La Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha considerado que la sanción jurídica aplicable a un contrato de promesa en esos casos es la nulidad absoluta, por implicar aspectos de interés general o de orden público[57]. Así mismo, considera que el artículo 1741 del Código Civil incluye los actos jurídicos inexistentes en la nulidad absoluta, al decir que son absolutamente nulos los actos en los cuales se ha omitido

[55] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 30 octubre 2001, M. P. Silvio Fernando Trejos, exp. 6849. Tomado de la base de datos de jurisprudencia de Lexbase.

[56] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 16 abril 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos, wxp. 7255. Tomado de la base de datos de jurisprudencia de Lexbase.

[57] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 27 enero 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 309-314.

algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para ellos en consideración a su naturaleza o a la calidad o estado de las partes, la cual debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca evidente en el contrato de promesa[58].

También ha dicho la Corte Suprema que los requisitos legales de la promesa deben interpretarse en forma estricta, puesto que su reconocimiento como institución jurídica es excepcional, tal como lo dice la norma jurídica que la reglamenta, al afirmar que "la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes [...]"[59].

Según el penúltimo inciso del artículo 89 de la Ley 153 de 1887: "Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado". Si la materia sobre la que se ha contratado se refiere a la promesa, ella es el contrato que se promete, y, por tanto, al celebrar este, las partes no se obligan ni a más ni a menos de lo convenido en la promesa, lo cual determina esta desde que se celebra; sin embargo, al perfeccionar el contrato definitivo, las partes podrían adicionarlo con algunas estipulaciones, como consecuencia de la autonomía de la voluntad.

Y ¿celebrado el contrato definitivo, desaparecen los efectos del contrato provisional? El primer comentario que nos merece la pregunta, es que cualquiera de las dos partes puede obligar a la otra a suscribir el contrato definitivo en las condiciones pactadas en el contrato de promesa. Ahora bien, lo normal y natural es que desaparezcan los efectos de la promesa ante la celebración del contrato definitivo. En este caso, contrato prometido y definitivo se fusionan en uno solo. Pero hay algunos casos interesantes de análisis: empezamos manifestando que la lesión enorme no es aplicable al contrato de promesa; pero, como ya se dijo, cuando hay una compraventa de inmueble antecedida de un contrato preparatorio y se alega lesión enorme en la compraventa, según la Corte Suprema de Justicia, el justo precio se determina al momento de la celebración de la promesa de contrato y no en la fecha de la compraventa; puede ocurrir también que el precio de la promesa sea uno y el de la compraventa sea otro. ¿Qué consecuencias jurídicas puede acarrear la modificación del precio? Consideramos que esta

[58] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 627-635.

[59] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 610-623.

modificación podría llegar a ser una estipulación simulatoria; piénsese en el caso de dos partes que por pagar menos impuestos suscriben una promesa de compraventa en la que conste el valor real que han acordado sobre el bien objeto del contrato, pero que en la escritura pública que perfecciona el contrato de compraventa establecen un precio inferior.

7. Conclusiones

El papel desempeñado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el contrato de promesa ha sido muy importante, por cuanto que ha terminado completando, en muchos casos, lo que el legislador dejó abierto al momento de reglamentar legalmente esta figura contractual.

Es uno de los contratos en que es posible la construcción de líneas jurisprudenciales de importancia que tienen que ver con los más variados aspectos de su celebración, vigencia y terminación. Prácticamente, no ha escapado nada de este contrato a la consideración y escrutinio de la jurisprudencia, lo que hace que sea una fuente jurídica de obligatoria observancia al momento de tratar sobre el mismo.

Nuestro propósito inicial, tal como lo manifestamos al inicio del escrito, era el de contribuir a profundizar en el conocimiento de esta relación contractual a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ojalá que la abundante jurisprudencia aportada ayude a este propósito, y que este trabajo sirva para futuros análisis.

8. Bibliografía

A) *doctrina*

Arrubla Paucar, J.: *Contratos mercantiles*, Bogotá, Edit. Biblioteca Jurídica Diké, 2010.

Bianca, C. M.: *Derecho civil*, El contrato, Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007.

Bonivento Jiménez, J.: *La promesa de compraventa de bienes inmuebles*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1953.

CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V, De las obligaciones, Santiago de Chile, Edit. Temis y Edit. Jurídica de Chile, 1992.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, Madrid, Edit. Civitas, 1993.

FUEYO LANERI, F.: *Derecho civil*, t. V, Los contratos en particular, y demás fuentes de las obligaciones, contratos preparatorios, Santiago de Chile, Edit. Universo S. A., 1964.

HINESTROSA, F.: "Contratos preparatorios, el contrato de promesa", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, *11*, 33-56, 2006.

GARCÍA-MUÑOZ, A. y OVIEDO ALBÁN, J.: *Estudios de derecho económico*, t. I, Instituciones de derecho comercial, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2003.

MONTOYA, F.: "Ejecución natural de las promesas", en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría, 1963-2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MUÑOZ LAVERDE, S.: "El problema de la consensualidad de la promesa mercantil de celebrar contrato", en *Revista de Derecho Privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Vniversitas, *63*, 327-343, 1982.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1992.

RENGIFO, M.: *La formación del contrato*, Bogotá, Edit. Temis, 2016.

VÉLEZ, F.: *Estudios sobre el derecho colombiano*, t. VI, Bogotá, Edit. Imprenta París-América, 1926.

B) *Jurisprudencia*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 12 agosto 1925, "G. J.", t. XXXI, núm. 1630, págs. 304-306.

— Sala de Casación Civil, sent. de 7 septiembre 1934, "G. J.", t. XLI-bis, núm. 1895B, págs. 131-133.

— Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1941, "G. J.", t. LII, núm. 1977, págs. 18-25.

— Sala de Casación Civil, sent. de 11 mayo 1942, "G. J.", t. LIV, núm. 1989, págs. 44-50.

— Sala de Casación Civil, sent. de 6 junio 1955, "G. J.", t. LXXX, núm. 2154, págs. 407-417.

— Sala de Casación Civil, sent. de 2 de mayo de 1957, "G. J.", t. LXXXV, núm. 2181, págs. 57-61.

— Sala de Casación Civil, sent. de 28 de julio de 1960, "G. J.", t. XCIII, núm. 2228, págs. 114-125.

— Sala de Casación Civil, sent. de 2 julio 1963, "G. J.", ts. CIII-CIV, núms. 2268-2269 - 15, págs. 69-77.

— Sala de Casación Civil, sent. de 1º junio e 1965, "G. J.", ts. CXI-CXII, núms. 2276-2277, págs. 135-145.

— Sala de Casación Civil, sent. de 6 noviembre 1968, "G. J.", t. CXXIV, núm. 2297, págs. 353-363.

— Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1969, "G. J.", t. CXXXI, núm. 2314, págs. 42-56.

— Sala de Casación Civil, sent. de 9 julio 1971, "G. J.", t. CXXXIX, núm. 2346, págs. 46-63.

— Sala de Casación Civil, sent. de 8 de agosto de 1974, "G. J.", t. CXLVIII - primera parte, núm. 148, págs. 193-198.

— Sala de Casación Civil, sent. de 25 abril 1975, "G. J.", t. CLI - primera parte, núm. 2392, págs. 85-105.

— Sala de Casación Civil, sent. de 8 julio 1977, "G. J.", t. CLV - primera parte, núm. 2398, págs. 165-183.

— Sala de Casación Civil, sent. de 22 marzo 1979, "G. J.", t. CLIX - primera parte, núm. 2400, págs. 84-89.

— Sala de Casación Civil, sent. de 27 enero 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 309-314.

— Sala de Casación Civil, sent. de 28 abril 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 422-427.

— Sala de Casación Civil, sent. de 13 noviembre 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 610-623.

— Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1981, "G. J.", t. CLXVI, núm. 2407, págs. 627-635.

— Sala de Casación Civil, sent. de 8 septiembre 1982, "G. J.", t. CLXV, núm. 2406, págs. 170-179.

— Sala de Casación Civil, sent. de 6 octubre 1982, "G. J.", t. CLXV, núm. 2406 - 30, págs. 245-252.

— Sala de Casación Civil, sent. de 5 julio 1983, "G. J.", t. CLXXII - primera parte, núm. 2411, págs. 113-129.

— Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, núm. 2419, págs. 125-137.

— Sala de Casación Civil, sent. de 22 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, núms. 2419-2420, págs. 182-187.

— Sala de Casación Civil, sent. de 2 agosto 1985, "G. J.", t. CLXXX, núm. 2419, págs. 219-228.

— Sala de Casación Civil, sent. de 20 agosto 1985, "G. J.", t. CLXXX, núm. 2419, págs. 303-344.

— Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 139-146.

— Sala de Casación Civil, sent. de 18 septiembre 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 275-289.

— Sala de Casación Civil, sent. de 27 noviembre 1986, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 391-397.

— Sala de Casación Civil, sent. de 23 mayo 1988, "G. J.", t. CXCII - primer semestre, núm. 2431, págs. 211-229.

— Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 1989, "G. J.", t. CXCVI - primer semestre, núm. 2431, págs. 163-178.

— Sala de Casación Civil, sent. de 18 noviembre 1993, "G. J.", t. CCXXV - segunda parte, núm. 2464, págs. 517-529.

— Sala de Casación Civil, sent. de 31 octubre 1994, "G. J.", t. CCXXXI - vol. II, núm. 2470, págs. 961-971.

— Sala de Casación Civil, sent. de 19 marzo 1996, "G. J.", t. CLXXXIV, núm. 2423, págs. 6-16.

— Sala de Casación Civil, sent. de 22 abril 1997, "G. J.", t. CCXLVI - vol. 1, núm. 2485, págs. 485-500.

— Sala de Casación Civil, sent. de 26 marzo 1999, "G. J.", t. CCLVII, núm. 2497, págs. 284-304.

— Sala de Casación Civil, sent. de 7 septiembre 1999, "G. J.", t. CCLXI - vol. I, núm. 2500, págs. 241-257.

— Sala de Casación Civil, sent. de 9 diciembre 1999, "G. J.", t. CCLXI - vol. II, núm. 2500, págs. 1348-1360.

— Sala de Casación Civil, sent. de 30 octubre 2001. M. P. Silvio Fernando Trejos, exp. 6849. Tomado de la base de datos de jurisprudencia de Lexbase.

— Sala de Casación Civil, sent. de 16 abril 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos, exp. 7255. Tomado de la base de datos de jurisprudencia de Lexbase.

— Sala de Casación Civil, sent. de 12 febrero 2007, M. P. Edgardo Villamil Portilla, rad. 2000-00492. Tomado de la base de datos de Multilegis.

— Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2014, M. P. Jesús Vall de Ruten, rad. 11001-31-03-007. Tomado de la base de datos de Multilegis.

Capítulo VII

La Corte Suprema de Justicia en torno a la unión marital de hecho[*]

Lilia Zabala Ospina[**]

Resumen. Además de la protección constitucional, especialmente en el artículo 42 de la Carta, que la familia ha recibido del Estado, la familia ha tenido también la atención y el amparo de las Altas Cortes. Se ha protegido la institución que nace del matrimonio y la familia de hecho. Son varios los tópicos desarrollados por la Corte Suprema de Justica en el área de familia donde, gracias a la postura asumida y argumentada, se han logrado avances en el área y han servido de fundamento a la misma legislación. Ejemplo de lo anterior es el caso de las relaciones de hecho, donde la Corte no solo ha analizado el tipo de relación, sus efectos, obligaciones y derechos, sino que, además, se ha extendido en un análisis sobre la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, incluso antes de la Ley 29 de 1982. Este escrito presenta diferentes posturas que la Corporación ha desarrollado en la unión marital de hecho que nace con la Ley 54 de 1990, en torno a los efectos civiles y patrimoniales de esta figura; sin embargo, no puede dejarse de esbozar una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en razón a que dentro de estas mismas sentencias la Corte menciona las uniones de hecho.

El texto comprende dos secciones: i) un estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el concubinato y los derechos de quienes lo conforman, y ii) un estudio sobre la figura de la unión marital de hecho y sus aclaraciones por parte de la Corte Suprema de Justicia, que incluye los pronunciamientos más prominentes en torno a los efectivos civiles y pecuniarios de esta figura y a la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.94

[**] Abogada, especialista en Derecho de Familia, licenciada en Derecho Canónico. Orientadora familiar. Magíster en Educación. Docente, investigadora en asuntos de relaciones familiares, de género y de menores de edad. Candidata a Doctorado en Derecho.

Se utilizó para el texto la herramienta de la *Gaceta Judicial*, que comprende la mayoría de las sentencias citadas y que contiene un valioso insumo para el tratamiento del tema.

Palabras clave: unión marital de hecho, compañeros permanentes, unión libre, concubinato, sociedad patrimonial, estado civil, retrospectividad.

1. INTRODUCCIÓN

El protagonismo de la Corte Constitucional como mecanismo judicial que ha permitido defender los derechos fundamentales en las relaciones familiares durante los últimos años es innegable. Sin embargo, no puede desconocerse que la Corte Suprema de Justicia ha tenido un papel fundamental en esta defensa y en el reconocimiento de derechos a los miembros de la familia. Se han aclarado normas y, sobre todo, se ha determinado la interpretación y espíritu de la ley en el derecho civil y en el derecho de familia, con el enfoque de justicia que siempre ha acompañado esa corporación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha facilitado la aplicación de la norma, mediante la interpretación adecuada de la ley por los jueces colombianos, incrementando la seguridad jurídica y la efectividad del ordenamiento. Son muchos los temas donde la jurisprudencia de la Corte en el área de derecho de familia, se ha convertido en fuente primaria para la aplicación de la ley y para la protección de situaciones que en algunos momentos no ha sido desarrollada legislativamente o se ha quedado corta en su literalidad.

En este sentido, la Corte hace el análisis de temas como la unión marital de hecho (UMH), dejando clara la postura que se asume en cuanto a los derechos y obligaciones, efectos, existencia de la sociedad patrimonial, disolución y liquidación de esta y hace, además, un análisis de la igualdad de los derechos de los hijos extramatrimoniales, antes de la misma Ley 29 de 1982 que concede la igualdad entre los hijos.

En cuanto a los desarrollos jurisprudenciales que han surgido de la Corte Suprema de Justicia en la unión marital de hecho de la Ley 54 de 1990, tiene incluso referencias anteriores a la misma ley, con citación de sentencias que vislumbran la transformación y el reconocimiento de la unión libre, partiendo su análisis del mismo concubinato y los derechos de los integrantes del mismo, y continúa con los efectos personales y patrimoniales de las uniones de hecho.

2. El concubinato y los derechos de sus integrantes

El concubinato ha sufrido varias modificaciones legislativas en el ordenamiento civil y se ha reinterpretado en la jurisprudencia en la búsqueda de una mayor igualdad de derechos cuando de una unión de hecho se trata, reconociéndola, además, como una forma de familia con igualdad de derechos y obligaciones. Las principales modificaciones que se dieron en torno a esta figura hacen referencia i) a los derechos patrimoniales que los concubinos tenían y ii) a los efectos civiles que esta figura generaba; entendiéndolo alrededor de los efectos civiles sobre los hijos y no sobre el estado civil. Previo a la expedición de la Ley 54 de 1990, expresa Suárez (1998) que la regulación de las situaciones de hecho era precaria, únicamente se trataban temas concernientes a los beneficios de los hijos habidos de estas uniones, o aquellos de carácter laboral. En la Ley 12 de 1975, en el Decreto 1848 de 1959 y en la Ley 90 de 1946, se entiende a la compañera permanente o incluso a la concubina como favorecida de ciertos beneficios de su compañero, tales como prestaciones sociales, asistencia médica e indemnizaciones laborales.

A) *La sociedad de hecho concubinaria: derechos patrimoniales de los concubinos*

Las uniones concubinarias eran uniones civiles que no estaban explícitamente reconocidas por la ley civil colombiana como un medio para conformar familia. Esta forma de configurar familia de hecho se caracteriza por i) las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, ii) la existencia de una comunidad de vida estable con una comunidad de lecho permanente, iii) el consentimiento o acuerdo de voluntades que se presume por la cohabitación de las partes, y iv) la ausencia de un vínculo matrimonial civil.

De la existencia de esta comunidad de vida de hecho, que se caracterizaba por la construcción en común de la misma, se empezaron a reconocer los derechos de las personas que forman parte del concubinato. Así, la Corte Suprema de Justicia reconoce que una de las figuras que puede surgir del concubinato es la sociedad de hecho. Este tipo de sociedades puede surgir debido a "la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas

y de las cuales induce un consentimiento implícito"[1]. Es de hacer notar que nos encontrábamos en una época donde no se le reconocían derechos patrimoniales a este tipo de uniones, pero la Corte fue más allá de la norma.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia consideró la posibilidad de reconocer una unión de hecho entre concubinos, únicamente con fines económicos, sociedad conformada por concubinos, que forman un patrimonio social. En sentencia del 30 de noviembre de 1935, se reconoce la existencia de relaciones de carácter patrimonial entre ambos; inicialmente, la Corte preveía una "sociedad de hecho", con fines económicos exclusivamente. Luego, la misma corporación, en sentencia del 7 de mayo de 1947, incorporó un nuevo argumento bajo el cual se afirmaba la existencia de un enriquecimiento sin justa causa a favor de uno de los concubinos. De tal manera que se reconoce la acción *in rem verso* o *actio pro socio*, que legitima a una de las partes para demandar y obtener el reparto de utilidades.

La regulación anterior a la Ley 54 de 1990, expone la existencia de uniones consolidadas por fuera del matrimonio, y cada vez en mayor número se evidenció la aparición de familias de hecho; sin embargo, por falta de regulación jurídica, se presentaban inequidades para sus miembros, especialmente para la mujer, de tal manera que se hacía necesaria la atención y protección por el Estado. La Corte Suprema de Justicia comienza a proteger las uniones libres y los derechos económicos de los concubinos. En sentencia de 23 de febrero de 1976, expone:

> "Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él dimanan; quienes, en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efecto del concubinato.
>
> "Los partidarios de la tesis ecléctica ven en la circunstancia del concubinato dos aspectos diferentes: de un lado, las relaciones sexuales que, por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial, consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico

[1] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 marzo 1958, "G. J.", t. XXXVII, pág. 500, M. P. Arturo Valencia Zea.

> que, en rigor jurídico, no están cobijadas por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho"[2].

La búsqueda de una equidad económica entre compañeros permanentes, hizo necesario regular la sociedad patrimonial de aquellos. En la misma sentencia, la Corporación afirmó:

> "El concubinato no genera, como sí ocurre con el matrimonio, una sociedad de bienes que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar. Con base en la equidad, empero, se sostiene que una conjunción de intereses, deliberada o no por los amantes, un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho, producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria".

Al surgir esta sociedad de hecho entre concubinos, esta institución recibe un tratamiento bastante similar al de la sociedad conyugal. Si bien el haber de esta sociedad se compone de aquellos bienes producto del trabajo de ambos concubinos, este se limita solo a aquellos bienes adquiridos y trabajados en el domicilio de la concubina. Entonces, si una de las personas del concubinato tiene dos domicilios, solo los bienes del domicilio de la concubina entrarán a formar parte de la sociedad de hecho que surge del concubinato. Una vez determinado el haber de la sociedad de hecho, este se dividirá en partes iguales entre los concubinos.

Lo anterior representó un avance en términos de derechos para las personas que conformaban un concubinato, pues su comunidad de vida fue reconocida como legítima y generó efectos patrimoniales en razón del trabajo mutuo. Ello permitió generar una situación de igualdad con las relaciones matrimoniales, a las que sí se les reconocía efectos patrimoniales que se materializaban en la sociedad conyugal.

Estos no son los únicos avances que hace la Corte Suprema de Justicia en pro de mejorar las condiciones de los concubinatos. Otro avance se relaciona con los efectos civiles del concubinato frente a los hijos que nacen dentro de este tipo de relaciones.

[2] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 23 febrero 1976, "G. J.", t. CLII, pág. 35, M. P. Humberto Murcia Ballén.

B) *Los efectos civiles del concubinato: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la lucha por la igualdad de los hijos*

Existen dos momentos legislativos importantes: antes y después de la vigencia de la Ley 29 de 1982. Los hijos legítimos, de acuerdo con el artículo 51 del Código Civil, eran aquellos "concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción". Así, todos los hijos que no nacieron dentro de un matrimonio católico, serían hijos ilegítimos clasificados como naturales y de dañado y punible ayuntamiento:

> "[...] llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento.
>
> "Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos. Es adulterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles. Es incestuoso para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio".

Los primeros tenían todos los derechos que la ley les confiere a los hijos, por el simple hecho de serlo. Por el contrario, los segundos debían ser reconocidos por el padre y cambiar su estado civil para empezar a ser llamados "hijos naturales" y tener derechos de herencia.

Posteriormente, con la expedición de Ley 45 de 1936 en el gobierno de López Pumarejo, se hizo una modificación a la clasificación ya mencionada. Esta normativa buscaba simplificar la clasificación de los hijos, limitando la categorización de estos solo a los legítimos e ilegítimos. Se puede mencionar esto como un avance, pues, si bien no elimina la categorización ni brinda mayor igualdad de derechos, sí elimina la denominación de los hijos "de dañado y punible ayuntamiento" que era especialmente peyorativa. Así, en este momento histórico, la Corte Suprema de Justicia manifiesta en sentencia de 1942, lo siguiente:

> "[...] se tiene que Desiderio Cano en su testamento, es decir, con la solemnidad procedente, declaró la filiación de Arcelia y Dolores confesando con entera libertad que eran hijas suyas, y que la consecuencia legal de este acto de él es la constitución del estado civil de hijas naturales en favor de las mismas, sin que pueda aceptarse que a pesar de todo esto permanecieran simplemente ilegítimas por haber consignado Cano en su testamento esta locución y creído que no tenía herederos forzosos [...]"[3].

A pesar de este reconocimiento del estado civil de los hijos naturales, la Corte Suprema de Justicia reconoce en la misma sentencia que existe una clara diferenciación entre los hijos habidos en el matrimonio y fuera de él, y que los segundos no tienen derechos testamentarios. Sin embargo, los hijos ilegítimos que no son espurios tienen la facultad de ser reconocidos y adquirir, por tanto, la calidad de naturales respecto del padre reconocedor. Seguido a ello, se produce el cambio del estado civil, y sin él subsiste la calidad de simplemente ilegítimos.

Como se mencionó, en sentencia del 10 de julio de 1942, la Corte Suprema de Justicia expresa que existe una clara diferenciación entre los hijos habidos en el matrimonio y fuera de él, y que los segundos no tienen derechos testamentarios. Sin embargo, los hijos ilegítimos que no son espurios tienen la facultad de ser reconocidos y adquirir, por tanto, la calidad de naturales respecto del padre reconocedor. Seguido a ello, se produce el cambio del estado civil, y sin él subsiste la calidad de simplemente ilegítimos. Posterior a la Ley 29 de 1982 que concede la igualdad de los hijos, mediante sentencia del 11 de noviembre de 1997, la misma corporación reafirma que "desde el año 1982, los hijos, cualquiera que sea su clase (legítimo, adoptivo o extramatrimonial) han estado sometidos imperativamente a la igualdad de cualquier derecho, como son los civiles, familiares y laborales (desde la Ley 29 de 1982, art. 1º); igualdad que hoy se encuentra elevada a categoría constitucional".

En este mismo sentido, la Corte, en sentencia de 24 de febrero de 2014, analiza las providencias de la Corte Constitucional C-105 de 1994 y C-156 de 2003, basándose en el principio de igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos, sin admitir distinciones, y establece:

[3] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 10 julio 1942, "G. J.", t. LVI, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.

> "En Colombia existe igualdad entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, en lo relativo a los derechos y obligaciones. Así lo dispuso el artículo 1º de la Ley 29 de 1982: «Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones». [...] La igualdad consagrada por la norma citada fue ratificada por el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución, así: «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes» [...] El artículo 1º de la Ley 29 de 1982 fue la culminación de un proceso comenzado en 1936, con la Ley 45 de ese año".

Además, la Corte cita el fallo C-156 de 2003, que revisó los artículos 413 y 414 del Código Civil, relacionados con los alimentos congruos y necesarios, teniendo en cuenta:

> "[...] aún existe, en materia de alimentos, la diferencia entre ascendientes y descendientes legítimos, extramatrimoniales y adoptivos que aduce el actor, o si estas se encuentran derogadas, como lo sostienen los intervinientes" y al referirse a los alimentos entre *hermanos legítimos* se dijo que "[n]o existe entonces obligación entre hermanos extramatrimoniales, ni tampoco a favor del hermano legítimo por parte de su hermano extramatrimonial, ni al contrario, a favor del hermano extramatrimonial por parte del hermano legítimo. Pero entre hermanos de simple conjunción legítimos (medios hermanos) existe la obligación".

De esta manera, la Corporación hizo un análisis sistemático de los dos pronunciamientos mencionados de la Corte Constitucional y concluye que "quedó por fuera de discusión que los efectos que se dan en las relaciones fraternas, cuando de cumplir con el deber de socorro y ayuda se trata, solo aplica entre «hermanos legítimos»". Igualmente, la Corte se extiende a los derechos sucesorales en condiciones de igualdad para todos los hijos; prueba de ello es la sentencia del 10 de diciembre de 2015, donde afirma que en efecto sí hubo una violación de los principios de igualdad y prevalencia del derecho sustancial. Menciona el proveído:

> "[...] establece una diferenciación entre las prerrogativas otorgadas a los hijos matrimoniales y adoptivos frente a las conferidas frente a los hijos extramatrimoniales no reconocidos en vida del presunto padre para notificar la demanda de filiación".

Frente a estos hechos, la Corte expresó, además:

> "[...] la sentencia que declara la paternidad no es constitutiva, pues el ordenamiento jurídico se limita a declarar la realidad material, es decir, la calidad de hijo, que se presume tenerla, por simple naturaleza, desde que nació, y es por ello [por lo] que en estricto sentido no se crea o constituye una nueva situación jurídica [...] con esta lógica y bajo la proposición constitucional de que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Si una persona por las condiciones externas de su nacimiento no ha logrado formalmente la declaración de paternidad, aun cuando la sentencia que así lo decida solo revelará la realidad material, resulta contrario a la Carta, por no decir más, atribuir la extinción de los eventuales derechos patrimoniales porque otra persona no adelantó el proceso correspondiente cuando era menor de edad, pero que al cumplir 18 años procura hacerlo en nombre propio, e incluso, en los términos tempestivos consagrados en la norma, para que tales efectos patrimoniales no desaparezcan".

Se evidencia entonces, que, a pesar de que el motor del cambio fue la legislación, la Corte Suprema de Justicia tuvo un papel esencial en el reconocimiento y la búsqueda de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Lo anterior, por medio del estudio de casos y la casación de estos, orientada a proteger la igualdad de derechos entre las diversas categorías de hijos.

Es menester hacer notar la importancia de este desarrollo en su momento, debido a que el concubinato nunca fue reconocido como un vínculo que generara un cambio en el estado civil de las personas en términos de su categorización legal, tan solo generó efectos en el estado civil de las personas que nacieron de estas uniones. No fue sino hasta el surgimiento de la unión marital de hecho que se reconoció que las uniones no matrimoniales podrían tener efectos en el estado civil.

3. La unión marital de hecho: efectos civiles y patrimoniales

A) *Efectos personales y civiles*

La unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, es una institución jurídica reconocida por el ordenamiento normativo colombiano, que da origen a la familia. Sin embargo, su origen y consolidación dentro del sistema legislativo, responde a distintas razones y circunstancias. La Corte Constitucional, en sentencia C-239 de 1994[4], expuso que sí,

[4] M. P. Jorge Arango Mejía.

bien dicha institución dista del matrimonio y de sus efectos jurídicos, no puede desconocerse su naturaleza de institución jurídica. De igual forma, afirma que dichas instituciones "equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda este imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre".

En la misma sentencia, la Corte Constitucional refiere:

"[...] la Corte Suprema de Justicia, al promediar este siglo, fue la encargada de comenzar el proceso de hacer justicia en el caso de las uniones libres, en favor de la mujer, generalmente la parte más débil de la relación, en razón de factores económicos y culturales, es decir, sociales en general".

> En el mismo sentido se expresa la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de septiembre de 2000. La figura de la unión marital de hecho surge como producto de la realidad social[5]. La regulación de la UMH inicia con la expedición de la Ley 54 de 1990[6]; se reconoce la existencia de una sociedad de hecho entre dos personas que, sin estar casadas, deciden conformar una comunidad de vida permanente y singular. De acuerdo con el artículo 1º de la referida ley, los integrantes se denominan compañeros permanentes. Si bien, en sentencia C-098 de 1996 se dispuso que la Ley 54 de 1990 tuviera como objetivo la regulación de la unión marital de hecho para parejas heterosexuales, esta posición fue modificada en sentencia C-075 de 2007. Así, la Corte Constitucional declara exequible la Ley 54 de 1990, junto con su modificación contenida en la Ley 979 de 2005, entendiendo que las disposiciones en ellas estipuladas son aplicables a las parejas homosexuales.

[5] La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 septiembre 2000, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, afirma que la unión marital de hecho surge como producto de una realidad social, así: "En general, los hechos y los fenómenos sociales anteceden al derecho formal, o sea suceden antes de las normas jurídicas que luego se expiden para regularlos; muestra elocuente de esto se observa en el desenvolvimiento normativo de la «unión marital de hecho», también conocida históricamente con el nombre de «concubinato»".

[6] La Ley 54 de 1990 hace un aporte significativo a la consolidación del concepto de familia; en términos de la Corte Constitucional colombiana, en sent. C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: "[...] se inscribe en una línea de sucesivas reformas legales que progresivamente han introducido el principio de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares. Este proceso se inició con la expedición de la Ley 28 de 1932 sobre derechos de la mujer casada, prosiguió con la Ley 75 de 1968 relativa a la paternidad responsable, y continuó con la Ley 29 de 1982 que equiparó los derechos sucesorales de los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales".

El surgimiento de esta figura fue bastante polémico. La Corte Suprema de Justicia dilucidó varios casos que buscaban determinar el alcance de lo contenido en la ley frente a los efectos civiles y patrimoniales que presentaba la figura de la unión marital de hecho. La Constitución Política concede a la unión marital de hecho el mismo reconocimiento, respeto, protección, nivel de importancia y legitimidad que le otorga al matrimonio. La Corte, en sentencia del 10 de septiembre de 2003, señaló, al referirse al afianzamiento de los derechos de la familia extramatrimonial, que terminando con prejuicios ancestrales, erradicó

> "[...] de un tajo todas aquellas denominaciones que [...] habían degenerado hacia lo peyorativo; prefirió que no se hablara más de concubinatos, ni de uniones libres, sino que se partiera llamándola unión marital de hecho; y que la mujer allí involucrada no se denominara amante, concubina, manceba o barragana, sino compañera permanente [...][7].

Si bien, la Ley 54 de 1990 no estipula efectos personales entre los compañeros permanentes, han sido las Altas Cortes colombianas, a través de su jurisprudencia, las encargadas de reconocerlos[8]. En este sentido, las uniones maritales de hecho generan efectos personales, conforman familias y están fundamentadas en la ayuda mutua y la autonomía de los compañeros permanentes. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de marzo de 2012, afirmó:

"La comunidad de vida implica cohabitación y colaboración económica y personal en las distintas circunstancias de la vida, así como la

[7] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 septiembre 2003, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

[8] La Corte Constitucional, en sent. C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expone que es posible asignar efectos personales entre compañeros permanentes (heterosexuales y homosexuales) y entre miembros de familias adoptivas o monoparentales, en virtud a la consolidación de un grupo familiar. De esta forma, los efectos personales existen toda vez que se conforma un grupo familiar donde prima la solidaridad y el auxilio mutuo. Conforme a lo anterior expuso: "A propósito de estas consecuencias personales de las uniones permanentes de dos personas del mismo sexo, conviene retomar ahora el concepto general de familia, ya evocado en esta providencia, para llamar la atención acerca de que allí se funda su existencia «en el amor, el respeto, y la solidaridad» y, a la vez se la caracteriza «por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos»".

convivencia que posibilita la recíproca satisfacción de las necesidades sexuales; exige que ese trato de pareja que se dispensan los compañeros sea conocido dentro del círculo social y familiar al que pertenecen"[9].

Esta postura fue desarrollada, además, por la Corporación en sentencia de 12 de diciembre de 2001 al exponer:

> "La configuración de la unión marital de hecho, presupone, convivencia *more uxorio*, comunidad de vida estable y permanente plasmada en las relaciones sexuales, la ayuda, socorro mutuo y la *affectio* marital, o sea, un conjunto de «elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la *affectio* maritales»"[10].

De la misma forma, la Corte Suprema de Justicia aclaró situaciones en la ejecución de la ley en casos particulares, como el tipo de relación que puede tenerse cuando el matrimonio es declarado nulo y si esta podría entonces configurarse como una unión marital de hecho. En este sentido, en sentencia del 25 de noviembre de 2004, la Corte afirma que no puede decirse, ni aún en el caso de matrimonio nulo, que entre cónyuges exista unión marital de hecho, que "subsecuentemente se encuentran sometidos al régimen legal previsto para el enlace matrimonial, incluso los declarados nulos".

B) *Los efectos civiles de la unión marital de hecho: la constitución de los compañeros permanentes como un nuevo estado civil*

El análisis hecho por la Corte Suprema de Justicia, no solo ha sido en la esfera económica de la unión marital de hecho, también se ha extendido a los efectos personales de la unión marital de hecho, a tal punto de considerarla como un estado civil reconocido en la república de Colombia.

En principio, la unión marital de hecho se consideraba como una figura que, si bien permitía la conformación de vínculos de pareja fuera de las formalidades propias del matrimonio, no constituía *per se* un estado civil. Esto, debido a que la Ley 54 de 1990 no estableció

[9] C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 28 marzo 2012, rad. 33772, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

[10] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 12 diciembre 2001, rad. 224032, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

específicamente que la constitución de una unión marital de hecho generara un cambio en el estado civil de las personas. Así, la Corte Suprema de Justicia estableció, mediante auto del 28 de noviembre de 2001[11]:

> "Si bien la Unión Marital de Hecho y la constitución de la familia por vínculos naturales, a voluntad de la pareja, puede llegar a constituir un estado civil, lo cierto es que todavía no se ha expedido la ley que haga tal asignación, ni hay norma que permita asimilarlo como tal, [...]".

En vista de lo anterior, a pesar de que, como se vio previamente, la unión marital de hecho era reconocida por el ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo jurídico apto para conformar familia, pues surge de la libre voluntad de las personas para formar una comunidad de vida. Por consiguiente, la unión marital de hecho se entiende como una institución acreedora de protección debido a su papel social, pero no se le concede la virtud de generar un nuevo estado civil para quienes la conforman. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de octubre de 2005:

> "[...] si bien la unión marital de hecho y la constitución de la familia por vínculos naturales, a voluntad de la pareja, puede llegar a constituir un estado civil, lo cierto es que todavía no se ha expedido la ley que haga tal asignación, ni hay norma que permita asimilarlo como tal, ni menos se puede deducir por el reconocimiento de derechos legales específicos de distinto orden hasta ahora conferidos a los compañeros permanentes, incluso algunos por vía jurisprudencial, los cuales, valga decirlo, no se eliminan ni merman por el hecho de no constituir la unión marital el estado dicho.
>
> "[...] que la unión libre entre el hombre y la mujer, también «corresponde a una de las formas legítimas de constituir una familia», merecedora, por lo tanto, de protección legal y de aceptación social".

Uno de los principales argumentos de la Corte para negarle la facultad constitutiva de estado civil a la unión marital de hecho, era que la Ley 54 de 1990 no regulaba derechos y deberes entre los compañeros permanentes, por tanto, no había lugar a constituir un estado civil. Por otro lado, para la Corte era necesaria una regulación legal para el reconocimiento del estado civil de las unión marital de hecho, pues la mera voluntad de los compañeros permanentes de constituir una unión

[11] Ibíd., Sala de Casación Civil, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

marital de hecho no otorgaba los efectos que se desprenden del estado civil. Finalmente, es válido mencionar que conforme a la lectura que la Corte hace del artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 estipuló que la asignación del estado civil corresponde a la ley.

De acuerdo con lo anterior, en sentencia del 9 de agosto de 2005[12], la Corte Suprema de Justicia estableció que el ordenamiento jurídico colombiano no admite a la unión marital de hecho como un mecanismo para cambiar el estado civil. En esta oportunidad, se analiza el estado civil que le corresponde al compañero permanente, en virtud de la unión marital de hecho que conformó. En este caso, la Corte cita varios pronunciamientos, entre ellos el auto del 28 de noviembre de 2001, en el cual el Tribunal afirmó: "[...] en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha establecido constitucional, ni legalmente, el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho".

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia afirmó que no está permitido legalmente el cambio de estado civil del compañero o compañera permanente, fundamentado en el artículo 42 de la Constitución Política. Lo anterior, en la medida que lo consagrado en el artículo citado, sobre los distintos modos de la constitución de la familia, "corresponde a un mero enunciado, huérfano aún de reglamentación legal"[13].

De esta manera, para la Corte, el artículo 42 de la Carta Magna no era suficiente para considerar como iguales las instituciones, el matrimonio y la unión marital de hecho, debido a que esta última no tenía reglamentación o desarrollo legal. En resumen, se considera que, en este pronunciamiento, la Corte inadmitió una posible igualdad entre los dos tipos de uniones y no reconoció la igualdad de derechos entre quienes la conforman.

Esta línea jurisprudencial se extiende a la sentencia del 21 de marzo de 2006[14]. En este caso, la Corte se mantiene en la misma posición descrita anteriormente, según la cual no debe existir igualdad entre la unión marital de hecho y el matrimonio, debido a que, aunque ambas instituciones conformen familias, son diferentes a la luz del ordenamiento jurídico colombiano y difieren especialmente en la manera en que surgen a la vida jurídica. En consecuencia, no se puede equiparar el estado civil que surge del matrimonio con otro que aún no ha sido

[12] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 9 agosto 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

[13] Auto de 28 noviembre 2001, exp. 1999-482.

[14] M. P. César Julio Valencia Copete.

definido por la ley colombiana; es decir, el que eventualmente puede existir en virtud de una determinada unión marital de hecho. En este pronunciamiento, la Corte afirma:

> "[...] si bien es cierto que en la unión marital de hecho existen derechos y obligaciones, incluso algunos similares a los que se pregonan de quienes son marido y mujer en el matrimonio, lo cierto es que a términos de la propia Constitución (art. 42, inc. 3º) es la ley la llamada a determinar lo relativo al estado civil de las personas"[15].

La percepción de la Corte Suprema de Justicia tuvo un cambio radical al momento de considerar los efectos en el estado civil que tiene la unión marital de hecho. Debido al reconocimiento de la misma como un método válido de conformar familia que merece una protección jurídica y una aceptación social, la Corte pudo desarrollar una línea jurisprudencial que reconoce la unión marital de hecho como un vínculo que genera cambios en el estado civil de las personas.

Esta línea reconoce que, si bien mediante la unión marital de hecho se conforma una familia, esto no origina *ipso iure* un estado civil, pues conforme al artículo 42 de la Carta Política, el legislador es el único facultado para determinar lo relativo al estado civil de las personas. No obstante, para la Corte Suprema de Justicia, aún sin que se haya expedido la ley que haga la asignación de estado civil en las unión marital de hecho, se han introducido cambios que buscan darle un trato equiparable a la unión marital de hecho respecto a la figura del matrimonio. Así pues, la Corte, en auto del 18 de junio de 2008, ha argumentado que la Ley 54 de 1990:

> "[...] no tenía como único propósito, definir la unión marital de hecho y describir sus elementos, sino que también en ella se «estableció que esa conceptuación se hacía *para todos los efectos civiles*» (se resalta), lo que significa que, con independencia de cuáles sean en concreto esos efectos (derecho a alimentos, derechos laborales prestacionales, entre otros), es innegable que la norma hace alusión a una relación jurídica específica que genera consecuencias jurídicas determinables para cada uno de los compañeros permanentes".

Así, este auto emitido por la Corte, determina que la unión marital de hecho constituye, efectivamente, un nuevo estado civil para las personas que conformen familias por medio de este método.

[15] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 marzo 2006, rad. 226189, M. P. César Julio Valencia Copete.

> "La unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, es una especie de estado civil, pues aparte de no ser una relación cualquiera, no es algo que sea externo a las personas que la conforman, por el contrario, trasciende a ellas, es decir, a la pareja misma y a cada uno de sus miembros individualmente considerados, con cierto *status* jurídico en la familia y la sociedad [...]".

De igual forma, la Corporación argumenta, en el mismo auto, que la familia, sin importar de qué forma está conformada, se encuentra en un plano de igualdad. Por tanto, el matrimonio y las uniones maritales de hecho deben recibir en todo aspecto el mismo trato. Y continúa el mismo auto diciendo:

> "[...] no puede sostenerse que, en ese preciso tópico, el primer evento es el único que genera un estado civil, el de casado, mientras que el otro no [...]. De ahí que así como el matrimonio origina el estado civil de casado, la unión marital de hecho también genera el de «compañero o compañera permanente» porque como se advirtió, la Ley 54 de 1990 no se limita a definir el fenómeno natural en cuestión ni a señalar sus elementos, sino que precisa el objeto de la definición, al nominar como compañeros permanentes «para todos los efectos civiles», al hombre y a la mujer que deciden en forma voluntaria y responsable conformarla".

Este entendimiento de la unión marital de hecho se reitera en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que reconoce que entre los efectos civiles de esta figura se incluye el cambio en el estado civil de las personas que la conforman. Lo anterior, planteando como base normativa el artículo 1º de la Ley 54 de 1990. De la misma forma, la Corte, en el mismo auto, aborda el problema de aquellos casos en los que concurre la condición de casado con la de compañero permanente. Sin embargo, considera que este tipo de situaciones no atentan contra el principio de indivisibilidad del estado civil, puesto que "la fuente ontológica de una y otra situación es distinta".

En esta oportunidad, la Corte decide sobre la admisión del recurso extraordinario de casación para la declaración del estado civil de parejas unidas por vínculos naturales, entendiendo que la unión marital de hecho hace que surja el estado civil de compañero o compañera permanente. Lo anterior está fundamentado en la Ley 54 de 1990, de acuerdo con la cual el término "compañeros permanentes" es el adecuado para todos los efectos civiles.

En esta línea, la Corte, en auto del 18 de junio de 2008, se separa de su anterior posición excluyente y acoge una nueva ideología garantista de los derechos de las personas, fundamentada en las transformaciones de tipo social y en las nuevas leyes que han teniendo lugar en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, plantea que es indispensable considerar como iguales a la unión marital de hecho y a la institución del matrimonio; así mismo, recalca que la unión marital de hecho sí constituye efectivamente un estado civil de las personas. La unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, es una especie de estado civil, pues aparte de no ser una relación cualquiera, no es algo que sea externo a las personas que la conforman, por el contrario, trasciende a ellas; es decir, a la pareja misma y a cada uno de sus miembros individualmente considerados, con cierto estatus jurídico en la familia y la sociedad.

Esta posición se ve reiterada nuevamente en la sentencia del 11 de noviembre de 2008[16]. En este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia reitera la posición anteriormente planteada, fundamentando la igualdad entre la unión marital de hecho y el matrimonio a partir de las transformaciones sociales, culturales e incluso de índole normativa que han tenido lugar en nuestro país. De esta manera, para esta Alta Corte, la unión marital de hecho se reconoce como un mecanismo constitutivo del estado civil para las personas, surgiendo así el estado civil de compañero o compañera permanentes.

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes

La unión marital de hecho es una institución jurídica con normas propias dirigidas a regular los efectos patrimoniales que se derivan de ella. Según Bolaños (2011), la sociedad patrimonial es "la masa de bienes conformada mediante trabajo, colaboración y ayuda mutua de la pareja dentro del desarrollo de la vida marital o comunidad de vida" (pág. 106). Frente a la consolidación de efectos patrimoniales, la Ley 54 de 1990, en su artículo 2º, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005, expone que se presume la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente cuando existía unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento

[16] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 11 noviembre 2008, rad. 227192, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

legal para contraer matrimonio y cuando existía la unión marital de hecho en el mismo lapso con impedimentos de contraer matrimonio por parte de uno de los compañeros permanentes o de los dos, siempre y cuando la sociedad o sociedades anteriores se hubiesen disuelto y liquidado por lo menos un año antes del inicio de la unión marital de hecho. La Corte Constitucional determinó que era una presunción de carácter legal[17]. Igualmente, en sentencia C-193 de 20 de abril de 2016, se declaró inexequible la expresión "por lo menos un año" del artículo 2º, literal b) de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 919 de 2005.

La sociedad patrimonial, debe entenderse como la comunidad de bienes aportados por los compañeros permanentes para la manutención de ellos mismos y de los hijos comunes. Su declaración va dirigida exclusivamente al reconocimiento de un aspecto económico, contrario a la declaración de unión marital de hecho, que se dirige al reconocimiento de un estado civil, social y familiar. La sociedad patrimonial está compuesta por los activos y pasivos que deriven del conjunto de bienes que pertenezcan a los compañeros permanentes, con un régimen económico al igual que la sociedad conyugal.

La existencia de la unión marital de hecho, por sí misma, no genera la sociedad patrimonial. De acuerdo con la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 11 de marzo de 2009[18], la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial, actúa como una condición *iuris* para su disolución y liquidación, pues si no existe la unión marital nunca podrá formarse una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, ni esta tampoco podrá disolverse y liquidarse. Igualmente, la sentencia de 19 de diciembre de 2005[19] menciona que no hay lugar a la existencia de la sociedad patrimonial cuando haya coexistencia de sociedades patrimoniales; alguno de los compañeros permanentes se encuentre casado, sin importar que sea en el exterior; cuando no haya comunidad de vida permanente y singular, y cuando haya una unión incestuosa, es decir, haya impedimento por el parentesco.

[17] La Corte Constitucional, en sent. T-233 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo, fue clara en afirmar que existe una presunción de carácter legal en lo referente a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Lo anterior implica que dicha institución es reconocida mediante una imposición legislativa.

[18] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 2009, rad. 227335, M. P. William Namén Vargas.

[19] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2005, rad. 226102, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Señala la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de septiembre de 2006:

> "[...] lo erróneo está en creer que donde no haya impedimento para casarse, no hay que hablar, por sustracción de materia, de sociedad conyugal, suponiéndose equivocadamente que allí no puede haber sino solteros, y de ahí que el artículo comentado nada dijese sobre liquidaciones en la primera hipótesis; se olvidó que personas hay como los viudos que, sin tener impedimento para casarse, tuvieron sociedad conyugal, disuelta sí por causa de la muerte del cónyuge, pero aún sin liquidarse"[20].

En análisis en sentencia de la Corte Constitucional, la expresión "y liquidadas" fue declarada inexequible, considerando que era suficiente con la sola disolución para el surgimiento de otra sociedad patrimonial. De la misma sentencia de 4 de septiembre, se desprende la posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a no ser necesaria la "liquidación de la sociedad conyugal". Sostiene esta corporación, que lo que busca la ley es prevenir la concurrencia de sociedades, por lo que sería suficiente demostrar que la sociedad conyugal ha llegado a su término, lo que se demuestra con la sola disolución.

En otro sentido, la Ley 54 de 1990 dejó espacios por resolver en el momento de su aplicación, de tal manera que como se evidencia, los pronunciamientos de la Corte Suprema fueron fundamentales para puntualizar diferentes interrogantes; tal es el caso del artículo 8º de la citada ley, que determina que las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial prescriben en un año contado desde la separación física y definitiva, del matrimonio de uno de ellos o desde la muerte de cualquiera de los compañeros permanentes. Interrogantes como ¿sí era posible la renuncia de esa prescripción? o ¿cómo se interrumpe dicha prescripción?, surgieron en la práctica.

Con la redacción del artículo, se rompe la posibilidad de contar el año a partir de un momento diferente a los ya mencionados, y, sobre todo, tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia, este derecho inicia cuando termina la sociedad patrimonial, mas no cuando se declara que ella existió. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1º de junio de 2005, ha indicado:

[20] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 4 septiembre 2006, rad. 226320, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

> "Por consiguiente, que la ley reclame una declaración —no necesariamente judicial— da certeza de la existencia de la citada sociedad patrimonial, no puede traducir que la irrupción del término prescriptivo de la acción encaminada a disolverla y liquidarla, esté condicionada a que medie sentencia ejecutoriada o acta de conciliación que dé fe de esa sociedad, pues si se miran bien las cosas, es apenas lógico que la disolución tenga lugar cuando la vigencia de la sociedad patrimonial llega a su fin, con independencia de si media o no la referida declaración. Razón para que la ley ponga pie en tres hechos que, en sí mismos considerados, son bastantes para ultimar la unión marital entre compañeros permanentes y, desde luego, a sus efectos patrimoniales, como son el distanciamiento definitivo de la pareja, la celebración de matrimonio con un tercero, o el fallecimiento de uno de ellos"[21].

En cuanto a la interrupción de la prescripción, el parágrafo del artículo 8º de la Ley 54 de 1990, señala: "La prescripción de que habla este artículo se interrumpirá con la presentación de la demanda". Para mayor ilustración, se transcribe lo reglado por el artículo 94 del Código General del Proceso:

> "La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado".

Por último, en cuanto a si es o no posible renunciar a la prescripción de la acción instituida en el artículo 8º de la Ley 54 de 1990, se debe recordar que en Colombia la "prescripción" es una de las formas de adquisición del dominio, o de extinguir las acciones o derechos ajenos. Así, el artículo 2514 del Código Civil dispone: "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero solo después de cumplida".

En consecuencia, para que este aspecto sea posible, debe existir una declaración inequívoca por parte de quien debería ser beneficiado de la prescripción, en la que manifieste la existencia de una sociedad

[21] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 1º junio 2005, rad. 225686, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

patrimonial. Vale decir, que la declaración de unión marital de hecho no está sometida a ninguna prescripción a diferencia de la sociedad patrimonial que sí está sometida a un término máximo para iniciar las acciones correspondientes para su liquidación.

5. La aplicación retroactiva o retrospectiva de la sociedad patrimonial

El reconocimiento de la unión marital de hecho, como institución jurídica, implicó una serie de inconvenientes adicionales en torno a la aplicación en el tiempo de los efectos conferidos a esta por el legislador. En este sentido no había certeza de si el lapso de dos años que trata la ley, se reconocería a partir de la vigencia de la ley o si, por el contrario, era de aplicación retroactiva. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia desarrolló una línea jurisprudencial al afirmar que el término establecido en la Ley 54 de 1990, solo podía computarse desde la fecha de promulgación de la norma, es decir, el 31 de diciembre de 1990. Pese a lo anterior, la Corte cambió su posición jurisprudencial por cuanto aceptó computar el tiempo transcurrido, previo a la expedición de la norma, siempre que la unión no hubiese fenecido[22].

De acuerdo con lo anterior, la Corte, en sentencia del 20 de abril de 2001, sostuvo inicialmente la tesis de que ella no podía ser aplicada a las uniones maritales que nacieron con anterioridad a su vigencia, y que, por tal razón, el tiempo establecido para presumir la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes debía computarse desde la fecha de promulgación de la ley, es decir, a partir del 31 de diciembre de 1990, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

Como se mencionó, la Corporación, en sentencia del 28 de octubre de 2005, modificó su doctrina, para concluir: "[...] la Ley 54 de 1990 sí se aplica a las uniones maritales, que surgidas con anterioridad a su promulgación continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia —no así para las que ya habían fenecido—, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido por supuesto el anterior al 31 de diciembre de 1990 [...]"[23].

[22] Este cambio se aprecia en la sent. de 28 octubre 2005, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 octubre 2005, rad. 225959, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

El cambio de precedente se explica acudiendo al efecto de la irradiación que los principios y valores de la Constitución de 1991, en materia de familia, genera en el ordenamiento jurídico, lo cual conlleva extender la protección de la Ley 54 de 1990 a todas las uniones maritales, que venían desarrollándose desde antes de la vigencia de la ley, aun las llamadas *relaciones concubinarias.*

Considera la Corte de casación, siguiendo el magisterio de la Corte Constitucional, en sentencia C-014 de 1994[24], que la Constitución "se aplica de manera inmediata y hacia el futuro, tanto a aquellos hechos que ocurran durante su vigencia, como a las situaciones en tránsito de ejecución. No así, por el contrario, a aquellas situaciones jurídicas que de alguna doctrina prefiere denominar consolidadas y no simplemente concretas, como lo propuso en su momento Bonnecase".

Refiere, además, que en el caso de la Ley 54 de 1990, existió un interés general de brindar pronta y eficaz tutela a los derechos de cierto grupo de personas, que antes carecían de ella y, por tal razón, se hace necesario reparar injusticias y llenar vacíos legales, lo que ha sido impulsado por la jurisprudencia de la Sala Civil que progresivamente ha abierto espacios jurídicos a las familias *de facto* o extramatrimonial y a su prole, superando el viejo criterio de ilicitud, del Código Penal de 1936, donde se tipificaba el *concubinato* como conducta punible. Por el contrario, la relación marital fáctica se tornó en una forma más de constituir familia en el seno social, al impulso de diversos factores, que de acuerdo con la sentencia del 28 de octubre de 2005, de la Corte Suprema, pueden ser "las tradiciones culturales, las dificultades para disolver los vínculos matrimoniales católicos, la ausencia durante largos años de legislación sobre el matrimonio civil, las transformaciones ideológicas y culturales surgidas respecto a los conceptos de pareja y familia".

Por ello, la Corte Suprema cambia su posición, en procura de proteger las familias *de facto* integradas con anterioridad a la expedición de la norma y que se preservaron con posterioridad a ella, para otorgarles el inmediato reconocimiento, en especial en lo relativo a los efectos patrimoniales; de tal manera que su aplicación será retrospectiva, mas no retroactiva.

6. Conclusión

La unión marital de hecho como forma de constituir familia, es reconocida legal y constitucionalmente, con efectos personales y

[24] M. P. Jaime Córdoba Triviño.

patrimoniales, en igualdad de condiciones para sus integrantes; es decir, para los compañeros permanentes y para los hijos habidos en este tipo de uniones, quienes, incluso, se han reconocido como hijos legítimos y que en un principio como hijos extramatrimoniales debían ser reconocidos por el padre y cambiar su estado civil para empezar a ser llamados "hijos naturales" y tener derechos de herencia. La Ley 29 de 1980 elimina la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, se les otorga iguales derechos por ley.

La decisión de una pareja de convivir en forma responsable, tener una comunidad de vida, con base en la ayuda mutua, de forma singular y permanente sin estar casados, es una realidad social frecuente y la literalidad de las normas es escasa para dar solución a la problemática familiar; es por esta razón por la que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado posturas en diferentes situaciones, estudiando y analizando normas sustanciales y procesales referidas a las uniones y sociedades de hecho desde tiempos inmemoriales. Estos pronunciamientos permitieron que su fundamento y argumentación fueran la fuente principal para la aplicación de la misma ley, desde fecha anterior a la implementación de la Ley 29 de 1982 de la igualdad de los hijos y la Ley 54 de 1990 cuando surge la unión marital de hecho.

Las aclaraciones de la Corte, junto con sus cambios de postura en temas como la retroactividad y retrospectividad de la ley, los efectos patrimoniales y personales de la unión marital de hecho y el convertirse en un estado civil la situación de compañeros permanentes, han permitido la evolución de esta figura dentro de la familia contemporánea.

7. Bibliografía

A) *Legislación nacional*

— Constitución Política de Colombia de 1991.

— Ley 28 de 1932, *Diario Oficial* núm. 22.139, de 17 de noviembre de 1932. *Sobre reformas civiles* (*régimen patrimonial en el matrimonio*).

— Ley 90 de 1946, *Diario Oficial* núm. 26.322, de 7 de enero de 1947. *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*.

— Decreto 1848 de 1959, *Diario Oficial* núm. 32.937 de 1969. *Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*.

— Ley 12 de 1975, *Diario Oficial* núm. 34.245 de 16 de enero de 1975. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación*.

— Ley 54 de 1990, *Diario Oficial* núm. 39.615 de 31 de diciembre de 1990. *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*.

— Ley 979 de 2005. *Diario Oficial* núm. 45.982 de 27 de junio de 2005. *Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.*

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

— Sent. C-239 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

— Sent. C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

— Sent. C-014 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

— Sent. C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

— Sent. C-700 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos.

— Sent. C-193 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

— Sent. T-233 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 10 julio 1942, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J., t. LVI.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 marzo 1958, M. P. Arturo Valencia Zea. G. J., t. XXXVII, pág. 500.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 febrero 1976, M. P. Humberto Murcia Ballén, "G. J.", t. CLII, pág. 35.

Sala de Casación Civil, sent. de 20 septiembre 2000, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Sala de Casación Civil, sent. de 12 diciembre 2001, rad. 224032, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

Sala de Casación Civil, auto de 28 noviembre 2001, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Sala de Casación Civil, sent. de 10 septiembre 2003, rad. 7603, M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 noviembre 2004, rad. 7291, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2005, rad. 226102, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º junio 2005, rad. 225686, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 octubre 2005, rad. 225959, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 9 agosto 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 marzo 2006, M. P. César Julio Valencia Copete.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 septiembre 2006, rad. 226320, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 noviembre 2008, rad. 227192, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 marzo 2009, rad. 227335, M. P. William Namén Vargas.

Sala de Casación Penal, sent. de 28 marzo 2012, rad. 33772, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

C) *Doctrina*

Bolaños, Ildemar: *Unión marital de hecho*, Bogotá, Leyer, 2011.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009.

Suárez Franco, Roberto: *Derecho de familia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.

Parte tercera

DERECHO LABORAL

Capítulo VIII

Del vínculo a la convivencia real y efectiva

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la pensión de sobrevivientes[*]

Ana María Muñoz-Segura[**]

Resumen. El presente artículo busca mostrar, por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el alcance que se le ha dado a los requisitos exigidos al cónyuge para el acceso a la pensión de sobrevivientes por la muerte del trabajador afiliado o pensionado dentro del Sistema General de Pensiones colombiano.

Palabras clave: pensión de sobrevivencia, pensión por muerte, cónyuge, jurisprudencia pensional, sistema general de pensiones, pensión por muerte, beneficiarios de pensión, jurisprudencia pensión de sobrevivencia.

1. Introducción

Dentro de los riesgos amparados por un sistema general de pensiones se encuentra el de la muerte del trabajador o pensionado, pues se reconoce que, además de la pérdida familiar y los efectos sentimentales y morales que ello implica, también hay una afectación económica para el grupo familiar. En este orden de ideas, previo cumplimiento de una serie de requisitos, el sistema reconoce la pensión de sobrevivencia, que en el caso del pensionado se le denomina sustitución pensional.

En Colombia, el Sistema General de Pensiones sigue estos lineamientos y reconoce la pensión de sobrevivencia por muerte común del trabajador o del pensionado. De acuerdo con lo establecido por la Corte

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.95

[**] Profesora asociada Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Correo electrónico *anmunoz@uniandes.edu.co*

Suprema de Justicia, la pensión de sobrevivientes busca "proteger a las personas a quienes dicha contingencia [refiriéndose a la muerte] afecta directamente, vale decir al núcleo familiar"[1]. Con el fin de cumplir con este propósito, la ley ha distinguido la situación de pensionado de la del trabajador afiliado que fallece. En el primero de los casos, como el derecho a la pensión ya fue adquirido por el pensionado, lo que ocurre es una sustitución del beneficiario de esta; en tanto que, en el segundo caso, se establecen unos requisitos en términos de cotizaciones previas que debe cumplir el afiliado para generar la prestación. En los dos casos, la ley establece, además, una serie de requisitos predicables respecto de los potenciales beneficiarios[2], esto es, del núcleo familiar, "pero entendido más con un criterio natural y socioeconómico que puramente legal, sin que desde luego se abandone absolutamente este último enfoque"[3].

Ahora bien, una de las mayores dificultades en el reconocimiento de la pensión es establecer quiénes son estos beneficiarios, quiénes integran ese grupo familiar que se ve afectado por la muerte del trabajador o pensionado, pues la prestación debe llegar a quienes realmente forman parte de ese núcleo para que la pensión no se convierta en una estrategia de corrupción o un motivo fútil para formar una familia. Para ello, se han establecido unos órdenes que priorizan estos beneficiarios y solo ante la ausencia de miembros en uno de estos órdenes, es posible acudir al siguiente. Dentro del primer grupo, esto es, quienes se ven más comprometidos con las consecuencias de la ausencia de su ser querido, se encuentran el cónyuge y/o compañera(o) permanente y los hijos del afiliado o pensionado fallecido. Así:

> "[...] el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite en forma vitalicia y los hijos, que sean miembros del grupo familiar, tienen la vocación a ser beneficiarios, el mismo orden de prelación, en virtud del artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, de manera que probando su condición tienen derecho a compartir la pensión por partes iguales"[4].

[1] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 13 diciembre 1996, "G. J." MMCDLXXXIII, t. núm. CCXLIV, págs. 897-902.

[2] En el caso de los pensionados, el Sistema no le exige el cumplimiento de requisitos, pues estos fueron cumplidos cuando se le reconoció la pensión, por ello solo se trata de una sustitución de quien recibe la pensión.

[3] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 13 diciembre 1996, "G. J." MMCDLXXXIII, t. núm. CCXLIV, págs. 897-902.

[4] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 mayo 2005.

Es importante aclarar que si bien es cierto se acude a términos propios de los vínculos establecidos y desarrollados en materia civil, tratándose de los asuntos de seguridad social:

> "[...] en algunos aspectos tropieza con el régimen legal de familia vigente, dado que este se halla imbuido por consideraciones estrechamente vinculadas con los derechos de propiedad y de herencia, mientras que las instituciones que desarrollan aquella, como un servicio público de carácter obligatorio que se concreta frente a los habitantes del territorio nacional en calidad de derecho irrenunciable y fundamental"[5].

Por eso, el manejo y alcance de estas figuras no opera de la misma manera en una y otra materia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que una declaración de indignidad en materia hereditaria, no tiene efectos para el reconocimiento de la pensión[6] o que la Ley 54 de 1990 tiene efectos de carácter civil, no en materia de seguridad social, no es pues un régimen aplicable, ya que las relaciones de hecho para efectos de pensiones, tienen una regulación propia. Así, por ejemplo, para efectos civiles, la legislación exige una convivencia de dos años, en tanto que para efectos pensionales, esta es de cinco años[7]; de tal manera que la declaratoria o no de una sociedad de hecho, no guarda relación con la pensión, admitiendo esta última, incluso, la coexistencia de relaciones[8].

Volviendo entonces a la identificación de los beneficiarios de la pensión, en este primer orden, tratándose del cónyuge o compañero(a) permanente, tanto la legislación como la jurisprudencia han mutado de una concepción puramente formalista donde prevalecía el vínculo matrimonial a una que responda más a los lazos de solidaridad y socorro entre los miembros de la pareja, llegando incluso a reconocer pensión a dos relaciones coexistentes o sucesivas.

Dado que la entidad que debe reconocer la pensión no puede dirimir controversias entre posibles beneficiarios, pues carece de autoridad para hacerlo y, por ende, resulta necesario acudir a la jurisdicción ordinaria o un acuerdo entre las partes (transacción o conciliación) para definir

[5] Ídem, ibíd.

[6] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 9 abril 2008.

[7] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 2 marzo 2010.

[8] Ibíd., Sala de Casación Civil, sent. de 7 noviembre 2013.

quién tiene derecho[9] a la prestación, para el presente análisis se acudirá a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a efectos de evidenciar estos cambios.

Para ello, se propone abordar inicialmente el vínculo matrimonial como generador de la pensión de sobrevivencia en una etapa donde este prevalecía en cualquier situación, para finalizar en la exigencia de convivencia real con independencia de la existencia del vínculo legal. Y aunque se generaron diversos pronunciamientos jurisprudenciales respecto a si se trataba de una pensión del sector público o privado, o su régimen aplicable, o el tratamiento y la generación del derecho por la muerte de un trabajador o un pensionado, se abordará exclusivamente el asunto respecto en favor de quien se paga la pensión de sobrevivencia[10].

2. La cónyuge, representante del vínculo prevalente

De acuerdo con el Decreto del 13 de octubre de 1821, el Congreso reconoció la necesidad de socorrer mediante un pago a cargo del montepío militar o ministerial a "las viudas, los hijos menores, las hijas honestas y los padres" de quienes fallecieron defendiendo la independencia de la Patria. En igual sentido, el Decreto del 5 de junio de 1837 señala el "deber de la nación [de] aliviar en la manera posible la suerte de las viudas y huérfanos de los militares que han perdido la vida en su propio servicio", reconociendo una pensión, siempre y cuando la cónyuge supérstite mantuviera su estado de viudez.

Este tipo de reconocimientos continuaron dándose en favor de las viudas, con la condición de mantener este estado, siendo el generador de la pensión el vínculo matrimonial. Era en virtud de este que se entendía la dependencia de la mujer respecto del hombre, la protección económica que este le daba con sus ingresos. Es por ello por lo que si la mujer contraía nuevas nupcias, se entendía que su nuevo cónyuge proveería ese cuidado y amparo y por ello debía perder la pensión de sobrevivencia[11].

[9] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 12 marzo 1999, "G. J." MMCDXCVIII, t. núm. CCLIX, págs. 192-205.

[10] En este sentido, véanse, por ejemplo, C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 2 noviembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 518-541; Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 1º diciembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 589-599 y Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 11 diciembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 659-663.

[11] Este tipo de normas persistieron en la mitad del siglo XX, pero a la luz de la Constitución de 1991 fueron declaradas inexequibles teniendo en cuenta el libre desarrollo

Dada la vigencia hasta nuestros días de este tipo de normas, no es extraño que la Corte Suprema de Justicia considerara que por "razones éticas" y de "decoro y orden práctico, cual es la circunstancia de que quien tiene la obligación de responder por las necesidades de subsistencia de la concubina o «compañera permanente» es su concubinario o «compañero permanente», y no el hombre que no obstante ser el esposo legítimo ya no convive con dicha mujer"[12], justificando así estas causales de pérdida de la prestación por perder su objeto inicial.

Ya en el desarrollo legislativo contemporáneo, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 260, reconocía una pensión de jubilación para todos los trabajadores que hubieran prestado sus servicios a una empresa después de 20 años de servicios previo cumplimiento de 50 años de edad si se trataba de una mujer o 55 años si era un hombre[13]. Por su parte, el artículo 275 del mismo Código establecía que en el evento en que el jubilado falleciera, su cónyuge e hijos tendrían derecho a la mitad de la pensión por un período de dos años desde el momento en que se produjo la muerte "y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia"[14]. En este sentido, los "beneficiarios [eran] calificados por la ley, pues esta se refiere a personas que no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia", además del vínculo y que "el derecho a la jubilación hubiera tenido su origen en armonía y con adecuación a los principios que el Código establece"[15].

Con la expedición de las normas propias y creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la Ley 90 de 1946 en su artículo 59, establecía el reconocimiento de la pensión de viudedad para la viuda o el viudo inválido, permaneciendo el criterio que se asume la dependencia

---

de la personalidad, igualdad y el derecho a constituir una familia. Véanse, por ejemplo, C-309 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-182 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-653 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-1050 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-464 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

[12] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 30 mayo 1994, "G. J." MMCDLXVIII, t. núm. CCXXIX, págs. 201-204.

[13] De acuerdo con lo establecido por la misma norma, la pensión se generaba aun cuando el trabajador se retirara o fuera retirado del servicio siempre y cuando reuniera el tiempo de servicios.

[14] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 25 junio 1959, "G. J." MMCCXI-MMCCXII, t. núm. XC, págs. 911-913.

[15] Ídem, ibíd.,.

económica y moral de la mujer frente al hombre, pues solo necesitaba apoyo el hombre viudo en situación de discapacidad.

Además de ello, se exceptúa del reconocimiento pensional, si el fallecimiento ocurrió dentro del primer año de matrimonio, a menos que existieran hijos comunes, o si el matrimonio se hubiera producido después de que el pensionado cumplió los 60 años de edad, a menos que hubiera una convivencia de los cónyuges de por lo menos tres años o hijos en común. La misma norma, en su artículo 55, contemplaba el reconocimiento de la pensión en cabeza de "la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto".

Se trataba entonces de un reconocimiento limitado en tiempo y en el monto de la prestación, además de persistir en la figura del hombre trabajador y la mujer dependiente de este. Es más, a juicio de algunas empresas, esta figura solo reconoció la transmisión pensional en favor de las mujeres viudas; pero la Corte aclaró en principio, aunque la Ley 33 de 1973 "consagró un criterio discriminatorio de sexo frente a los beneficiarios de la transmisión de una pensión"[16], con la Ley 12 de 1975, se "estableció el derecho a la sustitución pensional entre otros, al cónyuge supérstite sin distinguir entre viuda y viudo", situación que fue más clara aun con la expedición de la Ley 113 de 1985[17].

Las legislaciones posteriores lograron una mejora en los términos del cubrimiento de la pensión, manteniendo el criterio del cónyuge como beneficiario:

> "[...] la sustitución pensional establecida por un lapso de cinco años en los artículos 15 del Decreto-Ley 435 de 1971 y 10 de la Ley 10 de 1972 en favor del cónyuge y de los hijos menores de edad e incapacitados para trabajar por razón de invalidez o de estudios de quien falleciere estando jubilado o con derecho a gozar de tal calidad, fue modificada consagrándola en forma vitalicia en beneficio de estos según los términos del artículo 1° de la Ley 33 de

[16] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 24 febrero 1993, "G. J." MMCDLXII, t. núm. CCXXIII, págs. 274-285.

[17] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 15 septiembre 1988, "G. J." MMCDXXXIII, t. núm. CXCIV, págs. 527-532.

> 1973. [...] la sustitución pensional en forma vitalicia solamente beneficia al cónyuge supérstite y los hijos menores o incapacitados para laborar del ya jubilado o con derecho que llegare a fallecer"[18].

En la expedición de la Ley 33 de 1973 fue de suma importancia el hecho que la pensión se reconoció con carácter vitalicio, además de señalar su pérdida, por parte de la viuda, cuando los cónyuges no vivieran juntos al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado[19] o cuando esta contrajera nuevas nupcias o iniciara una nueva vida marital con el argumento de que la dependencia y el estado de necesidad se perdían ante una nueva construcción de núcleo familiar. A juicio de la Corte Suprema de Justicia:

> "[...] resultaría francamente inmoral, por decir lo menos, que cualquiera de los dos esposos separados luego de hacer vida marital con otra persona o, lo que es lo mismo, convertirse en «compañero permanente» de alguien, vale decir, «verdaderos esposos de hecho» ante la sociedad, pueda al fallecer el cónyuge pensionado recibir por sustitución la pensión que este disfrutaba"[20].

Y aunque hay un reconocimiento de las complejidades, circunstancias que pueden rodear el desarrollo del vínculo matrimonial, la ley todavía privilegia al cónyuge para el reconocimiento pensional, asumiendo además, en la mayoría de los casos, la necesidad de protección de la mujer ante la ausencia del hombre trabajador o pensionado. Por ejemplo, en el proceso judicial en el que se presentó la cónyuge y la compañera del pensionado, los jueces de instancia y la Corte Suprema de Justicia, evaluaron que la primera "no convivía con Tiliano ni dependía económicamente de él al tiempo de fallecer este, circunstancia que en los términos del artículo 2º de la Ley 33 de 1973 y, para el recurrente, le privaba del disfrute de la sustitución pensional, quedando suplida para efecto de este derecho por Isabel Quintero, quien fue compañera permanente del jubilado durante el lapso que reconoció el Tribunal [...]".

Sin embargo, no podía concluirse el otorgamiento de la pensión en favor de la compañera permanente, pues "en ninguno de los textos

[18] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 11 septiembre 1979, "G. J." MMCD, t. núm. CLIX, págs. 503-507.

[19] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 5 junio 1990, "G. J." MMCDXLI, t. núm. CCII, págs. 932-940.

[20] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 30 mayo 1994, "G. J." MMCDLXVIII, t. núm. CCXXIX, págs. 201-204.

invocados por el recurrente se establece la prevalencia de la concubina sobre la esposa legítima para efecto de recibir la pensión en reemplazo del jubilado muerto, ni siquiera en la hipótesis de que la viuda pierda el derecho a disfrutarla conforme a la ley"[21].

Privilegio del que goza el matrimonio reconocido en el país, pues tan y como sucede en el caso en que el pensionado había contraído matrimonio católico, se había separado de bienes y después celebrado matrimonio civil en Ecuador, "el Tribunal Superior declaró que era nulo el matrimonio celebrado en la República del Ecuador y que la señora María Agudelo de Salcedo no tenía derecho para disfrutar la pensión de que venía gozando el señor Gonzalo Salcedo [...]". De tal manera que era necesario "reconocer el 100% de la pensión a los hijos menores por haber perdido el derecho la cónyuge supérstite dentro del supuesto encontrado por los falladores de instancia, y no tener ese carácter la señora María Agudelo de Salcedo por ser nulo", pues el matrimonio católico solo a la muerte de uno de los cónyuges queda disuelto, de tal manera que el segundo no tenía ningún valor de acuerdo con el artículo 140 del Código Civil del momento[22]. Se trata entonces de la protección de un matrimonio vigente, "según la ley colombiana en la fecha de la muerte"[23].

Por su parte, la Ley 12 de 1975 si bien es cierto mantiene la misma regla de pérdida de la pensión por parte de la cónyuge (art. 2º), reconoce la posibilidad de acceder a la prestación del cónyuge o el compañero(a) permanente. Sin embargo, el llamado en primer lugar sigue siendo el cónyuge conviviente, y de acuerdo con "el artículo 1° de la Ley 33 de 1973, no exige ningún requisito especial distinto de las pruebas de matrimonio y muerte del cónyuge con derecho a jubilación para tener derecho a la pensión". Si en el caso en particular hubiera causal de pérdida del derecho, esta debe alegarse y probarse para hacerse efectiva[24].

[21] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 9 octubre 1975, "G. J." MMCCCXCII, t. núm. CLI, págs. 579-580.

[22] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 25 noviembre 1975, "G. J." MMCCCXCII, t. núm. CLI, págs. 667-673.

[23] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 23 enero 1991, "G. J." MMCDXLIX, t. núm. CCX, págs. 7-18. Con la aplicación de la Ley 115 de 1985, puede verse también, Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 26 septiembre 1990, "G. J." MMCDXLV, t. núm. CCVI, págs. 425-433.

[24] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 8 octubre 1979, "G. J." MMCD, t. núm. CLIX, págs. 526-538.

Con los cambios producidos desde la regulación del Código Sustantivo del Trabajo hasta esta ley, algunos beneficiarios buscaron su aplicación en virtud de la favorabilidad que ello representaba. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia fue clara en el sentido que el momento de ocurrencia del riesgo, en este caso la muerte, es lo que determina la norma aplicable, de tal manera que si el derecho a la pensión "nace de la muerte del trabajador, que fue hecho ocurrido antes de la vigencia de la Ley 12 de 1975, luego al caso no puede aplicarse tal ley"[25].

En una importante sentencia, la Corporación reconoce que en esta materia las "normas sucesivas [...] están motivadas por un sentido de equidad, de solidaridad humanitaria y de justicia social" para que los cónyuges sobrevivientes o "viudas", en virtud de la transmisión pensional, adquieran el goce vitalicio e indefinido de la pensión disfrutada o configurada que tenía el trabajador, tanto para los casos en que el origen fuera "una pensión de jubilación" o "cuando mediaran pensiones de vejez o invalidez". Pero el nuevo estatuto consagra causales de pérdida y de extinción del derecho, como el hecho de "si por culpa de la viuda los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido". Y constituyen causales de extinción del derecho el que la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital; y aunque "no se establecen específicamente causales de pérdida del derecho para la compañera permanente, pero es obvio que deben aplicarse a ella las mismas causales de pérdida del derecho que se señalaron por ley para la cónyuge supérstite"[26].

Finalmente, en la Ley 113 de 1985 de manera clara y expresa, se señala la extensión de los beneficios de la Ley 12 de 1975 al compañero de la mujer fallecida (art. 2º), y aclara que en el caso en que hubiera un vínculo matrimonial previo, se preferirá este para efectos del reconocimiento de la prestación (art. 1º, parg. 2). En este sentido, "el cambio consistió en aplicar a esta situación el régimen de la Ley 12 de 1975, que también quedó modificada en algún aspecto y solo contemplaba

[25] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 31 marzo 1977, "G. J." MMCCCXCVI, t. núm. CLV, págs. 584-588. Respecto de la aplicación de la ley en el tiempo en estos casos, pueden verse también las sentencias de la Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 29 octubre 1992, "G. J." MMCDLIX, t. núm. CCXX, págs. 741-746; Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 29 julio 1993, "G. J." MMCDLXV, t. núm. CCXXVI, págs. 272-276 y Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 10 diciembre 1993, "G. J." MMCDLXV, t. núm. CCXXVI, págs. 837-842.

[26] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 2 noviembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 518-541.

una pensión especial de sobrevivientes para el caso del trabajador que fallece, luego de haber prestado servicios por el tiempo necesario para jubilarse pero sin haber cumplido la respectiva edad". En conclusión: "[...] de acuerdo con el nuevo sistema, tienen derecho de sustitución pensional: el cónyuge supérstite, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte, o la compañera o compañero permanente, y los hijos menores o inválidos"[27]. Se aclara que esta nueva legislación entró a regir el 20 de diciembre de 1985, reiterando que las pensiones generadas previamente se resuelven con la Ley 33 de 1973[28].

3. O cónyuge o compañero(a), convivencia efectiva al momento de la muerte

La Ley 71 de 1988 estableció en su artículo 3º, el reconocimiento de la sustitución pensional en cabeza del cónyuge o compañero del trabajador afiliado o pensionado. Esta norma tuvo su reglamentación en el Decreto 1160 de 1989, que estableció la prestación para el cónyuge y a falta de este, le correspondería al compañero(a) permanente. Así mismo, estableció que se entiende que falta el cónyuge cuando este fallece, cuando hay nulidad del matrimonio civil o eclesiástico o en los casos en que exista divorcio del matrimonio civil. Además, puntualiza que el cónyuge pierde la pensión cuando no hacía vida en común con el causante, a menos que estuviera en imposibilidad de hacerlo porque este abandonó el hogar sin justa causa o cuando hubiera visto impedido su acercamiento o compañía a la pareja. En el caso en que se determinara que no había cónyuge, se entendía como compañero(a) quien hiciera vida marital en el año inmediatamente al momento de la muerte (o el lapso que se señalara en la norma si se trataba de un régimen especial).

Teniendo en cuenta este marco regulatorio, el cónyuge tiene un lugar preferencial al momento de determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia; pero la sola condición de cónyuge no da la calidad de beneficiario[29], pues le asiste el derecho a la pensión si vive con el causante, o de acuerdo con las causales anteriores, logra demostrar el abandono

[27] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 22 mayo 1987, "G. J." mmcdxxix, t. núm. cxc, págs. 433-442.

[28] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 14 diciembre 1988, "G. J." mmcdxxxiii, t. núm. cxciv, págs. 1203-1207.

[29] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 agosto 2010.

del hogar por parte de este, caso en el cual el cónyuge no pierde el derecho a la pensión[30]. En este orden de ideas, la(el) compañera(o) tiene derecho, así exista cónyuge, solo si este último ha perdido el derecho y no lo ha recobrado después[31] o ante la ausencia de vínculo matrimonial previo.

Respecto de las circunstancias en que se entiende la ausencia del cónyuge, y de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1160 de 1989:

> "[...] tampoco tendría derecho la demandante, pues no era carga de Eduviges Díaz [compañera], ni de la entidad, demostrar la culpa de Rodríguez en la interrupción de la convivencia y la imposibilidad de convivir con el causante por haber abandonado este el hogar e impedirle su acercamiento, porque demostrada la pérdida del derecho con la falta de convivencia, la carga de la prueba se invertía quedando a cargo de la actora acreditar su ausencia de culpa para poder reivindicar el derecho"[32].

Así:

> "[...] de acuerdo con las Leyes 13 de 1973, 12 de 1975, 113 de 1985, 71 de 1988 y su decreto reglamentario, el cónyuge supérstite tiene prelación en la vocación como beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Y para hacerla valer a partir de la vigencia del Decreto 1160 de 1989, él tiene la carga de demostrar, cuando se haya extinguido la convivencia, la excepción que la beneficia, es decir, el abandono del hogar injustificado del causante o la determinación de este de impedirle el acercamiento o compañía"[33].

De esta manera, mantiene el mejor derecho el cónyuge que no hace vida matrimonial con el causante cuando la separación ha ocurrido por circunstancias no imputables a ella o él[34].

[30] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 17 octubre 2008. En igual sentido, véase, por ejemplo, Sala de Casación Laboral, sent. de 25 noviembre 2008.

[31] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 26 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 425-433.

[32] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 1º diciembre 1999, "G. J." MMDI, t. núm. CCLXII, págs. 116-122.

[33] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 6 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 425-433.

[34] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 6 febrero 1992, "G. J." MMCDLXI, t. núm. CXXIV, págs. 124-133. Véase, también, Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 1º julio 1993, "G. J." MMCDLXV, t. núm. CCXXVI, págs. 11-16.

La norma entonces no le impone la carga de la prueba a la compañera, sino que es el cónyuge quien debe probar la imposibilidad de hacer vida conyugal con el trabajador afiliado o pensionado fallecido[35], pues "no es dable pretender, como lo entendió equivocadamente el fallo acusado, que sea la compañera permanente, ajena a la relación conyugal, quien tenga que demostrar los supuestos de la excepción legal [...]"[36]. Esta misma regla se mantiene bajo la vigencia del Decreto 758 de 1990, pues no es posible imponerle "al compañero como único reclamante de la pensión [en este caso], la carga de demostrar el hecho extintivo para el acreedor prevaleciente, esto es, que ha ocurrido alguno de los casos de falta del cónyuge que la misma norma enumera"[37].

Además, estas circunstancias de pérdida de la pensión, que parecen ofrecer claridad, en las complejidades y particularidades de la vida de pareja muestran que no es así. En el caso de nulidades eclesiásticas de las segundas nupcias, para la Corte, "ello no borra la relación de hecho de la demandante con quien contrajo el matrimonio posteriormente anulado"[38] y, por ende, la pérdida de la pensión es jurídicamente viable; en tanto que en los casos de sentencia del Tribunal eclesiástico con liquidación de conyugal, se señala que "ninguna norma de las acusadas preceptúa que la disolución de la sociedad conyugal en vida del cónyuge pensionado excluye al sobreviviente del derecho a la pensión por vía de sustitución"[39].

Y aunque en algunas sentencias se encuentra la presencia de argumentos alrededor de la convivencia como factor fundante de las relaciones de apoyo, amor y solidaridad dentro de la pareja, es con la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993 que "la preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido

[35] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 27 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 105-129. Véase, en igual sentido, Sala de Casación Laboral, sent. de 19 enero 1996, "G. J." MMCDLXXX, t. núm. CCXLI, págs. 15-20.

[36] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 13 diciembre 1994, "G. J." MMCDLXXI, t. núm. CCXXXII, págs. 965-974.

[37] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 27 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 169-175.

[38] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 30 julio 1991, "G. J." MMCDLIII, t. núm. CCXIV, págs. 137-140.

[39] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 29 junio 1994, "G. J." MMCDLXVIII, t. núm. CCXXIX, págs. 351-364.

cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana"[40].

Reconoce la Corte Suprema de Justicia que con la Constitución de 1991, el concepto de familia no solo incluye la formada por un vínculo matrimonial, sino cuando ha cesado la cohabitación, la nueva comunidad de vida en pareja debe estar regida por una real convivencia, donde estén presentes los lazos afectivos, de apoyo y colaboración. Así, los vínculos naturales de convivencia estable, también merecen la protección constitucional. Es pues, la vida de pareja durante los años anteriores al deceso lo que legitima la sustitución pensional.

En este orden de ideas, si hay convivencia simultánea, primero el derecho recae en el cónyuge, pero si hubo una vida marital sucesiva con distintas parejas, es quien hubiera hecho convivencia efectiva al momento de la muerte.

> Y "[...] es precisamente dentro de este esquema que el nuevo sistema de seguridad social introducido por la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 47, para la compañera permanente, la condición de beneficiaria cuando, habiéndose extinguido la convivencia del pensionado con su cónyuge, aquella reuniese cabalmente las nuevas condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, y estableció concretamente que es la efectiva vida de pareja durante los años anteriores al deceso del pensionado la que viene a legitimar la sustitución pensional, por encima de cualquiera otra consideración[41].
>
> "[...] aceptando que la procreación solo suple el requisito de convivencia de dos años antes de la muerte dado que «la convivencia efectiva» en este momento «se constituye en el elemento central para determinar el beneficiario de la pensión de sobrevivientes en el caso de los cónyuges o compañeros permanentes y esa condición no se suple por la existencia de un hijo común, en cuanto se trata de un requisito autónomo y distinto del de la vida marital en los dos años anteriores a la muerte»"[42].

Sobre el hecho de que existan hijos en común, se ha concluido que por el solo hecho de la existencia de hijos no se genera el beneficio

[40] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 mayo 2005.

[41] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 2 marzo 1999, "G. J." MMCDXCVIII, t. núm. CCLIX, págs. 105-115.

[42] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 marzo 2006. En igual sentido, véase Sala de Casación Laboral, sent. de 8 febrero 2002.

pensional, sino que exonera de la consideración de la convivencia antes de la muerte, pero no exime de ninguna manera el hecho de demostrar la existencia de la vida marital, sobre todo tratándose del pensionado fallecido[43], aunque respecto del trabajador afiliado también se sigue el mismo principio[44]. Y es que en casos de sobrevivencia por la muerte del pensionado, la ley ha sido más exigente.

> Pues "[...] la intención declarada del legislador fue la de calificar la convivencia del presunto beneficiario con el pensionado causante, exigiendo una con requisitos especiales: el que haya tenido comienzo con anterioridad o cuando más allá tiempo [*sic*], con el reconocimiento del derecho prestacional —condición declarada inexequible— y el que su duración fuere mínima de dos años; estas restricciones solo tienen sentido frente a la vida en común que hubiere tenido el pensionado, mas no el afiliado. De manera que, ciertamente, la norma no excluye al afiliado de cumplir con el requisito de la convivencia y, en manera alguna, lo exonera de cumplir con la condición de ser miembro del grupo familiar protegido, la cual se realiza, justamente, a través de la convivencia ínsita en la naturaleza de las relaciones familiares"[45].

Se trata, entonces, de reconocer la efectiva convivencia la que legitima a los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes[46] y las faltas del cónyuge significa que "para quien se ha excluido del grupo, aún tuviera vocación de serlo por razones de parentesco o vínculo matrimonial, no actúa la seguridad social, puesto que sus carencias no las puede hacer derivar del grupo familiar que ha abandonado"[47].

Ahora bien, reconoce la Corporación que esa convivencia, ese "acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común"[48], puede verse interrumpido "por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales"[49];

[43] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 18 julio 2000.

[44] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 12 noviembre 2014.

[45] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 mayo 2005.

[46] Ídem, ibíd.

[47] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 marzo 2006. En igual sentido, véase Sala de Casación Laboral, sent. de 10 mayo 2005.

[48] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 mayo 2005.

[49] Ídem, ibíd.

existiendo situaciones de fuerza mayor que hagan interrumpir la convivencia, pero "a lo sumo constituiría una interrupción en la contabilización del plazo de dos años, pero en manera alguna pueden reputarse como circunstancias enervantes del derecho a la pensión de sobrevivientes".

Tal es el caso de los hechos particulares en el que el causante estuvo los últimos seis meses de vida en un hogar geriátrico por razones de salud[50]. Se entiende que estas situaciones "no suponen la intención de hacer cesar o suspender la vida en común de la pareja"[51], ya que

> "[...] el requisito de la convivencia para el momento de la muerte que exige la norma no puede ser reducido a la sola circunstancia de un encuentro, estimado exclusivamente por su oportunidad; con la dimensión temporal han de concurrir otras como la fortaleza de los vínculos espirituales, las condiciones sociales, laborales, económicas, de salud que apoyaban o distanciaban la efectiva presencia del grupo, y especialmente, si ese reencuentro al final de la vida con el afiliado o pensionado que luego fallece es auténtica respuesta de socorro al enfermo, y no el mero aprovechamiento de un beneficio prestacional"[52].

La existencia de motivos de salud[53], trabajo, económicos o de fuerza mayor es posible que originen la interrupción de la vida en común sin que por ello desaparezca la comunidad de vida[54]. De tal manera que la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de ellos cuando ocurre por motivos justificables, como los ya señalados[55].

En esta convivencia de dos años exigida por la ley, es necesario, entonces, probar la convivencia y la comunidad de vida de pareja, con anterioridad al fallecimiento, tanto para pensionados como afiliados[56]; pues para efectos de la seguridad social, el mero acto jurídico del matrimonio no impone entender la convivencia permanente o continua,

[50] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 2 marzo 1999, "G. J.", MMCDXCVIII, t. núm. CCLIX, págs. 105-115.

[51] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 10 marzo 2006.

[52] Ídem, ibíd.

[53] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 11 septiembre 2007.

[54] Ídem, ibíd.

[55] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 1º diciembre 2009.

[56] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 1º septiembre 2009.

no basta alegar la existencia del vínculo, sino la convivencia que no es solo la comunidad de habitación[57].

4. Cónyuge y compañero(a) permanente, de acuerdo con el tiempo de convivencia

Con el desarrollo legal y jurisprudencial posterior a la Ley 100 de 1993, tendrá derecho a la pensión quien acredite la convivencia al momento de la muerte del trabajador o pensionado, de tal manera que en el caso del cónyuge, no basta el criterio formal, sino que es necesario demostrar la efectiva convivencia de la pareja[58]. Se trata de reconocer la prestación en favor de quien sufre la ausencia, toda vez que existieron lazos afectivos estables que deben trascender el plano del mero acompañamiento emocional y social. La pareja debió constituirse para alcanzar un proyecto común de vida, prestarse ayuda mutua, un propósito familiar común, brindarse acompañamiento espiritual y material referido a una verdadera vocación de constituir familia, aunque en algunos casos existan situaciones de separación que respondan a una causa razonable[59].

En el 2003, se expide la Ley 797 que reforma, entre otros aspectos, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, referidos a la pensión de sobrevivencia. En primer lugar, establece dos tipos de reconocimientos diferentes en favor del cónyuge o compañero(a) permanente. En este sentido, habrá pensión de sobrevivencia vitalicia cuando este sea mayor de 30 años; en tanto que la prestación será de carácter temporal (por 20 años), si la edad del cónyuge o compañero(a) es menor a los 30 años, caso en el cual a cargo de la pensión deberán hacerse los aportes en pensiones para generar, en un futuro, su propia pensión de vejez.

En cualquiera de los dos casos y para los dos tipos de vínculo, se deberá acreditar una convivencia de por lo menos cinco años, lo que significó un aumento respecto de los dos años exigidos previamente. Pero, además, señala la nueva normatividad en su artículo 13, que "en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión

[57] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 8 febrero 2011.

[58] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 28 septiembre 2010.

[59] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 27 abril 2010.

de sobrevivientes será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente".

Al respecto es necesario distinguir dos situaciones: a) cuando hay convivencia simultánea de cónyuge y compañero(a) permanente en los últimos cinco años previos a la muerte, y b) cuando los cónyuges convivieron más de cinco años, pero se han separado de hecho, lo que significa que al momento de la muerte no están haciendo vida conyugal sin que tenga relevancia si hay o no compañero permanente, lo cual se explicará más adelante.

Tratándose del primero de los casos, con ocasión de la demanda ante la Corte Constitucional[60], esta Corporación señaló, en primer lugar, la protección e igualdad de los vínculos que dan origen a la conformación de una familia y, "como consecuencia del anterior planteamiento, se ha señalado que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él".

Si se tiene en cuenta que la pensión de sobrevivientes busca "garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte", las condiciones para acceder a ella "de ningún modo podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a esta, dada su especial dimensión constitucional". Así las cosas:

> "[...] en consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión: *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la*

[60] Corte Const., sent. C-1035 de 2008.

> *pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo* contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".

Entonces, la primera de las situaciones descritas implica que en el caso en que exista convivencia simultánea, de por lo menos cinco años antes de la muerte del trabajador afiliado o pensionado, tendrán derecho a la pensión tanto el cónyuge como el compañero(a) permanente, en proporción al tiempo de dicha convivencia. De esta manera se "excluye de antemano, las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante. El criterio definido por la norma para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la *convivencia* caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia"[61].

Ahora bien, el segundo de los supuestos reconoce que el cónyuge no convive con el trabajador o pensionado al momento de su muerte, pero sí existió en algún momento una vida en común de manera que, si hay unión conyugal y después separación de hecho, es viable el reconocimiento de la pensión en la cuota parte respecto del cónyuge con el que existe sociedad conyugal vigente[62]. Aunque ha señalado la Corte Suprema de Justicia que ninguna incidencia o trascendencia tiene el mantener o no la sociedad conyugal vigente, pues lo que realmente importa es la convivencia de los cónyuges por lo menos cinco años en cualquier época[63].

Y en este supuesto es posible que el causante en sus últimos años hubiera tenido o no compañero(a) permanente, lo cual no es relevante para el reconocimiento de la cuota parte en favor del cónyuge, pues en el caso en que exista, se dividirá la pensión en proporción al tiempo de convivencia; y si no hubiera ninguna relación marital al final de la vida del causante, simplemente se reconocerá la cuota parte según

[61] Ibíd.

[62] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 29 noviembre 2011. En igual sentido véanse, por ejemplo, Sala de Casación Laboral, sent. de 24 enero 2012 y Sala de Casación Laboral, sent. de 13 marzo 2012.

[63] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 15 septiembre 2015.

la convivencia con el cónyuge[64]. Y siguiendo la posición que en años anteriores se había sostenido, es posible considerar situaciones de interrupción de la convivencia, que obedezca a circunstancias justificables y que en todo caso representen cinco años de vida conjunta en cualquier tiempo[65].

En todos los casos se exige la convivencia de los cinco años de comunidad de vida, la diferencia está en que en el caso del cónyuge esta puede darse en cualquier tiempo[66], mientras que en el caso del compañero(a) permanente, deben ser previos al momento de la muerte. A juicio de la Corte Suprema de Justicia, esta fórmula no significa volver a las causales de culpabilidad y circunstancias del abandono del cónyuge, es simplemente "darle espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tienen como piedra angular la solidaridad que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado o afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte, le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normatividad, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época"[67]. Pues se reconoce la convivencia al mismo tiempo que el vínculo matrimonial[68], además de reconocer la posibilidad de convivencias simultáneas o sucesivas que generan prestación en función de su duración.

5. Conclusiones

El reconocimiento de la pensión de sobrevivencia no solo es producto de un tránsito legislativo y jurisprudencial, sino que también detrás de ello se representan distintas consideraciones sociales y jurídicas frente a la conformación de las familias. Así, en los inicios se reconocía y privilegiaban aquellos núcleos originados por el matrimonio católico en tanto que quedaban desprotegidos todos los miembros de la pareja que no siguieran dicho ritual. Además, la prestación estaba atada a la debilidad y dependencia de la mujer frente al hombre trabajador o pensionado que

[64] Ibíd. Sala de Casación Laboral, sent. de 20 junio 2012. En igual sentido, véase Sala de Casación Laboral, sent. de 5 febrero 2014.

[65] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 20 junio 2012.

[66] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 29 noviembre 2011.

[67] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 24 enero 2012.

[68] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 29 noviembre 2011.

fallece y la deja ante un futuro incierto. Era esta situación de debilidad la que justificaba la intervención del Sistema General de Pensiones y la exigencia de mantener su estado de viudez.

Con el paso de los años, el vínculo matrimonial fue cediendo terreno en favor de otro tipo de vínculos conyugales que pudieran originar una familia, logrando su mayor impulso después de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Con las complejidades que representa la conformación de una familia y los lazos afectivos que se originan, además de las realidades sociales y económicas que inciden en esta decisión, la jurisprudencia ha desempeñado un importante papel en abrir el espacio para que quepan distintos tipos de familias y que quien reciba la pensión de sobrevivencia sea el grupo realmente afectado por la pérdida del familiar.

6. Bibliografía

A) *Doctrina*

Arenas Monsalve, Gerardo: "Las tendencias jurisprudenciales de la seguridad social colombiana sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional. ¿Es posible reconocer la pensión en forma simultánea al cónyuge y compañera(o) permanente?". En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI* - Derecho laboral, t. II. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Edit. Temis S.A., 2010.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

Sent. C-309 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sent. C-182 de 1997, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Sent. C-1050 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Sent. C-464 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sent. C-1035 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 9 abril 2008, rad. 00439, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 noviembre 2013, rad. 17001-3110-003-2002-00364-01, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Sala de Casación Laboral, sent. de 25 junio 1959, "G. J." MMCCXI-MMCCXII, t. núm XC, págs. 911-913.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 9 octubre 1975, "G. J." MMCCCXCII, t. núm. CLI, págs. 579-580.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 25 noviembre 1975, "G. J." MMCCCXCII, t. núm. CLI, págs. 667-673.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 31 marzo 1977, "G. J." MMCCCXCVI, t. núm. CLV, págs. 584-588.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 11 septiembre 1979, "G. J." MMCD, t. núm. CLIX, págs. 503-507.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 8 de octubre de 1979, "G. J." MMCD, t. núm. CLIX, págs. 526-538.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 2 noviembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 518-541.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 1º diciembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 589-599.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 11 diciembre 1981, "G. J." MMCDVI, t. núm. CLXVIII, págs. 659-663, M. P. Jerónimo Argáez Castello.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 22 mayo 1987, "G. J." MMCDXXIX, t. núm. CXC, págs. 433-442.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 15 septiembre 1988, "G. J." MMCDXXXIII, t. núm. CXCIV, págs. 527-532.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 14 diciembre 1988, "G. J." MMCDXXXIII, t. núm. CXCIV, págs. 1203-1207.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 5 junio 1990, "G. J." MMCDXLI, t. núm. CCII, págs. 932-940.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 26 septiembre 1990, "G. J." MMCDXLV, t. núm. CCVI, págs. 425-433.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 23 enero 1991, "G. J." MMCDXLIX, t. núm. CCX, págs. 7-18.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 30 julio 1991, "G. J." MMCDLIII, t. núm. CCXIV, págs. 137-140.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 6 febrero 1992, "G. J." MMCDLXI, t. núm. CXXIV, págs. 124-133.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 29 octubre 1992, "G. J." MMCDLIX, t. núm. CCXX, págs. 741-746.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 24 febrero 1993, "G. J." MMCDLXII, t. núm. CCXXIII, págs. 274-285.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 1º julio 1993, "G. J." MMCDLXV, t. núm. CCXXVI, págs. 11-16.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 29 julio 1993, "G. J." MMCDLXV, t. núm. CCXXVI, págs. 272-276.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 10 diciembre 1993, "G. J." MMCDLXV, t. núm. CCXXVI, págs. 837-842.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 30 mayo 1994, "G. J." MMCDLXVIII, t. núm. CCXXIX, págs. 201-204.

Sala de Casación Laboral, sección primera, sent. de 29 junio 1994, "G. J." MMCDLXVIII, t. núm. CCXXIX, págs. 351-364.

Sala de Casación Laboral, sección segunda, sent. de 13 diciembre 1994, "G. J." MMCDLXXI, t. núm. CCXXXII, págs. 965-974.

Sala de Casación Laboral, sent. de 6 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 425-433.

Sala de Casación Laboral, sent. de 27 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 105-129.

Sala de Casación Laboral, sent. de 27 marzo 1995, "G. J." MMCDLXXIV, t. núm. CCXXXV, págs. 169-175.

Sala de Casación Laboral, sent. de 19 enero 1996, "G. J." MMCDLXXX, t. núm. CCXLI, págs. 15-20.

Sala de Casación Laboral, sent. de 13 diciembre 1996, "G. J." MMCDLXXXIII, t. núm. CCXLIV, págs. 897-902.

Sala de Casación Laboral, sent. de 2 de marzo de 1999, "G. J." MMCDXCVIII, t. núm. CCLIX, págs. 105-115.

Sala de Casación Laboral, sent. de 12 marzo 1999, "G. J." MMCDXCVIII, t. núm. CCLIX, págs. 192-205.

Sala de Casación Laboral, sent. de 1º diciembre 1999, "G. J." MMDI, t. núm. CCLXII, págs. 116-122.

Sala de Casación Laboral, sent. de 18 julio 2000, rad. 14118, M. P. José Roberto Herrera Vergara.

Sala de Casación Laboral, sent. de 8 febrero 2002, rad. 16600, M. P. Carlos Isaac Náder.

Sala de Casación Laboral, sent. de 10 mayo 2005, rad. 24445, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 10 marzo 2006, rad. 26710, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 11 septiembre 2007, rad. 31049, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 17 octubre 2008, rad. 33210, M. P. Gustavo Gnecco Mendoza.

Sala de Casación Laboral, sent. de 25 noviembre 2008, rad. 32950, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 1º septiembre 2009, rad. 31934, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 1º diciembre 2009, rad. 33177, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Sala de Casación Laboral, sent. de 2 marzo 2010, rad. 37853, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 27 abril 2010, rad. 38113, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 10 agosto 2010, rad. 36540, M. P. Camilo Tarquino Gallego.

Sala de Casación Laboral, sent. de 28 septiembre 2010, rad. 38213, M. P. Eduardo López Villegas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 8 febrero 2011, rad. 34362, M. P. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Sala de Casación Laboral, sent. de 29 noviembre 2011, rad. 40055, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Sala de Casación Laboral, sent. de 24 enero 2012, rad. 41637, M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sala de Casación Laboral, sent. de 13 marzo 2012, rad. 45038, M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Sala de Casación Laboral, sent. de 20 junio 2012, rad. 41821, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Sala de Casación Laboral, sent. de 5 febrero 2014, rad. SL1510-2014 (42193), M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Sala de Casación Laboral, sent. de 12 noviembre 2014, rad. SL15654-2014 (47586), M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Sala de Casación Laboral, sent. de 15 septiembre 2015, rad. SL12802-2015 (41150), M. P. Gustavo Hernando López Algarra.

C) *Legislación*

Congreso General: Decr. de 13 de octubre de 1821, *sobre memoria de los muertos por la Patria, y consideraciones y recompensas a que son acreedores sus viudas, huérfanos y padres*, Rosario de Cúcuta, Codificación Nacional, t. I, págs. 131-132.

Congreso de la República: Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada, reunidos en Congreso, Decr. de 5 de junio de 1837, *que concede pensión a las viudas de los militares granadinos muertos de 1830 para adelante, en función del servicio*, Bogotá, Codificación Nacional, t. VI, págs. 3873-388 [*sic*].

— (Ley 90 de 1946, *por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 26322, 7 de enero de 1947, pág. 25; *Diario Oficial*, núm. 26327, 13 de enero de 1947, pág. 89; *Diario Oficial*, núm. 26363, 24 de febrero de 1947, pág. 665.

— Ley 33 de 1973, *por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 34012, 31 de diciembre de 1973.

— Ley 12 de 1975, *por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 34245, 16 de enero de 1975.

Congreso de Colombia: Ley 113 de 1985, *por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 37283, 16 de diciembre de 1985.

— Ley 71 de 1988, *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. s.i.

— Ley 100 de 1993, *por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 41148, 23 de diciembre de 1993.

— Ley 797 de 2003, *por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 45079, 29 de enero de 2003.

Presidencia de la República: Decr. 1045 de 1978, *por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*, Bogotá, *Diario Oficial*, núm. 35035, 17 de junio de 1978.

— Decr. 1160 de 1989, *por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988*, Bogotá, *Diario oficial*, núm. [*sic*], 6 de junio de 1989.

Capítulo IX

Los pagos no constitutivos de salario en el régimen laboral colombiano*

Santiago Martínez Méndez**

Resumen. Poder definir los requisitos para que un determinado pago no sea de naturaleza salarial, intrínsecamente permite definir qué es salario: uno de los elementos esenciales de la relación laboral y pago que cobra gran importancia por ser base de todos los demás derechos laborales (como prestaciones, aportes al sistema de seguridad social, descansos remunerados, indemnizaciones, entre otros).

En el mundo académico, judicial y administrativo, se han generado grandes discusiones en torno a la definición de los pagos que no son salariales, fruto de diversas interpretaciones del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo anterior, el objetivo del presente escrito es presentarle al lector algunos de los pronunciamientos más relevantes de la Corte Suprema de Justicia, los cuales nos permiten un mejor acercamiento y entendimiento del mencionado artículo.

Palabras clave: salario, ocasional, mera liberalidad, auxilios, beneficios, primas extralegales, herramientas de trabajo, prestaciones sociales, devengo, contrato de trabajo, empleador, trabajador, aportes parafiscales y seguridad social.

1. Importancia del tema

El salario, al ser uno de los elementos esenciales de la relación laboral según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (aunque a juicio

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.96

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (grado con mención de honor), especialista en derecho laboral de la misma universidad. Catedrático en Derecho Laboral Individual, Colectivo y Seguridad Social en pregrado, posgrado, diplomados y cursos de la Universidad de los Andes, Javeriana, Sabana y Legis. Miembro del Colegio de Abogados del Trabajo, miembro del Consejo Directivo y líder académico (2016-2017). Agradezco especialmente a mis estudiantes de Relaciones Laborales de la Universidad de los Andes por sus contribuciones en esta investigación, en particular a Daniela Rojas, Juan Pablo Fernández, Laura Gutiérrez, Luisa Ricaurte, María Eugenia Castelli, María Susana Peralta, Simón Rosas. Así mismo, agradezco las contribuciones de Diego Chaparro.

del autor no debe ser un elemento de la esencia, sino una consecuencia del trabajo personal subordinado, pues el artículo 27 del mismo código prevé que todo trabajo dependiente debe ser remunerado), es fundamental en el mundo del trabajo.

¿Por qué? Constituye el sustento vital de los trabajadores y su familia; a partir de este se liquidan las prestaciones económicas del trabajador en caso de incapacidad, licencia o pensiones de invalidez, vejez o muerte. Así mismo, interesa al empleador y al sistema de seguridad social, pues es la base con la cual el empleador debe realizar el pago de prestaciones sociales, descansos remunerados, recargo en trabajo nocturno o dominical, seguridad social, aportes parafiscales, eventuales indemnizaciones, entre otros.

Por lo anterior, se dice que al verdadero costo de un trabajador se debe sumar al menos entre 39 y 52 por ciento de sobrecosto, como se expone a continuación:

Concepto	Porcentaje (devengo más de 10 smlmv)	*Porcentaje (devengo menos de 10 smlmv)
Cesantías	8,33%	8,33%
Prima	8,33%	8,33%
Intereses a cesantías	1%	1%
Vacaciones	4,17%	4,17%
Pensión compañía	12%	12%
Salud compañía	8,5%	0%
Riesgos laborales	0,34% a 8,7%	0,34% a 8,7%
Caja de compensación	4%	4%
SENA	2%	0%
ICBF	3%	0%

* De acuerdo con la Ley 1607 de 2012, la exoneración aplica para quienes aportan al CREE (impuesto sobre la renta para la equidad).

Dentro de la sabiduría del Código Sustantivo del Trabajo (CST), luego de definir lo que es salario en su artículo 127, se define lo que no es salario en el artículo 128 del mismo código y dispone ciertos tipos de pagos que puede hacer el empleador, sin que tengan incidencia salarial.

Por tanto, siendo el salario uno de los pilares del derecho laboral, entender lo que no constituye salario es igual de fundamental, toda

vez que la extralimitación en dichos pagos no salariales, afectaría una norma de orden público, como es el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que reglamenta un elemento de la esencia y subsistencia de las partes de la relación laboral.

Ahora, la complejidad del tema y, por tanto, lo que amerita su estudio, surge de la disparidad de criterios que han tenido diferentes autoridades interesadas en la materia, como la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) en sus procesos de fiscalización; y el Consejo de Estado al decidir sobre las demandas de nulidad simple contra actos administrativos de las entidades parafiscales y la Corte Suprema de Justicia al decidir las bases de liquidación de los derechos de los trabajadores.

Por consiguiente, gracias a la invitación de la Universidad de los Andes, aprovecharemos para aportar a la academia en la claridad de los conceptos no salariales, o al menos, mediante diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cómo debemos entender el alcance de los pagos no constitutivos de salario.

2. Antecedentes normativos

El texto inicial del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo describía los pagos no salariales con suma rigidez. Al punto que la regla general era que los pagos reconocidos por el empleador, habrían de ser salariales. Situación que cambió con la Ley 50 de 1990, al flexibilizar los esquemas remunerativos y abrió la posibilidad de que los empleadores pudieran reconocerle a sus trabajadores complementos al salario con fines sociales, como lo son los auxilios o beneficios pagaderos en dinero o en especie.

Texto de la norma original del artículo 128 del C. S. T.	**Artículo 15 de la Ley 50 de 1990**
Artículo 128. *Pagos que no constituyen salarios*. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su pa-	No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su pa-

trimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX.	trimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

De la literalidad de las normas antes citadas, podemos concluir que son cuatro tipo de pagos que no constituyen salario para ningún efecto, es decir, que no serán base para ninguno de los conceptos enunciados en el numeral 1. Los cuales enunciamos a continuación:

1. Los pagos que reconoce el empleador de manera ocasional y por mera liberalidad, tales como primas, participación en utilidades, bonificaciones, gratificaciones o participación en excedentes de economía solidaria.

2. Las herramientas de trabajo que sirven para el cumplimiento de las obligaciones del trabajador y no para enriquecer su patrimonio.

3. Las prestaciones sociales legales previstas en los títulos VIII y IX (prestaciones patronales comunes y prestaciones patronales especiales) del Código Sustantivo del Trabajo.

4. Los auxilios, beneficios o primas extralegales, habituales u ocasionales, en dinero o en especie, para el apoyo en vacaciones, habitación, vestuario, alimentación u otras necesidades inmediatas del trabajador. Todas las anteriores, en la medida que cuenten con un pacto expreso de exclusión salarial celebrado entre las pares.

Una lectura ligera de lo antes expuesto puede llevar al lector a creer tener un entendimiento claro de los requisitos para que el pago no sea salario. Sin embargo, al profundizar en cada uno de estos elementos y exponerlos en situaciones prácticas, el intérprete se pone a prueba. Algunas de las preguntas de las que buscaremos respuesta en este escrito a partir del entendimiento de las providencias de la Corte Suprema de Justicia, son las siguientes:

1. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo hace referencia a que los pagos ocasionales y por mera liberalidad no son salario: *¿qué se entiende por mera liberalidad y qué se entiende por ocasionales?*

2. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo menciona que las herramientas de trabajo no son salario: *¿qué requisitos se deben reunir para que un pago o reconocimiento se entienda como herramienta de trabajo?*

3. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo hace alusión a las prestaciones sociales: *¿qué se entiende por prestaciones sociales?*

4. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo trata de los auxilios, beneficios o primas extralegales con pacto de exclusión salarial:

• ¿Basta con que haya un acuerdo de exclusión salarial para que un pago sea no salarial o hay más requisitos?

• ¿El acuerdo tiene que ser por escrito o puede ser verbal?

• ¿En qué eventos un auxilio o beneficio que las partes hayan pactado como no salarial puede ser declarado por el juez como un pago salarial?

Ahora, sin que constituya materia del análisis central del estudio jurisprudencial realizado, conviene recordar dos normas relacionadas con los pagos no constitutivos de salario:

1. Artículo 17 de la Ley 344 de 1996: "por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

> "Las entidades públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago del subsidio familiar, podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una Caja de Compensación Familiar.
>
> "En los términos del presente artículo se entiende cumplida por las entidades públicas aquí mencionadas la obligación prevista en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982".

De acuerdo con la norma antes citada, bastará el acuerdo expreso de exclusión salarial para que un determinado pago no constituya salario para efectos de aportes parafiscales.

Ha sido el entendimiento de esta norma el que ha provocado diferencia de criterios entre la sección cuarta del Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que, para el Consejo de Estado, basta el requisito formal del acuerdo expreso de exclusión salarial para que un determinado pago no sea base de los aportes parafiscales.

Mientras que la Corte Suprema de Justicia exige un análisis de mayor profundidad sobre la verdadera naturaleza del pago que se pretende reconocer. Y conlleva que se deba cuestionar si el pago con acuerdo de exclusión salarial esconde un interés de brindar un pago como contraprestación directa del servicio.

De manera que para el Consejo de Estado basta con el acuerdo de expreso de exclusión salarial, mientras que la Corte Suprema de Justicia exige cuestionarse si dicho pago atenta los principios de irrenunciabilidad y carácter de orden público del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que define por salario, aquello que es contraprestación directa del servicio contratado.

1. Artículo 30 de la Ley 1393 de 2010: "Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración".

Esta norma es de suma trascendencia en el tema bajo análisis, pues es el primer antecedente normativo que impone un tope a los pagos no constitutivos de salario. La redacción de la norma ha traído grandes desafíos que expondremos, pero para su entendimiento, consideramos relevante recordar las motivaciones que llevaron al gobierno nacional de la época a presentar al Congreso el proyecto de ley que se materializó en la Ley 1393 de 2010.

Estando el sistema de seguridad social con graves problemas financieros, se declaró estado de emergencia y en él, se expidieron una serie de reformas que pretendían mayor recaudo. Declaradas inconstitucionales por considerar la Corte Constitucional que las dificultades del sistema no eran situaciones imprevistas, cuestiona la validez del vehículo utilizado por el gobierno para la expedición de dichas medidas.

Al poco tiempo, se condensan varias de las iniciativas y se unifican en la Ley 1393 de 2010, cuyo propósito es claro: ayudar a un sistema

de seguridad social con graves problemas de financiamiento. Y una de las fuentes de recaudo evidenciada por el gobierno, era el abuso que algunos empleadores estaban cometiendo con los pagos no salariales.

Lo anterior llevó a que se impusiera un tope a los pagos no constitutivos de salario, y lleva al siguiente análisis:

• Cuando la norma dice "sin perjuicio de lo previsto para otros fines", ¿a qué se refiere?

Significa que el tope solo produce efectos en materia de seguridad social, razón por la cual cita los artículos 18 (pensiones) y 204 (salud) de la Ley 100 de 1993. En aplicación del artículo 33 de la misma ley, entendamos que el límite también es aplicable para efectos de riesgos laborales.

Por consiguiente, esquemas de remuneración donde los pagos no salariales sean superiores al 40% del total de la remuneración en un determinado mes, conllevan que lo que exceda del tope, deba ser integrado dentro del ingreso base de cotización de dichos pagos.

Pero no sucederá lo mismo para los aportes parafiscales, vacaciones, prestaciones sociales, indemnizaciones ni ningún otro concepto; pues, no obstante, no existir norma que prevea la situación, el tope solo está previsto para efectos de la seguridad social.

Tan es así, que la entonces vigente resolución 2641 de 2011 disponía en el artículo 2º del campo 44: "En aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, el ingreso base de cotización - IBC, de salud, pensión y riesgos profesionales, de aquellos empleados en donde los pagos no constitutivos de salario superen el 40% de su IBC, *podrá ser diferente al IBC de Caja de Compensación, SENA e ICBF*, sin requerirse algún tipo de novedad".

Para los demás conceptos laborales no existe norma que tan claramente haya dejado abierta la puerta a pagos no salariales superiores al 40 por ciento. Sin embargo, no se puede perder de vista que la intención de la Ley 50 de 1990 no era "desalarizar", sino crear complementos al salario de apoyo para necesidades básicas e inmediatas del trabajador, sin que estas estuvieran grabadas con todos los sobrecostos que implican hacer pagos de naturaleza salarial. Por tanto, a juicio del autor, el tope del 40 por ciento debe ser intrínsecamente aplicable cuando se trate de pagos mensuales.

• ¿El límite del 40 por ciento es para todos los pagos no constitutivos de salario o exclusivamente para algunos de ellos?

Tema que no ha sido pacífico por la doctrina especializada. El Ministerio del Trabajo en conceptos no vinculantes como el 147921, ha entendido que el límite solo aplica en los supuestos de auxilios, beneficios y primas extralegales. Mientras que la UGPP en el Acuerdo 1035 de 2015 sostuvo que todos los pagos no salariales serán sujetos del tope máximo permitido (posición que, desde luego, no compartimos).

Nuestro entendimiento invita a recordar los motivos de la expedición de la Ley 1393 de 2010, pues puede ser que ahí se encuentre la respuesta. Si entendemos que lo que pretendía dicha ley era lograr mayor recaudo y que algunos empleadores venían tergiversando y abusando el origen de los pactos de exclusión salarial, podríamos concluir que es solo para esos supuestos que aplica el límite.

Esta reflexión concordaría con la expresión "40 del total de la *remuneración*", pues, como se verá más adelante, ni las herramientas de trabajo, ni las prestaciones sociales o los pagos ocasionales constituyen parte de la remuneración. Así mismo, recordemos que las herramientas son los reconocimientos necesarios para la prestación de los servicios y las prestaciones sociales, los reconocimientos que la ley ordena; por tanto, no podría pensarse que el empleador al reconocerlas, esté pretendiendo abusar de los pagos no salariales.

Por lo expuesto, consideramos que el límite recae exclusivamente sobre los pagos previstos en la cuarta parte del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

• ¿Para definir el tope del 40 por ciento, deben incluirse los pagos no salariales o solo los salariales?

Despierta muchas dudas la expresión *total de la remuneración*, pues en aplicación del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, podría entenderse que por "total de la remuneración" debemos entender: total del salario.

Por suerte, a nivel doctrinario este ha sido un aspecto menos controvertido, pues tanto el Ministerio del Trabajo (en Circular 18 de 2012) como la UGPP (en el Acuerdo 1035 de 2015) entendieron que por "total de la remuneración" habría de entenderse la sumatoria de los pagos salariales y los no salariales, pues es el conjunto de los dos, los que crean el total de la remuneración.

La importancia del debate se concentrará en poder definir la suma máxima que el empleador podrá reconocer como no salarial para

efectos de seguridad social, toda vez que adoptar el entendimiento del Ministerio del Trabajo y el de la UGPP permite aplicar el 40 por ciento a una mayor base y, por tanto, el tope del pago no salarial será mayor.

Por lo expuesto, en un sentido literal y en aplicación del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el tope sería el salario, pero en un entendimiento amplio y acudiendo a la Real Academia: remuneración no equivale a contraprestación; por tanto, el 40 por ciento habría de recaer sobre lo salarial más lo no salarial sujeto a Ley 1393 de 2010.

3. Análisis normativo y línea jurisprudencial

De acuerdo con el planteamiento sugerido, buscaremos entender cómo la Corte Suprema de Justicia ha entendido los diferentes conceptos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Por ello, entraremos en cada uno de ellos:

1. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo hace referencia a que los pagos ocasionales y por mera liberalidad no son salario: *¿qué se entiende por mera liberalidad y qué se entiende por ocasionales?*

• Entendimiento del concepto "mera liberalidad": de acuerdo con el desarrollo de la Corte Suprema de Justicia, se entenderían que existen cuatro supuestos para que un pago sea por mera liberalidad: a) que no se trate de pagos que configuren contraprestación directa del servicio; b) que no estén consagrados como obligación en una fuente formal; c) que su esencia permita revocarlo en cualquier tiempo, y d) que no se trate de derechos adquiridos al no tener una finalidad clara e identificable.

Un pago *no puede ser de mera liberalidad si se da por retribución directa del servicio*, pues "cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que este presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario"[1].

Los pagos que *no están consignados en una fuente formal* de derecho laboral son de mera liberalidad, conforme a las sentencias de 8 de mayo de 2014, rad. 42970; del 11 de febrero de 2015, rad. 37348, y del 24 de febrero de 2016, rad. 46517.

Los pagos de mera liberalidad *pueden ser objeto de revocatoria unilateral* por parte del empleador. La Corte lo sustentó en la sentencia del

[1] C. S. de J., Sala Laboral, sent. de 10 julio 2006, rad. 27235.

16 de marzo de 2010, rad. 36894, al sostener lo siguiente: "El hecho de reconocer a un trabajador por mera liberalidad prestaciones, prerrogativas o beneficios extralegales que en principio no le corresponden, no tienen la virtualidad de ser perennes, y por tanto pueden ser objeto de revocatoria unilateral por parte del empleador, al no estar ubicados dentro del marco de los derechos de orden legal cuyo mínimo se debe respetar, ello siempre y cuando no se hayan constituido en una distinta fuente formal de derecho"[2]. Esta misma argumentación ha sido utilizada por la Corte en las sentencias de 13 de febrero de 2006, rad. 24817 y de 8 de mayo de 2014, rad. 42970.

> "Las prestaciones extralegales, una vez consolidadas, *no* tienen la condición de *derechos adquiridos* al no tener una finalidad clara e identificable"[3].

• Entendimiento del concepto "ocasionalidad": su descripción resulta compleja, pues no se identifica unidad de criterio en cuanto a la periodicidad con criterios objetivos (como podría ser, por ejemplo, una vez al año). De manera que el estudio buscó identificar los criterios generales que permitieron entender el concepto habitualidad, los cuales se centran en a) períodos irregulares; b) períodos no mensuales; c) no son reconocidos en una fecha cierta, y d) no existe expectativa de ser percibido. Así mismo, describe *a contrario sensu* de la ocasionalidad los pagos uniformes y permanentes.

De manera voluntaria, en períodos irregulares, no mensuales ni uniformes[4] respaldada por la sentencia del 24 de febrero de 2016, rad. 46517.

> "Carecen de una fecha cierta que permita identificarlos como emolumentos consecutivos o mensuales y ubicarlos en los meses previos a la terminación de la relación laboral"[5].
>
> "[...] permanencia y uniformidad, que delinean a este concepto como un emolumento retributivo del trabajo"[6].

Destacamos de las sentencias estudiadas los diferentes enfoques de la Corte Suprema de Justicia, con sentencias en las que se concentró

[2] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 16 marzo 2010, rad. 36894.

[3] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 13 febrero 2006, rad. 24817.

[4] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 8 mayo 2014, rad. 42970.

[5] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 20 octubre 2015, rad. 40907.

[6] Ídem, ibíd.

el estudio en periodicidad de los pagos[7], por sentencias más recientes como las antes citadas, donde evalúa aspectos complementarios, como la finalidad perseguida por el mismo.

2. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo menciona que las herramientas de trabajo no son salario: *¿qué requisitos se deben reunir para que un pago o reconocimiento se entienda como herramienta de trabajo?*

En lo que respecta a las herramientas de trabajo, se debe tener en cuenta, en primera medida, que dichas herramientas o elementos le sean otorgados al trabajador con el propósito que este cumpla a cabalidad con sus funciones[8].

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido que las herramientas de trabajo no son salario, siempre y cuando el propósito último de estas sea el de mejorar el desempeño de las funciones asignadas. Teniendo en cuenta esto, cuando al trabajador se le reconocen gastos de representación, medios de transporte, *elementos de trabajo* u otros semejantes, estos no podrán tomarse como salario, toda vez que se itera, su finalidad es permitir que el trabajador desarrolle las actividades y funciones propias de su actividad laboral[9].

Se debe tener en cuenta que las herramientas o elementos de trabajo deben estar estrechamente vinculados a la actividad laboral que el trabajador desarrolla, de tal manera que no quepa duda de que dicho reconocimiento se haga para el ejercicio de las faenas laborales, de modo que le posibiliten al trabajador atender cabalmente dichas faenas, y así fue consignado en sentencia del 1º de febrero de 2011, rad. 35.771.

Finalmente, para que el pago o reconocimiento se repute como herramienta o elemento de trabajo, y en ese orden, no sea considerado como salario, dicho pago no puede ser para el beneficio propio y exclusivo del trabajador, mucho menos debe dicho pago ingresar al patrimonio del trabajador. Dicho reconocimiento debe estar orientado exclusivamente al cabal cumplimiento de las funciones para las cuales fue contratado el

[7] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 17 octubre 1995, rad. 7255 y Sala Laboral, sent. de 12 noviembre 2003, rad. 13348.

[8] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 17 marzo 2010, rad. 29694; Sala Laboral, sent. de 11 octubre 2005, rad. 24180; Sala Laboral, sent. de 5 febrero 2009, rad. 34192; Sala Laboral, sent. de 3 julio 2013, rad. 40509; Sala Laboral, sent. de 27 enero 2010, rad. 36411; Sala Laboral, sent. de 3 agosto 2010, rad. 38457; Sala Laboral, sent. de 27 enero 2009, rad. 29703; Sala Laboral, sent. de 16 marzo 2016, rad. 46976.

[9] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 17 marzo 2010, rad. 29694.

trabajador. Lo anterior está sustentado en las siguientes sentencias: del 27 de enero de 2010, rad. 3641; del 1º de febrero de 2011, rad. 35.771, y del 27 de enero de 2009, rad. 30547.

3. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo hace alusión a las prestaciones sociales: *¿qué se entiende por prestaciones sociales?*

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo al hablar de las prestaciones sociales, hace una remisión a los títulos VIII y IX del mismo código, títulos que expresamente mencionan las prestaciones que no serán factor salarial.

Dentro de las prestaciones sociales que menciona el Código Sustantivo del Trabajo en los citados títulos, se encuentran el auxilio de cesantía, la prima de servicios, el calzado y vestimenta, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, la licencia de maternidad, el auxilio funerario, la pensión de jubilación, el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez, el suministro de escuelas y estudios de especialización y el seguro de vida colectivo.

Es importante señalar que, actualmente, las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de los riesgos de enfermedad o accidentalidad, vejez, invalidez y muerte, quedan subrogadas en las distintas entidades del Sistema Integral de Seguridad Social.

Llama la atención que en los títulos establecidos previamente, no se mencionan los intereses de las cesantías, los cuales se reputan como prestación social y, por tanto, el pago por dicho concepto no podrá ser tomado como salario a pesar de no estar expresamente contemplado en dichos títulos.

La Corte, respecto a este punto, ha establecido de manera contundente que la prima legal de servicios no es salario ni se tomará como factor salarial en ningún caso[10].

En igual sentido se ha pronunciado la Corte respecto del calzado y la vestimenta para los trabajadores. El calzado y la vestimenta, como prestación social, no busca en ningún momento retribuir directamente la prestación del servicio por parte del trabajador; se busca que, mediante la entrega de una dotación, el trabajador pueda desarrollar sus funciones e incluso mejorar en el ejercicio de estas. Así mismo, la Corte ha señalado que el calzado y la vestimenta no se pueden tomar como salario

[10] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 21 febrero 2006, rad. 26460, y Sala Laboral, sent. de 18 septiembre 2007, rad. 30503.

en especie cuando con este se paga la prestación legal, pero si se hace un reconocimiento extralegal sin que cuente con un pacto expreso de exclusión salarial, sí podría entenderse como salario[11].

Destacamos que habiendo sido controversial la naturaleza jurídica de la dotación, al encontrarse en el capítulo de prestaciones sociales, válidamente se entenderá que tiene esa naturaleza y no la de herramienta de trabajo.

4. Cuando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo trata de los auxilios, beneficios o primas extralegales con pacto de exclusión salarial: *¿cuáles son los requisitos de forma y de fondo para que estos acuerdos sean válidos?*

A) *Formalidades*

Como bien se advirtió anteriormente, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, le otorgó la facultad al empleador de pactar con el trabajador unos beneficios o auxilios extralegales que no constituirían salario, siempre y cuando esta cláusula o exclusión se dejara consignada de forma expresa por las partes.

Para que las partes puedan pactar unos beneficios o auxilios extralegales no constitutivos de salario, es requisito ineludible que dicho acuerdo se haga de forma expresa, con lo cual surge de golpe un interrogante en cuanto a la expresividad del pacto de exclusión salarial.

Al leer el texto de la norma, se evidencia que esta manifiesta que el pacto de exclusión salarial debe ser expreso. No obstante lo anterior, cuando la norma dice que debe ser expreso, no establece en ningún momento que dicha formalidad deba ser cumplida mediante un escrito o documento.

En aras de zanjar cualquier duda respecto a este punto, la Corte ha señalado que el pacto expreso de exclusión salarial no debe constar necesariamente por escrito, siendo posible que el pacto expreso sea de forma verbal. De esta manera, la Corte, en sentencia del 28 de julio de 2009, estableció: "No obstante, no está de más precisar que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, consagra los pactos de desalarización, estableciendo que no compone salario los beneficios, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario. Ciertamente dicha

[11] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 29 mayo 2002, rad. 17508, y Sala Laboral, sent. de 3 julio 2013, rad. 40509.

norma exige un acuerdo expreso, lo que no quiere decir que se requiere fórmula sacramental o escrita, porque nada impide que el pacto expreso pueda ser verbal. En consecuencia, no solo el medio probatorio escrito sirve para acreditar la voluntad patente de los contratantes, sino también son válidas otras formas como los testigos o la confesión, siempre y cuando de ellas se derive que existió el convenio por el cual se pretende derivar el carácter de no salarial de determinado beneficio extralegal".

Sin perjuicio de lo anterior, en aras de la seguridad jurídica y claridad de las partes, convendría que los acuerdos se hagan por escrito. Pero a falta de este, podrán probarse por otros medios de prueba. Ahora, lo realmente importante sería que exista el consentimiento inequívoco de las partes, con pleno conocimiento y convencimiento de los efectos que produciría el hecho de que el pago no sea salarial.

Por último, solo resta destacar que la forma de pago tampoco definirá su carácter salarial, toda vez que tanto los pagos salariales como los no salariales, pueden ser pagos en dinero o en especie. En consideración a lo anterior, si un pago se hace en especie (por ejemplo: alimentación, bonos canasta o cualquier otro) y no cuenta con pacto expreso de exclusión salarial, por virtud del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, será entendido como salario[12].

B) *Contraprestación directa*

Ahora, además de existir un pacto expreso de exclusión salarial, para que un beneficio o auxilio extralegal pueda ser considerado como no salarial, este pago no puede constituir una contraprestación directa al servicio prestado.

En este sentido se ha pronunciado la Corte: "[...] las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C. S. T.; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario" (sent. de 27 noviembre 2012).

Como complemento a ello, debemos entender que todo aquello que sea contraprestación directa tiene que ser salario, de lo contrario estaríamos atentando contra un principio esencial del derecho laboral,

[12] Ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 15 diciembre 1970, t. CXXXVI, pág. 539, reiterado en sentencias: ibíd., Sala de Casación Laboral, sent. de 1º diciembre 1988, t. CXCIV, pág. 1024, y Sala de Casación Laboral, sent. de 25 mayo 1989, t. CXCVIII, pág. 419.

como es la naturaleza de orden público de las normas consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Si se presenta el escenario en el cual las partes pactan expresamente la exclusión salarial de un pago que retribuya directamente la prestación del servicio, dicho pacto será ineficaz y el pago se tomará como salarial para todos los efectos.

La Corte ha entendido que las comisiones se encuadran dentro del anterior supuesto, y, en ese sentido, cualquier pacto de exclusión salarial respecto de estas, desconocería la naturaleza misma de la comisión, cual es la de retribuir o premiar una gestión del trabajador íntimamente ligada con la prestación del servicio. Así como cualquier otro pago que tenga por objeto o traiga como efecto la contraprestación directa del servicio, como horas extras, recargos nocturnos, recargos dominicales o festivos, destajo por labor cumplida, bonificaciones por el desempeño individual del trabajador, entre otros.

Conforme a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha consolidado una línea con dicha postura desde la sentencia de 29 de enero de 1997, radicado 8426, la cual se ha reiterado en sentencias de 28 de octubre de 1998, radicado 10951; 10 de diciembre de 1998, radicado 11310; 19 de febrero, radicado 19475, 1º de octubre, radicado 21129 y 14 de noviembre de 2003, radicado 20914.

Si bien es claro el carácter retributivo del servicio prestado de pagos tales como las comisiones o los premios, este no resulta tan diáfano para otros pagos, con lo cual la Corte ha establecido unos lineamientos para determinar si el pacto de exclusión salarial constituye o no una contraprestación del servicio.

En primera medida, se debe recalcar en la *finalidad* de los pagos. Es así como los pagos, reconocimientos, beneficios o ventajas que tengan un *propósito* diferente al de retribuir, directa, inmediata o derechamente, la actividad, tarea o labor del trabajador, no constituyen salario, incluso si estos pagos se reciben por *causa o con ocasión* de la relación subordinada de trabajo[13].

Además, el pago, reconocimiento, beneficio, etc., que goce de pacto expreso de exclusión salarial, no puede tener una *relación directa* con la prestación del servicio. La Corte aclaró dicho punto en sentencia del 12 de julio de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, al establecer que no se podían excluir del salario pagos que buscaran *incentivar* una prestación

[13] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 27 mayo 2009, rad. 32657.

del servicio más eficiente, pues dichos pagos están relacionados con la prestación del servicio y se asimilan al pago de comisiones por ventas, por lo cual no podrían excluirse del salario, en virtud del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 127.

Como puede observarse, no ha sido un tema pacífico, dada la delgada línea entre lo que es y lo que no es contraprestación directa del servicio. A continuación citamos algunos casos donde ello queda en evidencia:

> • Primas de vacaciones: condiciona un tiempo definido de prestación de servicios para su causación. En sentencia del 7 de junio de 1989 fue considerada como salarial al tener que prestar servicios para lograr obtenerla. No obstante, en el 2009, mediante la sentencia 32567 (magistrado ponente Gustavo Gnecco Mendoza), se aclara que no constituyen salario al tener por finalidad un descanso remunerado de los trabajadores. Ahora, en gracia de discusión, es importante destacar que la sentencia de 2009 ya basaba su decisión con la vigente Ley 50 de 1990.
>
> Ahora, en 1999, con gran acierto, la sentencia 11539 (magistrado ponente José Roberto Herrera) precisa que para que estas primas no sean salariales, además del requisito de forma, de fondo debemos tener claridad de que es un beneficio *accesorio* a los descansos o a las vacaciones.

Finalmente, se reconoce que según lo estipulado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, los beneficios o auxilios que tengan pacto de exclusión salarial, pueden ser tanto habituales como ocasionales, y en ese sentido no se sigue la regla del primer supuesto del artículo 128 ibídem, tratado *in extenso* anteriormente. Así, la periodicidad con la cual se otorga el beneficio o auxilio no debería incidir de ninguna manera, siempre y cuando exista el pacto de exclusión salarial. En ese contexto, si los pagos son regulares, periódicos o simétricos, y además de esto no existe el pacto de exclusión salarial, es muy probable que dicho pago revista carácter salarial[14].

4. Comentarios finales

Como puede observarse, respecto a los diferentes aspectos sobre si un pago es o no salarial, surgen vacíos sobre el entendimiento y, así mismo, desinformación. En parte, debido a los diversos desacuerdos

[14] Ibíd., Sala Laboral, sent. de 20 octubre 2015, rad. 40907.

presentados entre los altos organismos, particularmente con el Consejo de Estado que, con una mirada legalista, no sugiere el estudio material de los pagos no salariales, sino que de manera objetiva, invita a que se entiendan como no salariales, todos aquellos pagos que cuenten con pacto expreso de exclusión salarial (véase sent. 336 de 6 agosto 2014).

Así mismo, los desacuerdos de interpretación sobre la materia entre el Ministerio del Trabajo en Circulares como la 18 de 2012, con las posturas de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en Acuerdos como el 1035 de 2015, dejan más dudas que certezas, lo cual genera inseguridad jurídica al contribuyente.

Por todo lo anterior, confiamos que este esfuerzo académico brinde herramientas al lector para despejar dudas y al menos en lo que respecta con la justicia ordinaria, conocer las posturas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, es un aspecto tan sensible, como lo son los pagos no constitutivos de salario.

5. Bibliografía

Consejo de Estado, sent. de 17 octubre 1995, M. P. Julio E. Correa Restrepo, rad. 7255.

C. S. de J., Sala Laboral, sent. de 16 marzo 2016, rad. 46976.

— Sala Laboral, sent. de 20 octubre 2015, rad. 40907.

— Sala Laboral, sent. de 8 mayo 2014, rad. 42970.

— Sala Laboral, sent. de 3 julio 2013, rad. 40509.

— Sala Laboral, sent. de 16 marzo 2010, rad. 36894.

— Sala Laboral, sent. de 27 enero 2010, rad. 36411.

— Sala Laboral, sent. de 3 agosto 2010, rad. 38457.

— Sala Laboral, sent. de 17 marzo 2010, rad. 29694.

— Sala Laboral, sent. de 5 febrero 2009, rad. 34192.

— Sala Laboral, sent. de 27 enero 2009, rad. 29703.

— Sala Laboral, sent. de 27 mayo 2009, rad. 32657.

— Sala Laboral, sent. de 18 septiembre 2007, rad. 30503.

— Sala Laboral, sent. de 13 febrero 2006, rad. 24817.

— Sala Laboral, sent. de 21 febrero 2006, rad. 26460.

— Sala Laboral, sent. de 10 julio 2006, rad. 27235.

— Sala Laboral, sent. de 11 octubre 2005, rad. 24180.

— Sala Laboral, sent. de 12 noviembre 2003, rad. 13348.
— Sala Laboral, sent. de 29 mayo 2002, rad. 17508.
— Sala de Casación Laboral, sent. de 25 mayo 1989, M. P. Jacobo Pérez Escobar, "G. J.", t. CXCVIII, págs. 419-445.
— Sala de Casación Laboral, sent. de 1º diciembre 1988, M. P. Manuel Enrique Daza Álvarez, "G. J.", t. CXCIV, págs. 1024-1033.
— Sala de Casación Laboral, sent. de 15 diciembre 1970, M. P. Alejandro Córdoba Medina, "G. J.", t. CXXXVI, págs. 534-544.

Parte cuarta

DERECHO CONSTITUCIONAL

Capítulo X

El juicio al Estatuto de Seguridad de 1978 o uno de los "peores casos" en la historia de la Corte Suprema de Justicia*

Mario Alberto Cajas Sarria**

Resumen. El 7 de agosto de 1978 inició su período presidencial Julio César Turbay Ayala (1978-1982) y ese mismo día, le notificó al país que emprendería una gran cruzada contra la "inmoralidad" y la "inseguridad". La punta de lanza de la política para restablecer el orden y "salvar" las instituciones sería el Estatuto de Seguridad (Decr. legisl. 1923 de 1978), bajo el cual la autoridad civil cedía un enorme poder a los cuerpos de seguridad del Estado.

Durante la vigencia del Estatuto ocurrirían graves violaciones a los derechos humanos, que se atribuyeron a la fuerza pública. A menos de dos meses de haber sido expedido el Decreto 1923, en la sentencia del 30 de octubre de 1978 la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de casi la totalidad de sus medidas. El fallo supuso el aval para que los organismos de seguridad del Estado desplegaran actuaciones

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.97

Este texto revisa aspectos que aparecen en el libro: *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886- 1991,* t. II, Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015. Forma parte de una agenda de investigación sobre la historia de la justicia constitucional colombiana en una perspectiva política, que desarrolla el autor dentro del Grupo de investigación Precedente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi.

** Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y abogado de la Universidad del Cauca. Ha sido *Visiting Scholar* en Harvard Law School. En la actualidad dirige el Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad Icesi en Cali, en donde también es Profesor Asociado. Es autor de los libros: *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991,* ts. I y II. Colección Historia y Materiales del Derecho, Universidad de los Andes (primera impresión 2015 y reimpresión 2016), y *El control judicial a la reforma constitucional en Colombia, 1910-2007*. Cali, Universidad Icesi, 2008; así como de artículos en revistas académicas en España, México y Colombia. Sus intereses de investigación giran en torno al Derecho Constitucional, la Historia del Derecho y el Derecho Comparado.

en nombre de la defensa del orden público, y bajo el argumento de garantizar la estabilidad de las instituciones, lo que a la postre terminó en un detrimento de los derechos y garantías de las personas.

Este capítulo se ocupa del juicio de constitucionalidad al Estatuto de Seguridad de 1978, que podría caracterizarse como uno de los "peores casos" en la historia de la Corte Suprema de Justicia bajo la Constitución de 1886. Si bien la responsabilidad de la violación de los derechos humanos se atribuyó a los excesos de la fuerza pública, años después la mirada apuntaría hacia el débil control constitucional que ejerció la Corte al estado de sitio. En buena medida, el fallo se convirtió en el emblema de una rama judicial arrodillada frente al poder presidencial y a la fuerza pública.

Este trabajo busca hacer memoria de la sentencia de 30 de octubre de 1978 de la Corte Suprema de Justicia y situarla de manera ampliada en su contexto político. La primera parte ofrece un panorama general de los antecedentes y el contexto del Estatuto de Seguridad. La segunda se ocupa de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró constitucional el Estatuto de Seguridad. El tercer apartado aborda las principales reacciones y consecuencias del fallo. Después se presentan unas consideraciones finales.

Palabras clave: Estatuto de Seguridad, Corte Suprema de Justicia, estado de sitio, control constitucional, derechos humanos, historia constitucional.

1. Introducción

El 7 de agosto de 1978 inició el período constitucional del presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), quien a nombre del Partido Liberal había triunfado en las elecciones de marzo del mismo año tras derrotar al candidato conservador Belisario Betancur Cuartas. Desde ese mismo día, Turbay le notificó al país que emprendería una gran cruzada contra la "inmoralidad" y la "inseguridad" que amenazaban con destruir a Colombia[1]. La punta de lanza de la política para restablecer el orden y "salvar" las instituciones sería el tristemente célebre Estatuto de Seguridad; es decir, el Decreto legislativo 1923 de 1978 ("por el cual se dictan normas para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y se garantiza la seguridad de los asociados"),

[1] Daniel Pécaut, *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*, Colección Vitral, Bogotá, Norma, 2006, pág. 271.

bajo el cual la autoridad civil cedía un enorme poder a los cuerpos de seguridad del Estado[2].

El Estatuto de Seguridad de Turbay fue expedido en el marco del estado de sitio declarado por su antecesor, el presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978), en el Decreto legislativo 2131 de 1976. Durante la vigencia del Estatuto ocurrirían graves violaciones a los derechos humanos que aún hoy no han sido analizadas de modo suficiente. Sin duda, las acciones del Estado bajo tal régimen marcarían un antes y un después, no solo frente al movimiento por la defensa de los derechos humanos, sino también en la percepción de la academia y de la opinión pública sobre los límites de la fuerza pública bajo los estados de excepción.

De igual modo, los excesos que se denunciaron en la aplicación del Estatuto hicieron que por primera vez el país fuera calificado por la comunidad internacional como un lugar en donde se violaban los derechos humanos. Y, por último, contribuyeron a que poco a poco importantes sectores de la izquierda colombiana se apropiaran del lenguaje de los derechos humanos, por oposición a su reticencia histórica de incluir tal categoría jurídica y política dado su "raigambre liberal".

A menos de dos meses de haber entrado en vigencia el Estatuto de Seguridad, con la sentencia de 30 de octubre de 1978 y la ponencia del destacado constitucionalista y magistrado de la Sala Constitucional, Luis Carlos Sáchica, la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de casi la totalidad de las medidas del Decreto 1923 de 1978 adoptadas por el flamante gobierno de Turbay. El fallo supuso el aval para que la fuerza pública actuara en favor de la seguridad y el orden público, lo que a la postre terminó en un detrimento de los derechos y garantías de las personas, dados los múltiples excesos en que incurrieron los organismos de seguridad al amparo del Estatuto.

Este trabajo se ocupa del juicio de constitucionalidad al Estatuto de Seguridad o Decreto 1923 de 1978, que podría caracterizarse como uno

[2] El decreto fue firmado por el presidente Turbay y su gabinete ministerial integrado por los ministros de Gobierno, Germán Zea Hernández; de Relaciones Exteriores (e), Carlos Borda; de Justicia, Hugo Escobar Sierra; de Hacienda y Crédito Público, Jaime García Parra; de Defensa Nacional, general Luis Carlos Camacho Leyva; de Agricultura, Germán Bula Hoyos; de Trabajo y Seguridad Social, Rodrigo Marín Bernal; de Salud Pública, Alfonso Jaramillo Salazar; de Desarrollo Económico, Gilberto Echeverri Mejía; de Minas y Energía, Alberto Vásquez Restrepo; de Educación Nacional, Rodrigo Lloreda Caycedo; de Comunicaciones, José Manuel Arias Carrizosa, y de Obras Públicas y Transporte, Enrique Vargas Ramírez.

de los "peores casos" en la historia de la Corte Suprema de Justicia bajo la Constitución de 1886. Aunque la responsabilidad de la violación de los derechos humanos se atribuye a los excesos de la fuerza pública, luego de conocerse tales vulneraciones y de evaluarse su grave impacto, años después la mirada apuntaría hacia el débil control constitucional que ejerció la Corte Suprema de Justicia al estado de sitio. Es así como en los años previos y en la coyuntura constituyente 1990-1991, la sentencia del tribunal formaría parte de la imaginación de los juristas y de la ciudadanía como uno de los mejores ejemplos de la incapacidad de la Corte para proteger los derechos de las personas, así como de su comportamiento deferente con el ejecutivo bajo la Carta de 1886. En buena medida, pues, el fallo de 1978 se convirtió en el emblema de una rama judicial arrodillada frente al poder presidencial y a la fuerza pública[3].

Este capítulo busca hacer memoria de la sentencia del 30 de octubre de 1978 de la Corte Suprema de Justicia y situarla de manera ampliada en su contexto político. El trabajo se compone de tres partes. La primera ofrece un panorama general de los antecedentes y el contexto del Estatuto de Seguridad. La segunda se ocupa de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró constitucional el Estatuto de Seguridad. El tercer apartado aborda las principales reacciones y consecuencias del fallo. Luego se ofrecen unas consideraciones finales.

[3] Para el caso de Estados Unidos, es rica la literatura sobre los "peores casos" fallados por la Corte Suprema en la historia americana. El asunto es objeto de debate, pues en él confluyen aspectos tales como a) los puntos de vista "internos", que comprenden tanto las doctrinas legales como las motivaciones y las estrategias de los jueces, y b) las posturas "no instrumentales" o externas como el "régimen político" o los efectos sociales que produjeron los fallos. Un ejemplo sobre la discusión se encuentra en el diálogo que establecen Stanford Levinson, Mark Graber y Jamal Greene, a propósito del artículo de este último "The anticanon". Greene analiza cuatro casos que a su modo de ver son los peores fallos decididos por la Corte Suprema en toda su historia, y en donde al mismo tiempo muestra los distintos usos que se dan a esas decisiones. Graber, por su parte, llama la atención sobre la necesidad de que se incluya en los currículos de las escuelas de leyes, tanto los casos canónicos como los anticanónicos, pero situados en su contexto y no solo desde una perspectiva doctrinal. Por último, Levinson reflexiona sobre lo problemático que resulta seleccionar los casos anticanónicos, no solo porque hay "peores casos" que son silenciados por la doctrina y la academia legal, sino también por las posibles y complejas interdependencias entre los cánones y anticánones en materia de interpretación constitucional que él sugiere. Jamal Greene. "The anticanon", en *Harvard Law Review*, 125-2, December 2011, págs. 380-475; Mark Graber. "Hollow hopes and exaggerated fears: The anticanon in context", en *Harvard Law Review*, 125:3, 2011. Stanford Levinson, "Is Dred Scott really the worst opinion of all time? Why Prigg is worse than Dredd Scott (but is likely to stay out of the anticanon)", en *Harvard Law Review*, 125-3, 2011.

2. Breves antecedentes y contexto del Estatuto de Seguridad de 1978

A) *Doctrina de la seguridad nacional, subversión y orden público*

En la década de los sesenta del siglo XX, tanto La Revolución cubana comandada por Fidel Castro (1959) como la experiencia de la Revolución china y el pensamiento maoísta habían inspirado la conformación de sectores que optaban por la lucha armada en busca de una revolución en Colombia: surgieron varios grupos subversivos y se transformaron las antiguas guerrillas liberales que fundaron a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en 1964. Los grupos subversivos que operaban en el país hacia finales de la década de los setenta podían clasificarse como: a) guerrilla rural: Ejército de Liberación Nacional (ELN), Ejército Popular de Liberación (EPL) y las FARC; b) guerrilla urbana: Autodefensa Obrera (ADO) y Movimiento 19 de Abril (M-19). Las acciones violentas de los grupos subversivos eran variadas: en general, solían combinar el secuestro, la extorsión, así como los atentados contra militares y civiles.

El M-19 sería uno de los grandes protagonistas del conflicto guerrillero de finales de los años setenta y gran parte de los ochenta[4]. Ese grupo se había empezado a conformar hacia 1970. Sus miembros provenían de clases medias de varias regiones del país. Sus acciones se caracterizaron por acciones rodeadas de gran espectacularidad y alto impacto en los medios de comunicación y la opinión pública; ese grupo inició la práctica de secuestros a personalidades destacadas. Hasta cierto punto, y como veremos más adelante, se podría afirmar que una buena parte de las medidas de excepción tomadas por el gobierno desde finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta (aproximadamente entre 1976 y 1982), tuvieron como móviles el combate y la represión al M-19, un grupo guerrillero que parecía atemorizar y amenazar a las clases medias y altas urbanas[5].

Al mismo tiempo, América Latina era una de las regiones del mundo en donde se vivía con mayor intensidad la *Guerra Fría*. Una de sus manifestaciones fue la expansión de la *Doctrina de la Seguridad Nacional*, cuyo propósito general era detener la "amenaza comunista"

[4] Alfredo Vásquez Carrizosa, *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*, Bogotá, Enrique Dobry (ed.), 1979.

[5] Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886- 1991*, t. II, *op. cit.*, pág. 161.

en la región. La doctrina fue rápidamente apropiada por los países del Cono Sur en donde gobernaban regímenes militares, como Argentina, Chile y Uruguay; aunque también en Brasil la doctrina rindió sus frutos. La doctrina comprendía estrategias de contrainsurgencia y guerra irregular perfeccionadas por las academias militares estadounidenses, que por ejemplo incorporaron varias de las tácticas usadas en la guerra de Vietnam[6]. A esto se sumaron las tácticas del ejército francés aplicadas en Argel e Indochina, cuyos primeros receptores fueron las fuerzas militares argentinas.

Bajo la Doctrina de la Seguridad Nacional, el nuevo foco de las fuerzas militares colombianas era el *Enemigo Interno*[7]. Se adiestraba a la fuerza pública para ejercer el "control político interno" con métodos de presión física y sicológica y en las llamadas "confesiones". Se imponía un orden en donde el debido proceso cedía ante la necesidad de garantizar la seguridad del Estado a costa de los derechos y garantías de las personas: la justicia penal militar pasaba a ejercer su jurisdicción sobre los civiles, se emitían capturas sin orden judicial previa, se acudía a la tortura y los interrogatorios secretos. La dirección del Estado prácticamente parecía pasar al alto mando militar, pues este tenía la claridad para "salvar" al país de las agresiones del enemigo interno[8].

Tan solo una muestra de cómo las fuerzas armadas colombianas se preocupaban por el sustrato ideológico de la lucha contrainsurgente, puede advertirse en algunas publicaciones castrenses sobre estrategia militar. Por ejemplo, la *Revista de las Fuerzas Armadas* núm. 91 de 1979, publicó el artículo: "Teoría guerrillera de Tupamaros y Montoneros", que da cuenta de las relaciones entre las ideas marxistas, maoístas y el "Castro-comunismo" como bases doctrinarias de la "expansión del comunismo a través de todas las formas de lucha"[9].

[6] Según FRANCISCO LEAL BUITRAGO, varios de los principios de esa doctrina ya aparecían en el Decreto 1573 de 1974. Cfr. *La seguridad nacional a la deriva: del Frente Nacional a la posguerra fría,* FLACSO-sede Ecuador, Edic. Alfaomega, CESO, Universidad de los Andes, 2002, pág. 54. El decreto fijaba los "documentos de seguridad nacional" y puede consultarse en *http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1311294?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0*

[7] ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA, *El poder presidencial en Colombia, op. cit.*, pág. 332.

[8] Ibíd., pág. 334. Al respecto, la bibliografía es extensa. Entre otros, véanse: FRANCISCO LEAL BUITRAGO, *La seguridad nacional a la deriva: del Frente Nacional a la posguerra fría, op. cit.*; ÉDGAR DE JESÚS VELÁSQUEZ RIVERA, "Historia de la doctrina de la seguridad nacional", en *Convergencia*, enero-abril de 2002; *Historia comparada de la doctrina de la seguridad nacional, Chile-Colombia*, Edic. Antropos, 2009.

[9] Mayor JOSÉ J. MURILLO GÓNGORA, "Teoría guerrillera de Tupamaros y Montoneros", en *Revista de las Fuerzas Armadas*, enero-febrero y marzo- abril de 1979, núm. 91, págs. 9-20.

El contexto regional también parecía mostrar un ambiente propicio para el incremento del poder militar sobre el civil. En efecto, varios países de la región habían caído bajo el dominio de dictaduras militares, y dado el clima de Guerra Fría, varias de ellas habían sido vistas con buenos ojos por los gobiernos de los Estados Unidos de América, que consideraban que esos regímenes podrían detener la "amenaza comunista" que se cernía sobre la región.

Como si lo anterior fuera poco, el país también empezaba a mostrar un notable incremento del delito del narcotráfico, que ya despertaba la preocupación de los Estados Unidos. Durante el cuatrienio de Alfonso López Michelsen (1974-1978) se multiplicaría no solo la exportación de estupefacientes, sino también el protagonismo internacional del país por las continuas capturas o los hallazgos de droga en poder de particulares, funcionarios públicos, agentes de seguridad del Estado, e incluso de diplomáticos.

Así las cosas, el panorama del orden público y los problemas de seguridad que afrontaba el país hacia finales de los años setenta no era muy alentador y parecía contar con factores favorables para que sectores políticos poderosos, los militares, así como otros grupos influyentes de la sociedad colombiana, justificaran la necesidad de incrementar el poder de la fuerza pública; aun cuando esto supusiera el detrimento de derechos y libertades.

B) *La Corte Suprema de Justicia frente al juzgamiento de civiles por militares bajo el estado de sitio en la Constitución de 1886*

La Constitución de 1886 confería un amplio poder a la rama ejecutiva en el marco del estado de excepción. Así, con todas las reformas que tuvo su célebre artículo 121[10], el estado de sitio le permitió al gobierno

[10] La norma original en la Carta de 1886 señalaba: "Artículo 121. En los casos de guerra exterior, *o de conmoción interior*, podrá el presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

"Mediante tal declaración quedará el presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el derecho de gentes, para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los ministros.

"El gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias".

nacional dictar una gama de medidas de excepción sobre distintas temáticas, con diversos propósitos y no siempre relacionados con el restablecimiento del orden público[11]. Fue así como durante una gran parte del siglo XX, los gobiernos de turno recurrieron al juzgamiento de civiles por la justicia penal militar para enfrentar varias crisis políticas y sociales[12]. Esta medida se tomaba en virtud del estado de sitio de modo que se expedían decretos ordenando que los civiles responsables de alguna conducta considerada contraria al "orden constitucional" quedaban a órdenes de la justicia penal militar, se les aplicaba el Código Penal Militar o incluso nuevas normas *ad hoc*, y se juzgaban en consejos verbales de guerra

Para la represión, también había otra disposición constitucional que solía usarse con frecuencia y de manera combinada con el estado de sitio. Se trataba del artículo 28 de la Carta Política de 1886, que le permitía al gobierno nacional ordenar la aprehensión de cualquier persona contra la que hubiese indicios de "atentar contra la paz pública", sin requerir orden judicial alguna[13].

[11] Hay abundante literatura sobre el estado de sitio en Colombia, aunque son mucho menos los trabajos que se ocupan del papel de la justicia constitucional frente a los estados de excepción. En general, véanse: Antonio Barreto Rozo, *La generación del estado de sitio*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, y *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978*, Bogotá, Edic. Guadalupe, 1979; Manuel Iturralde, "Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia", en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 15, Universidad de los Andes, junio de 2003, págs. 29-46; Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000. En una perspectiva histórica y comparada, véase Jorge González Jácome, *Estados de excepción y democracia liberal: América del Sur, Argentina, Chile y Colombia, 1930-1990*, Edit. Pontificia Universidad Javeriana, 2015. El control judicial a los estados de excepción bajo la Constitución de 1886 en perspectiva histórica y política aparece analizado en Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, ts. I y II, Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015.

[12] Como durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, el país vivió bajo estado de excepción permanente, las medidas que sometían a los civiles a la justicia penal militar tuvieron larga duración. Tan solo en 1987 la Corte Suprema de Justicia cambió su precedente y determinó que tales herramientas violaban la Constitución de 1886. Véase Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991, op. cit.*

[13] "Artículo 28. Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto* sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y

El sometimiento de civiles a la justicia penal militar se empleó a menudo para neutralizar a los grupos opositores al gobierno, considerados como un "peligro para el orden constitucional", o sirvió como instrumento para "prevenir" brotes de "insurrección". Así, por ejemplo, la huelga para protestar por las condiciones laborales impuestas por la United Fruit Company, que desencadenó en la masacre de Las Bananeras en 1928, en parte fue reprimida con el juzgamiento por la justicia penal militar a los trabajadores que participaron en la movilización[14]. Más adelante, en 1944, en la intentona golpista del "Cuartelazo de Pasto" en contra del presidente Alfonso López Pumarejo, su gobierno dictó decretos sometiendo a la justicia penal militar a los civiles sospechosos de participar en la conspiración, que en su momento el gobierno asoció a la dirigencia del opositor partido conservador que lideraba el senador Laureano Gómez[15].

Poco a poco, durante el Frente Nacional (1958-1974), el juzgamiento de civiles por los militares se convirtió en un instrumento para desactivar la protesta social[16]. Era común que los gobiernos dictaran decretos de estado de sitio frente a huelgas en servicios públicos o en otras actividades, así como en los casos de protestas estudiantiles[17].

---

determinándose la pena correspondiente. Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas mediante orden del Gobierno, y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. Transcurridos diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el Gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces competentes con las pruebas allegadas, para que decidan conforme a la ley".

[14] Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1991*, t. I, De la Regeneración al régimen militar, 1886-1958, *op. cit.*, pág. 192.

[15] La herramienta se utilizó luego para reprimir los "coletazos" de El Bogotazo tras el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán en 1948, también por el presidente Laureano Gómez en 1950; y por el gobierno militar de Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957). El Código Penal Militar contenido en el Decreto 1125 de 1950 dictado por el presidente Gómez, estableció en el art. 8º, que quedarían a órdenes de la justicia penal militar: "Todo particular que comete delitos establecidos en leyes comunes o militares relativos a la existencia y seguridad del Estado o contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, o contra los bienes del Estado de que trata este código, en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior". Citado por Martha Patricia Perdomo, "La militarización de la justicia: una respuesta estatal a la protesta social (1949-1974)", en *Análisis Político*, Bogotá, septiembre-diciembre de 2012, núm. 76, pág. 86.

[16] Ibíd., Martha Patricia Perdomo, *op. cit.*

[17] Ibíd., págs. 94-95.

La consecuencia de esas declaratorias era que los involucrados en las movilizaciones que incurrieran en conductas consideradas sediciosas o atentatorias contra la "seguridad del Estado", los "bienes del Estado", o el "orden constitucional", quedaban a órdenes de la justicia penal militar. Es decir, con menores garantías procesales, con procesos decididos por personal militar en consejos de guerra verbales, por juzgadores que no pertenecían a la rama judicial sino a la ejecutiva; y que en muchos casos suponía la detención en cuarteles militares[18].

Un elemento del diseño institucional que involucraría más a la Corte Suprema de Justicia en el control de los estados de excepción apareció en la reforma constitucional de 1968, que le confirió expresamente a la Corporación la competencia para revisar automáticamente la constitucionalidad de todos los decretos dictados por el gobierno en uso de tales facultades. No obstante, desde la década de los sesenta, la Corte mantenía su doctrina de considerar que no vulneraban la Constitución la gran mayoría de las medidas de estado de sitio dictadas por el ejecutivo, en especial las relacionadas con el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar.

La única excepción en donde la Corte le fijó límites al poder ejecutivo en lo concerniente a la jurisdicción sobre delitos relacionados con el orden público, aunque no referida a la justicia penal militar, fue el fallo del 24 de julio de 1961, que con ponencia del magistrado José Hernández Arbeláez declaró inconstitucional el Decreto 12 de 1959, por el cual se le atribuía a los jueces de instrucción criminal, adscritos al Ministerio de Justicia, la competencia para instruir y juzgar algunos

[18] Una defensa de la competencia "excepcional" de la jurisdicción penal militar para conocer de delitos de civiles bajo el estado de sitio la hizo el magistrado del Tribunal Superior Militar, teniente coronel en retiro Héctor Alfonso Duarte Sáenz, en 1976. Para Duarte, tal jurisdicción se justificada por la necesidad de establecer medidas especiales en tiempos de excepción que hacían necesario un aparato judicial eficiente y con las condiciones para enfrentar la compleja delincuencia que azotaba al país. No obstante, expresó que la polémica jurídica sobre tal competencia no cesaría prohibiendo su uso mediante una reforma constitucional, sino cuando esta dejara de ser necesaria; pero que esto sería difícil dado el grado de criminalidad del país. Por todo esto sugirió: "[...] la reforma fundamental, aunque lenta, ha de empezar por la condición humana. Pues sobradamente se sabe que la crisis moral es la causa primera de todos los males. Edificando un hombre nuevo [...] es posible pensar en la construcción de un orden nuevo [...] De no ser así, las situaciones explosivas serán cada vez más inminentes, y con el acudimiento a la criticada legalidad marcial y al tránsito de competencias solo se conseguirá congestionar los problemas. Porque la solución no es meramente represiva, sino de auténtica reflexión y decisión cristianas". Héctor Alfonso Duarte, "La jurisdicción penal militar y el juzgamiento de particulares", en *Revista de las Fuerzas Armadas*, núm. 83, Bogotá, mayo-agosto de 1976, pág. 235.

delitos. En aquel fallo la Corte Suprema de Justicia consideró que la Constitución establecía como principio la separación de poderes y que, por tanto, ni siquiera bajo estado de excepción el Gobierno podía despojar a la rama judicial de una competencia para asignársela a funcionarios de la rama ejecutiva[19]. Tal doctrina de la Corte, que solo volvió a ser citada por la Sala Plena del Tribunal hacia finales de la década de los ochenta, por cierto fue invocada por la minoría de la Corporación que se opuso a la exequibilidad del Estatuto de Seguridad de 1978, como se verá en este trabajo.

C) *Del gobierno de López Michelsen a la obsesión de Turbay por "la seguridad"*

Para comprender mejor el origen del Estatuto de Seguridad de 1978, hay que regresar un poco a sus conexiones con el contexto del gobierno de Alfonso López Michelsen. López había llegado al poder en 1974, en representación del partido liberal, siendo el primer gobernante que se elegía por fuera de las reglas de alternancia bipartidista acordadas por liberales y conservadores en el Frente Nacional.

El gobierno de López Michelsen desde su inicio tuvo que enfrentar una aguda crisis fiscal y económica. Recibió la "bonanza cafetera" en 1976, con sus consecuentes efectos inflacionarios, que en parte intentó ser controlada con la reducción del déficit fiscal, incluyendo una reducción considerable de los salarios de los empleados públicos[20]. El descontento social por la carestía creció de la mano con el alarmante nivel inflacionario que llegó al 33 por ciento en 1977[21], así como también el rechazo a la aplicación del estado de sitio para reprimir cualquier manifestación de protesta en contra del gobierno, bien sea que estas vinieran de parte de sindicalistas, universitarios, docentes o de inconformes con la situación del país[22]. También, el incremento del

[19] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 24 julio 1961, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. XCVI, núms. 2242 a 2244. El fallo aparece analizado en el contexto político de la Corte, que además enfrentaba vientos de reforma, en Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. II, *op. cit.*, págs. 58-70.

[20] Marco Palacios, *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia, 1875-1994*, 2ª ed., Colección Vitral, Bogotá, Norma, 2003, pág. 268.

[21] Ibíd., pág. 269.

[22] Mauricio Archila Neira, "El Paro Cívico Nacional del 14 de septiembre de 1977: un ejercicio de memoria colectiva", en *Revista de Economía Institucional*, segundo semestre de 2016, vol. 18, núm. 35, pág. 314.

narcotráfico fue notable, como los escándalos de corrupción de altos funcionarios del Estado[23].

López enfrentó el descontento social y de las clases populares, principalmente urbanas[24]. La mayor movilización ciudadana ocurrió el 14 de septiembre de 1977 con el Paro Cívico Nacional (PCN)[25]. El PCN se considera la acción colectiva urbana más importante de la segunda

[23] Daniel Pécaut, "Colombia de 1974 a 1979: del mandato claro a la "crisis moral", en *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*, Colección Vitral, Bogotá, Norma, 2006, págs. 213-276.

[24] "Según la base de datos de Luchas Sociales del Cinep, en 1975 se registraron 797 protestas —el año pico en ese recuento estadístico—, 540 en 1976 y 359 hasta septiembre de 1977 [...]". "[...] se destacan tres actores que tenían sobradas razones para protestar: asalariados, estudiantes y pobladores urbanos. Para los primeros, tres cuartas partes de los motivos de sus luchas entre enero de 1975 y septiembre de 1977 fueron reclamos por condiciones de trabajo y especialmente por aumento de salarios. Pero más preocupante fue que el Estado no ejerció a cabalidad sus funciones de regulación de las relaciones laborales. No tenía injerencia en las que se daban en las empresas privadas y, lo que es peor, era el patrono que más violaciones laborales cometía al no cancelar los salarios de sus trabajadores a tiempo y desconocer las normas legales que él mismo había creado". Citado por Mauricio Archila Neira, "El Paro Cívico Nacional del 14 de septiembre de 1977", *op. cit.*, pág. 315.

[25] El comité había solicitado la concesión de un pliego de ocho puntos: "1) aumento de los salarios, 2) congelación de los precios de los artículos de primera necesidad y de las tarifas de servicios públicos, 3) suspensión del estado de sitio, 4) derogación del Estatuto Docente, 5) que los trabajadores de servicios del Estado puedan disfrutar del derecho de asociación, contratación colectiva y huelga, 6) entrega inmediata a los campesinos de las haciendas afectadas por el Incora, 7) jornada de 8 horas y salario básico para los trabajadores del transporte y 8) suspensión de los decretos de reorganización del ICSS". En el paro fueron bloqueadas varias vías principales de Bogotá y saqueados varios almacenes. Los enfrentamientos con la fuerza pública causaron entre veinte y treinta muertos. "Así fue el paro de 1977, el más grande (y violento) en la historia de Colombia": *http://pacifista.co/asi-fue-el-paro-de-1977-el-mas-grande-y-violento-de-la-historia-de-colombia/*. Consultado el 7 de enero de 2017. Sobre el paro también véanse: Arturo Alape, *Un día de septiembre. Testimonios del paro cívico 1977*, Bogotá, Edic. Armadillo, 1980; Álvaro Delgado, "El Paro Cívico Nacional", en *Estudios Marxistas*, núm. 15, 1978; Medófilo Medina, "Los paros cívicos en Colombia (1957-1977)", en *Estudios Marxistas*, núm. 14, 1977, y *La protesta urbana en Colombia en el siglo veinte*, Bogotá, Edic. Aurora, 1984; Frank Molano Camargo, "El Paro Cívico Nacional del 14 de septiembre de 1977 en Bogotá: las clases subalternas contra el modelo hegemónico de ciudad", en *Revista Ciudad Paz-Ando*, vol. 3. núm. 2, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, segundo semestre de 2010, págs. 111-142. Un análisis de las medidas de estado de sitio y del control constitucional a los decretos dictados con ocasión del paro de 1977, en Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. II, *op. cit.*, pág. 149.

mitad del siglo xx colombiano y aunque la movilización se produjo en varios lugares del país, el mayor impacto se vivió en Bogotá, al punto que fue calificado como un "segundo Bogotazo" dado el tamaño de la movilización, los disturbios y los daños causados a la ciudad[26]. La organización del paro había iniciado desde febrero de 1977, a raíz de las negociaciones laborales fallidas entre el gobierno de López y las principales centrales obreras del país. Aunque la movilización la lideró un comité conformado por las centrales obreras, a ella se sumaron docentes, estudiantes, empleados independientes, amas de casa, milicianos de varias guerrillas y hasta conservadores en oposición. El gobierno reaccionó con una fuerte represión militar; los excesos de la fuerza pública incluso originarían debates parlamentarios que causaron un profundo malestar en la cúpula de las fuerzas armadas.

Bajo el gobierno de López crecía la percepción de inseguridad. A esto contribuyeron las acciones guerrilleras y los atentados, como el dirigido en contra del inspector general de las fuerzas armadas, el general Ramón Arturo Quiñones, quien fue acribillado a tiros en las calles de Bogotá por una célula del eln el 8 septiembre de 1975. Para completar, las relaciones de López con las fuerzas armadas también fueron complicadas, hubo enfrentamientos y descontento de los militares debido a relevos ordenados por el presidente ante tensiones con el alto mando; incluso, se llegaron a escuchar rumores sobre intenciones de un golpe de estado hacia finales de 1977[27].

Por otra parte, casi al final del gobierno, en mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible la reforma constitucional de 1977 o "pequeña constituyente", causando un duro golpe político al ejecutivo[28]. Tal como lo pensaban sectores políticos de la izquierda, y como se respiraba en el ambiente de la rama judicial, con la reforma que se frustró, López pretendía responder contundentemente a las solicitudes de los militares de dotarlos de instrumentos "eficaces" para su

[26] El saldo del paro fueron 19 muertos, 3.500 detenidos y pérdidas económicas cuantiosas en Bogotá. Las detenciones fueron de tal magnitud, que las autoridades tuvieron que conducir a miles de personas capturadas al Estado "El Campín", a la Plaza de Toros "Santamaría" y a las guarniciones militares.

[27] Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. ii, *op. cit.*

[28] El fallo tuvo como ponente al magistrado José María Velasco Guerrero, quien luego también en la Corte sería un gran opositor del Estatuto de Seguridad y de las medidas de estado de sitio bajo el gobierno de Turbay.

lucha en favor de la institucionalidad; es decir, como lo había pedido la cúpula militar al presidente López en diciembre de 1977.

Esa solicitud de los militares fue una reacción ante las críticas de varios sectores políticos y de opinión; principalmente de izquierda, por los excesos y la represión estatal al PCN del 14 de septiembre 1977. En aquel entonces, López le dijo al alto mando militar que las herramientas legales que ellos exigían sería materia de discusión de la reforma constitucional. Ese compromiso habría quedado en suspenso tras la declaratoria de inexequibilidad de la reforma constitucional y por eso, en parte, las medidas del Estatuto de Seguridad de 1978 eran una respuesta del gobierno de Turbay a la fuerza pública.

No obstante, López también alcanzó a satisfacer las demandas de la cúpula militar, pues a comienzos de 1978 dictó el Decreto legislativo 70, que exoneraba de responsabilidad penal a los miembros de la fuerza pública que incurrieran en delitos de homicidio en desarrollo de operaciones de prevención de secuestros, extorsiones y del narcotráfico. La Corte Suprema de Justicia declaró exequible ese decreto en su sentencia del 9 de marzo de 1978[29].

D) *El Estatuto de Seguridad de Turbay de 1978*

Tanto la elección presidencial como el inicio del nuevo gobierno en 1978 ocurrieron bajo el estado de sitio que había declarado el presidente López Michelsen en 1976. Y hubo hechos que parecían dirigidos a justificar en mayor medida la obsesión de Julio César Turbay Ayala por el orden público, pues dos días antes de su posesión como presidente de la República, estallaron cuatro petardos en el centro de Bogotá; uno de ellos en un ventanal del recién remodelado Palacio de Nariño, sede de la Presidencia de la República. Y el mismo 5 de agosto de 1978, un comando del M-19 asaltó en Cali la casa del general Deogracias Fonseca, quien había sido miembro de la Junta Militar de Gobierno en 1957, saquearon su colección de armas y tomaron momentáneamente como rehén a uno de los hijos del expresidente mientras emprendían la fuga.

En su posesión como presidente de Colombia, Turbay Ayala parecía llenarse de motivos para "restablecer la paz y la seguridad en el país". Recibió el apoyo de los gremios económicos a esas iniciativas y de importantes sectores de la opinión pública. Por su parte, el gobierno

[29] Mario Alberto Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. II, *op. cit.*, pág. 154.

de Estados Unidos de América que presidía Jimmy Carter (1977-1981), envió una delegación de alto nivel a la posesión presidencial, que encabezó el secretario del Tesoro: Michael Blumenthal, quien en declaraciones de prensa al arribar a Bogotá destacó a Colombia por su "papel en defensa de los derechos humanos" y su rol en el "marco de la democracia representativa" que le había hecho ganar al país "un respetable renombre a nivel mundial"[30].

Como ya se dijo, el orden público era una de las prioridades del nuevo gobierno, por eso a menos de un mes de posesionado en la presidencia, Turbay ordenó a varios de sus ministros informarle al país que había dictado un paquete de severas medidas que buscaban restablecer la seguridad y el orden público. La tarea les correspondió al ministro de Defensa, Luis Carlos Camacho Leyva, y el ministro de Gobierno, Germán Zea Hernández. Ambos anunciaron la expedición del Decreto 1923 de 1978 o Estatuto de Seguridad.

Zea hizo un balance de la situación de orden público que recibía el nuevo gobierno, que a su juicio, justificaba el paquete de medidas excepcionales que contenía el Estatuto. Se refirió a la inseguridad que se había intensificado en todo el país con las acciones de grupos subversivos, como también de "antisociales" y delincuentes. Denunció la intención de las guerrillas urbanas y rurales de "sustituir la autoridad" por un "régimen de terror" en donde se atentaba contra las personas, en especial los miembros de la fuerza pública. Y agregó el ministro:

> "[...]. A falta de razones para justificar esa temeraria empresa de disolución, se ha utilizado el desgastado pretexto de que el gobierno que apenas se inicia [...] está entregado a servir los intereses del «imperialismo yanqui», de supuestas «oligarquías militares», y de los «grupos de presión»"[31].

Así, para el gobierno de Turbay las amenazas al régimen constitucional no solo venían de parte de las guerrillas, sino también de la delincuencia común, y al mismo tiempo expresaba su rechazo al lenguaje disidente de algunos sectores de la izquierda del país. Según Zea, la nueva administración dotaba de medidas legales eficaces a los

[30] "E. U. elogia a Colombia por derechos humanos", en *El Tiempo*, 8 de agosto de 1978, primera página.

[31] Agregó el ministro: "Esa propaganda se ha publicado incluso en los periódicos y la radio, y en ella se dan precisas instrucciones para la consumación de los delitos". "Rígido estatuto de seguridad", en *El Tiempo*, 7 de septiembre de 1978, primera página.

organismos de seguridad del Estado, actuando así de manera fiel al mandato constitucional que le ordenaba al gobierno proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos[32]. El ministro cerró su intervención con una afirmación que resultaría totalmente contraria a los efectos que produciría la vigencia del Estatuto que él proclamaba: "Colombia sigue siendo uno de los países adalides de la defensa de los derechos humanos, y una de las mayores preocupaciones del gobierno es seguir preservando esa imagen ante todas las naciones del globo"[33].

Por su parte, el general Luis Carlos Camacho Leyva señaló que el Estatuto reafirmaba leyes vigentes, "modificándolas para hacerlas más enérgicas" y adoptaba nuevas medidas para que los "jueces, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cuenten con mayores bases jurídicas para llevarle tranquilidad a la nación"[34]. Agregó que las fuerzas armadas no vacilarían en apoyar al gobierno "para reducir a la impotencia a quienes pretendan destruir de un solo tajo lo que la inteligencia, la voluntad y el esfuerzo de los colombianos se han dado en más de 150 años de vida republicana". A renglón seguido manifestó que la defensa nacional externa e interna, en sentido moderno, no solo correspondían al gobierno y a las fuerzas armadas, sino también a todos los ciudadanos, que debían prestar su colaboración para lograr su realización. Y como en una especie de campaña de "remoralización" del país, invitó "a todas las gentes de bien para realizar una campaña fervorosa y cierta a fin de que las palabras «honestidad», «moralidad», «decoro» y «solidaridad» no sean solamente vocablos que pronuncian nuestros labios, sino que deben ser ideas arraigadas en corazón de todos y cada uno de nosotros"[35].

El Estatuto de Seguridad incrementaba drásticamente las penas para los delitos de secuestro, extorsión, incendio voluntario y ataque armado. También extendía la noción de "subversión" de manera imprecisa, de modo que cubría diversos actos y conductas susceptibles de ser castigadas con r penas de prisión. Por ejemplo, se consideraba una infracción penal la exhibición de propaganda subversiva", de igual modo se consideraba subversivo quien pintara dibujos que incitaran a la subversión, asimismo se establecía un amplio elenco de contravenciones que podían ser sancionadas por autoridades subalternas, militares, policiales o civiles, sin derecho de apelación; de modo que se excluía a la rama judicial.

[32] *El Tiempo*, 7 de septiembre de 1978.

[33] Ibíd.

[34] "Declaración de Mindefensa", en *El Tiempo*, 7 de septiembre de 1978, pág. 10A.

[35] Ibíd.

Para completar el clima favorable al incremento del poder de la fuerza pública y de las medidas represivas, a tan solo dos semanas de expedido el Estatuto se Seguridad, primero fue asesinado el ex gobernador del Departamento de Caldas Germán Mejía Duque, y luego fue acribillado en su casa en Bogotá el ex ministro de Gobierno Rafael Pardo Buelvas.

Por último, cabe anotar que la puesta en vigencia del Estatuto de Seguridad, pese a su severidad, recibió el respaldo de amplios sectores de los partidos liberal y conservador, de los grupos empresariales del país y de un importante sector de la opinión pública que veía con muy buenos ojos la decisión que mostraba el nuevo gobierno de frenar la inseguridad y la subversión. Las críticas vinieron principalmente de la academia, sectores de la izquierda política y de los nacientes grupos de defensa de derechos humanos[36].

E) *El Estatuto de Seguridad de 1978 ante la Corte Suprema de Justicia*

El 30 de octubre de 1978, la Corte Suprema de Justicia[37] decidió respaldar prácticamente todas las medidas del Estatuto de Seguridad, salvo algunas disposiciones extremas[38]. La ponencia le correspondió al magistrado de tendencia conservadora y destacado constitucionalista que integraba la Sala Constitucional, Luis Carlos Sáchica. La Corte tomó la decisión después de acalorados debates en los que surgieron profundas

[36] Sin duda, la principal crítica de un medio de opinión vino de parte de la *Revista Alternativa*. Se pueden constatar sus constantes denuncias sobre la militarización del país y de las instituciones del Estado, así como de las torturas, desapariciones y excesos de la fuerza pública en sus volúmenes entre septiembre de 1978 y diciembre de 1981. También el diario liberal *El Espectador* fue un duro crítico de los excesos de la fuerza pública bajo el Estatuto.

[37] La Corte estaba compuesta por Luis Carlos Sáchica, Luis Sarmiento Buitrago, Jerónimo Argáez, Antonio Alvira Jácome, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, José María Esguerra Samper, Dante L. Fiorillo Porras, Germán Giraldo Zuluaga, José Eduardo Gnecco, Gustavo Gómez Velásquez, Héctor González Uribe, Juan Hernández Sáenz, Juan Manuel Gutiérrez, Álvaro Luna Gómez, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Pedro Elías Serrano Abadía, Hernando Rojas Otálora, Hugo Vela Camelo, Ricardo Uribe Holguín, Fernando Uribe Restrepo, José María Velasco Guerrero y Luis Enrique Romero Soto. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 30 octubre 1978, M. P. Luis Carlos Sáchica, "G. J.", núm. 2397, pág. 240.

[38] Diecinueve ciudadanos impugnaron el decreto. Algunos eran militantes de la izquierda y constitucionalistas como Álvaro Echeverry Uruburu, otros eran penalistas como Fernando Arboleda Ripoll y Antonio J. Cancino.

discrepancias entre sus magistrados. Se hizo un estudio artículo por artículo y fueron necesarias diez horas continuas de deliberación en la última sesión de la sala plena para que se aprobara el fallo.

En su sentencia, la Corte en primer lugar afirmó que el estado de sitio era una institución cuyos límites precisos estaban determinados por la Constitución y que el control de constitucionalidad que ejercía el tribunal sobre los decretos dictados al amparo de ese régimen de excepción debía ceñirse a esos lineamientos. Según la Corporación, esas limitaciones tenían que ver con tres tipos de reglas: "Las que rigen plenamente, tanto en tiempos de normalidad como de turbación; las que prevén limitaciones temporales por razón del estado de sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal". Todo esto la llevó a concluir que los criterios del juicio de constitucionalidad de este tipo de decretos debían centrarse en el análisis de la conexidad directa entre las medidas tomadas y las causas que fundaban la declaración de turbación del orden público, así como el carácter sustitutivo y restrictivo de esas disposiciones frente al régimen legal en tiempos de paz[39].

La Corte clasificó las medidas del Decreto 1923 de 1978 como disposiciones que a) reestructuraban o creaban nuevas figuras delictivas o contravencionales; b) decretaban penas, las aumentaban o las agravaban, c) disposiciones que atribuían competencias jurisdiccionales a las autoridades militares y policivas y que les señalaban procedimientos especiales, y d) disposiciones sobre control de las comunicaciones.

En cuanto a las acusaciones generales de los ciudadanos, la Corporación las clasificó así: a) falta de conexión entre las disposiciones y la perturbación, b) exceso en el ejercicio de los poderes del artículo 121 de la Constitución Política, c) ruptura del principio de separación de poderes, d) violación de las garantías de la libertad física de las personas, de los derechos de propiedad, reunión, huelga y de defensa, e) infracción de las garantías de la libertad de prensa, y f) desconocimiento de tratados internacionales sobre tutela de los derechos humanos.

La Corte afirmó que su jurisprudencia ya se había ocupado de esos seis tipos de cargos dirigidos en contra del Estatuto de Seguridad y que en todas las sentencias había determinado que se trataba de medidas que no vulneraban la Constitución. Por ejemplo, sobre el último

[39] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 30 octubre 1978, M. P. Luis Carlos Sáchica, "G. J.", núm. 2397.

cargo recordó que ya había establecido que carecía de competencia para conocer de demandas de exequibilidad en contra de leyes que vulneraban tratados internacionales: "Estas cuestiones son problemas de relaciones interestatales que, por lo mismo, no pueden definirse ante tribunales nacionales y como asuntos de derecho interno. De modo que mediante esta acción solo pueden plantearse infracciones directas de la Constitución".

De igual modo, sobre el cargo de que el decreto desvertebraba "la organización constitucional del Estado", dijo que su doctrina permitía que excepcionalmente se asignaran o trasladaran funciones de una rama a otra, y que el Decreto 1923 no hacía más que aplicar esa excepción permitida por la Carta, que incluía la ampliación de la competencia de la justicia penal militar para juzgar delitos comunes[40]. A su juicio, el gobierno también podía reestructurar penas, establecer sanciones, incrementarlas, crear nuevas figuras delictivas, pues las "nuevas formas de criminalidad" obligaban al Estado a actuar con innovación, puesto que esa era la mejor manera de enfrentar la turbación del orden público e impedir graves trastornos sociales[41].

Sobre los demás derechos, como el de reunión o el de la libertad de prensa, recordó su reiterada jurisprudencia según la cual todas esas restricciones temporales estaban autorizadas por la Constitución. No obstante, estimó que eran parcialmente exequibles aquellas normas como la que suprimía la posibilidad de libertad condicional a los sindicados y condenados por secuestro, para el caso de las mujeres embarazadas, o para quienes se encontraran en peligro de muerte; pues, en el primer caso, se trataba de proteger al nonato y, en el segundo, por "razones de dignidad de la persona humana". Así mismo, determinó que las sanciones por *dibujos ultrajantes o subversivos* o *propaganda subversiva* eran imprecisas y no objetivas, de modo que se vulneraba el debido proceso según el cual las personas debían conocer con certeza el contenido de las leyes prohibitivas.

El fallo no fue unánime: cinco de los veinte magistrados que integraban la Corte salvaron su voto. Uno lo suscribieron conjuntamente José María Velasco Guerrero y Gustavo Gómez Velásquez. Ambos criticaron con vehemencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el control de los decretos de estado de sitio, se manifestaron

[40] Dijo que la sent. de 13 agosto 1970, "G. J.", núm. 2388-Bis, pág. 314, así lo había señalado.

[41] Recordó su sent. de 9 noviembre 1971, "G. J.", núm. 2340, pág. 467.

en contra de que la Corporación no fijara límites a las facultades del gobierno bajo los estados de excepción, y también lamentaron que la Corte hubiera motivado tan escasamente el fallo.

En su criterio, el Estatuto de Seguridad ni siquiera habría superado el juicio de constitucionalidad bajo la criticable doctrina de la Corte de la "conexidad" entre los factores generadores de la conmoción interior y las medidas dictadas para restablecer el orden público, pues ese decreto legislativo establecía un "pequeño código penal", cuyo "orden público criminológico" pretendía continuar despojando a la rama jurisdiccional de sus competencias y otorgárselas a una aparentemente "eficiente" justicia penal militar. Por eso, reclamaron una verdadera política criminal que no se centrara en crear más delitos, penas más severas y procedimientos ante consejos de guerra verbales, sino de una política "[...] a través de la cual, con base en la sociología criminal, la antropología, la biología, la criminología, la estadística, *etc*., sea posible conocer en toda su magnitud y su estructura el problema criminal, para que puedan tomarse las medidas que ese conocimiento aconseje"[42].

En su salvamento de voto, también denunciaron que el decreto vulneraba el principio de favorabilidad en materia penal y que producía una evidente ruptura del principio de separación de poderes, pues la rama judicial terminaba absorbida por cortes marciales nombradas por el ejecutivo.

Los magistrados Velasco y Gómez también lanzaron una dura crítica a los fines que decía pretender el Estatuto de Seguridad; pues, a su modo de ver, este estaba diseñado para reprimir la protesta social y la oposición política:

> "[...] [Si] los aspectos más salientes del decreto tenían un respaldo en las normas existentes, propias a estatutos de mejor abolengo y más decantada doctrina, ¿qué interés se perseguía con normas que, obviamente, restaban buena opinión y popularidad al gobierno? Lo que se deduce, fuera del tradicional propósito de alejar a los jueces ordinarios, es una severa represión a las protestas sociales, al sindicalismo activo, a la agitación estudiantil legítima, a los esfuerzos por promover una toma de conciencia y acción respecto de los problemas que sacuden al país, etc.".

De igual modo, insistieron en la urgencia de que la Corte revisara su antigua doctrina establecida en 1914, según la cual no podía reconocerse

[42] C. S. de J., sent. de 30 octubre 1978, M. P. Luis Carlos Sáchica, "G. J.", núm. 2397.

valor jurídico interno a los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos.

El magistrado Álvaro Luna Gómez adhirió al salvamento de los magistrados Gómez y Velasco, pero solo se apartó de él en cuanto a la inexequibilidad total del artículo 8º del decreto, pues consideró que solo una parte de él vulneraba la Constitución. A su juicio, las reglas sobre el toque de queda y la prohibición de expender y consumir bebidas embriagantes se ajustaban a la Constitución, pero las que autorizaban a prohibir manifestaciones, desfiles y reuniones públicas sí quebrantaban la Carta Política.

Por su parte, el salvamento de voto de Jesús Bernal Pinzón hizo énfasis en que el decreto, al establecer varios tipos penales de naturaleza indeterminada, violaba el debido proceso, la legalidad de los delitos y las penas, y los derechos fundamentales a la vida, honra y libertad[43]. Además, insistió en la gravedad de la doctrina permisiva de la Corte que había dejado sin control los amplios poderes presidenciales; y recordó varias experiencias nefastas en el mundo, como, por ejemplo, el del régimen Nazi en Alemania. También se refirió a otros países de "extrema izquierda", como Cuba, que sancionaban delitos "contra revolucionarios" con penas drásticas a través de una ley compuesta por tipos indeterminados, pero que los países bajo regímenes militares tampoco se quedaban atrás y también utilizaban herramientas que vulneraban el principio de legalidad[44]. De igual modo, afirmó que el ejercicio de las facultades del estado de sitio había dado lugar a excesos y que, en su criterio, ni la represión decretada por este o por los anteriores gobiernos

[43] "[...] una de las glorias del derecho penal contemporáneo, el profesor Hans Welzel, advertía que «el peligro que amenaza el principio *nulla poena lege*» no proviene de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas. De suerte que si al legislador ordinario no se le debe permitir la formulación de leyes que consagren figuras delictivas imprecisas y de contornos inciertos por los evidentes peligros que tales procedimientos implican en relación con las garantías reconocidas por la Constitución a los ciudadanos, con muchísima mayor razón esa prohibición deberá predicarse del legislador extraordinario, muy dado generalmente, y so pretexto de tomar medidas encaminadas a preservar el orden público, a no encontrar límite alguno en su formulación [...]". C. S. de J., sent. de 30 octubre 1978, *op. cit.*

[44] "En el Brasil, país que en los últimos años se ha visto presidido no precisamente por gobiernos que se hayan distinguido por el respeto a las libertades ciudadanas, por medio del Decr. 898 de 1969 sobre Seguridad Nacional se sanciona con penas que oscilan entre los 5 y los 15 años a quien «realice actos destinados a provocar guerra revolucionaria o subversiva»; o también a quien «intente subvertir el orden o la estructura político-social vigente»". C. S. de J., sent. de 30 octubre 1978, *op. cit.*

que se habían valido del estado de sitio, había tenido resultados positivos para la tranquilidad del país, ni mucho menos había beneficiado la libertad de los ciudadanos.

Ricardo Uribe Holguín fue el otro magistrado disidente. Su salvamento se enfocó en argumentar que el decreto violó la Constitución porque durante el estado de sitio no se podían derogar las leyes y que el Estatuto de Seguridad era un "pequeño código penal", que solo podía ser expedido mediante una ley o un decreto expedido dentro de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al presidente de la República.

Regresando al fallo de la Corte, realmente la Corporación seguía la misma línea jurisprudencial que por décadas había respaldado las medidas de estado de sitio dictadas por el ejecutivo. No obstante, aunque tal postura suele leerse como una expresión más del poder presidencial, cuando se hace un análisis del contexto político de las medidas de excepción y de la doctrina legal de la Corte sobre los estados de excepción a lo largo del siglo XX, se puede comprender que la Corporación no actuaba en una burbuja. En efecto, la Corte Suprema, salvo por el ya mencionado fallo de 1961 al que también se refieren los magistrados que salvan voto, consideró que en tiempos de no paz, el gobierno debía tomar las medidas necesarias para restablecer la seguridad. Por eso, el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar fue considerado como constitucional bajo el estado de excepción.

En general, como bien lo dijo la Corte, el contenido del Estatuto de Seguridad no tenía medidas muy novedosas si se revisa el repertorio de instrumentos severos utilizados por los gobiernos en el marco del estado de sitio, y sobre los cuales la Corporación se pronunció declarando su exequibilidad entre las décadas de los sesenta y setenta. Pero, como lo hemos anotado a lo largo de este texto, el contexto de la aplicación del paquete de medidas del Decreto 1923 de 1978 era distinto. Las fuerzas armadas, bajo el mando del general Luis Carlos Camacho Leyva, estaban decididas a emplear a fondo el Estatuto en el marco de la doctrina de la seguridad nacional; además, habían adquirido un papel político protagónico desde su represión del PCN de 1977 y su "ruido de sables" al final del gobierno de López. Y para completar, Turbay los situaba como actores fundamentales de su política de gobierno. Por supuesto, el nuevo papel y poder que adquiría la fuerza pública en Colombia también guardaba cercanía con lo logrado por sus pares en varios países de la región, en donde como ya se dijo, sus gobiernos habían sucumbido frente a los golpes militares.

Por último, el fallo también deja ver la enérgica voz disidente de un grupo de magistrados que criticaban el Estatuto y el régimen del estado de sitio, y que exigían una mayor acción por parte de la Corte Suprema de Justicia. Era una minoría que se levantaba en favor de la defensa de los derechos y no de la "seguridad" del Estado. Esto, como se verá en seguida, por supuesto que tuvo sus costos: uno de los magistrados más opuestos a la doctrina permisiva de la Corte tendría que enfrentar al propio presidente Turbay.

F) *El Estatuto de Seguridad luego del fallo de la Corte*

a) *Las primeras reacciones*. El magistrado José María Velasco Guerrero era un destacado jurista que había militado en el partido conservador y había sido gobernador del departamento de Nariño, era una de las voces disidentes del fallo de la Corte sobre el Estatuto de Seguridad, y también había sido el ponente de la sentencia de mayo de 1978 que declaró inexequible la "pequeña constituyente". Velasco fue uno de los primeros en expresarse públicamente sobre la decisión de la Corporación. Al salir del recinto donde la Sala Plena de la Corte Suprema acababa de avalar las medidas del Estatuto, fue abordado por periodistas y afirmó que el fallo "desdibuja para siempre la imagen democrática del país" y que desde hacía 30 años el país venía soportando un estado de sitio permanente, que ahora con el Estatuto se había inaugurado una "dictadura disfrazada de democracia"[45]. Agregó también[46]:

> "Es un fallo más que pronuncia la Corte, un fallo político de inconstitucionalidad. Creo que trae muy graves y hondas repercusiones [...] Un estado de sitio que pretende prolongarse por más de 30 años es una confesión candorosa o demasiado franca de que se está acabando la vida institucional de la República y que por todo ese tiempo el Gobierno asume la totalidad de los poderes en Colombia. De aquí en adelante podemos estar seguros de que la Corte seguirá declarando constitucionales medidas transitorias de esta naturaleza permanente. Treinta años de vigencia en una norma transitoria —de dictadura constitucional— son una misma cosa. Sintetizando, con el visto bueno de la Corte Suprema, guardiana de la Constitución, y no gendarme del estado de sitio"[47].

[45] "Declaran Constitucional el Estatuto de Seguridad", en *El Tiempo,* 31 de octubre de 1978, pág. 7.

[46] Ibíd.

[47] *El Tiempo*, 31 de octubre de 1978.

Entre tanto, el magistrado Gómez Velásquez afirmó: "La Corte Suprema de Justicia al declarar la constitucionalidad del Estatuto de Seguridad sin tener en cuenta los puntos de vista de los cinco magistrados que salvaron su voto, ha reconocido infortunadamente el desprestigio de la administración de justicia en Colombia [...] se ha descalificado a los jueces de la República. El país tiene leyes y jueces capaces de administrarlas, pero esto es lo que se ha desconocido".

El ministro de Gobierno, Germán Zea, no tardó en celebrar el fallo: "ahora se sabe que hay un instrumento que nos permitirá, sin ninguna sombra, combatir la inseguridad y sin que mañana se nos pueda decir que estamos violando la ley". Agregó que el gobierno siempre estuvo seguro de la constitucionalidad de las medidas". Con respecto a las declaraciones del magistrado Velasco, discretamente dijo que el ejecutivo no calificaba el fallo como político, sino como jurídico.

Por su parte, el ministro de Justicia, Hugo Escobar Sierra, declaró que el gobierno había hecho un "estudio muy cuidadoso" del Estatuto, de tal manera que este se ajustase a la Constitución. A su juicio, el fallo era un "triunfo para la justicia y el Derecho". Y fue más allá: anunció que el gobierno prepararía un proyecto de ley para convertir las medidas del Estatuto en permanentes, pues recordó que aquel perdería su vigencia cuando se levantara el estado de sitio, de modo que sin esas herramientas jurídicas se carecería "de una legislación adecuada para enfrentar estas graves calamidades y violencia que tiene Colombia en todo el territorio nacional".[48]

La reacción enérgica en contra de las declaraciones del magistrado Velasco provino del propio presidente de la República, quien dijo que el fallo de la Corte era un triunfo para la democracia, pero que había un *motín de magistrados y jueces contra el gobierno* y, por eso, le ordenó al procurador general de la nación, Guillermo González Charry, quien por cierto acababa de ser magistrado de la Corte, que investigara todo lo necesario para "establecer las responsabilidades de funcionarios públicos que desbordando las barreras de la Constitución, y de la ley, entran al terreno polémico y son los abanderados del propio motín contra los actos del gobierno". Además, en un discurso pronunciado en una ceremonia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se refirió a la sentencia y al papel que había desempeñado la Corte:

> "Muchas gentes se hicieron ilusiones de que la Corte Suprema de Justicia declarara inexequible el Estatuto y dejara inerme al Estado en esa desigual lucha que se entrabaría entre los enemigos de la

[48] Ibíd.

> sociedad y quienes constitucionalmente tenemos la obligación de su defensa, pero afortunadamente la Corte Suprema ha declarado la inmensa mayoría de los artículos del Estatuto de Seguridad, exequibles [...] Sea esta la oportunidad de expresar como jefe de Estado mi inconformidad contra funcionarios del poder judicial que se han vuelto polemistas y opinan contra los actos del gobierno, con la misma libertad de los jefes políticos que no están limitados por ninguna barrera para combatir las decisiones del Estado [...][49].

El magistrado Velasco, a las pocas horas de conocer las palabras del presidente Turbay, dijo públicamente: "Una cosa es disentir del voto mayoritario de la Corte, que es el caso mío, y otra cohonestar el motín [...]". Agregó que la actitud de los cinco magistrados que salvaron su voto en la sentencia no significaba incurrir en actividad política ni mucho menos oponerse al gobierno, "[...] porque nosotros los magistrados formamos parte del gobierno"[50]. También señaló: "[...] decidir categóricamente una posición frente al Estatuto es muy distinto a hacerle oposición al gobierno. Nosotros, de acuerdo con el artículo 214 de la Constitución, somos «guardianes de la totalidad de la Constitución y de la ley»"[51].

Algunos sectores de opinión, de gran influencia, elogiaron el fallo. Por ejemplo, *El Tiempo* opinó que la decisión era "buena noticia, loable y lógica". Aseguró que con el fallo la Corporación había "comprendido —sin arbitrarias consideraciones de parágrafo más o parágrafo menos— el deber que le incumbe en la lucha contra los múltiples crímenes del hampa y la vasta red de su bien organizado cuerpo de mafiosos. Otro fallo —como aquel deplorable que le cerró el camino a la Constituyente— hubiera sido desastroso, en cuanto habría dejado al Estado sin instrumentos legales para hacerle frente eficaz a la cada día más audaz delincuencia"[52].

Recordemos que la sentencia de la Corte se dictó cuando el Estatuto de Seguridad cumplía varios meses de vigencia y ya se empezaban a conocer noticias sobre su impacto en la vulneración de los derechos humanos. La *Revista Alternativa*, una publicación ubicada a la izquierda

[49] *El Tiempo*, 1º de noviembre de 1978.

[50] Ibíd.

[51] El 8 de febrero de 1979, la Procuraduría dijo que no había encontrado méritos para imputarles cargos a los magistrados Velasco y Gómez, aunque calificó los pronunciamientos del magistrado Velasco como "poco mesurados". "Absueltos magistrados de la Corte Suprema", en *El Tiempo*, 9 de febrero de 1979, pág. 6A.

[52] Editorial, "La Corte y la seguridad", en *El Tiempo*, 1º de noviembre de 1978.

del espectro ideológico, casi en todas sus ediciones comprendidas entre la expedición del Estatuto y hasta 1981, dedicó un espacio a criticar las medidas del gobierno, a denunciar los excesos militares y hasta a servir de foro para tramitar las denuncias de detenidos y de personas torturadas. Por ejemplo, entre enero y febrero de 1979 aparecieron publicados los primeros relatos de las víctimas de las torturas atribuibles a los organismos de seguridad del Estado, como fue el caso de la tortura al sacerdote católico Norbey Betancur en el Tolima.

Las torturas, allanamientos y detenciones irregulares por la fuerza pública se multiplicaron en pocos días a lo largo y ancho del país, tanto en su zona urbana como rural. La *Revista Alternativa* publicó listas extensas con los nombres de los detenidos, así como con sus afiliaciones institucionales[53]. Hubo testimonios de ciudadanos aprehendidos en las ciudades, así como de líderes indígenas como el del dirigente del Consejo Regional Indígena del Cauca, Marco Aníbal Avirama. Detenciones como la del poeta Luis Vidales en abril de 1979, también fueron emblemáticas y quedaron registradas en *Alternativa*[54].

La misma revista también se refirió específicamente a la sentencia de la Corte que dio vía libre al Estatuto de Seguridad[55]:

> "Un país acostumbrado al papel celestinesco desempeñado por la Corte Suprema de Justicia a lo largo del Frente Nacional —el de darle luz verde a todos los decretos de estado de sitio de los sucesivos gobiernos—, no sorprendió con su decisión de declarar

[53] "En solo siete días veintiún personas han sido detenidas por las organismos secretos del ejército en el país [...] Los detenidos en su gran mayoría son estudiantes, campesinos y trabajadores, pero entre ellos se encuentran cuatro periodistas y numerosos profesores universitarios [...]", en *Revista Alternativa*, núm. 209, 1979. La escultora Feliza Burtzyn también fue víctima de allanamientos y persecución de organismos de seguridad del Estado. Salió al exilio a México y luego a Francia: "Recordando a Feliza Burtzyn, la mujer que transformó la chatarra en arte", en *El País*, 1º de agosto de 2015, en *http://www.elpais.com.co/elpais/cultura/noticias/recordando-feliza-burtzyn-mujer-transformo-chatarra-arte*. Recuperado el 20 de enero de 2017.

[54] El relato del poeta Vidales aparece en *Revista Alternativa*, núm. 211, 1979, págs. 12-1 4.

[55] De hecho, antes del fallo la revista publicó varias columnas de opinión mostrando los argumentos para la inconstitucionalidad del Estatuto. Por ejemplo, "Justicia y Estatuto: Estado de revés: cuando el poder ejecutivo usurpa funciones del legislativo, el estado de derecho ha dejado de existir", que escribió Julio Salgado Vásquez, magistrado de la Corte Suprema de Justicia que se había caracterizado por sus salvamentos de voto en contra de decretos de estado de sitio que afectaban las garantías y derechos. *Revista Alternativa*, núm. 187, 1978.

> constitucional el Estatuto de Seguridad [...] pese a las numerosas demandas en su contra (dieciocho en la Sala Constitucional de la Corte) y a la generalizada protesta que esta draconiana medida despertó entre jueces, colegios de juristas, facultades de Derecho y demás estamentos jurídicos. Es un país que ya se habituó a tener una Corte Suprema que, para emplear las palabras de uno de los magistrados disidentes [...] «parece más gendarme del estado de sitio que guardiana de la Constitución».
>
> "Y a pesar de que la Corte poco se atreve a discrepar del ejecutivo en el terreno de los decretos de orden público (en otros campos mantiene una relativa independencia…), en el caso del Estatuto de Seguridad no pudo menos que echar para abajo varias normas [...] estas se referían a los artículos más groseramente políticos"[56].

Alternativa destacó la valiente postura de los magistrados disidentes. Por ejemplo, le dedicó varias de sus páginas a una entrevista con el magistrado José María Velasco en su edición número 190 de 1978. Sobre el magistrado Velasco, dijo que era "[...] según el cristal con el que se lo mire, o bien el más tenaz defensor del estado de derecho, o bien el cabecilla de los jueces amotinados contra el gobierno. En momentos como los que actualmente vive Colombia, cuando el gobierno parece resuelto a destruir a taconazos el estado de derecho, no es de extrañar que el jurista y el amotinado sean la misma persona"[57].

En la entrevista, titulada: "Opinar es un deber legal", Velasco transcribió apartes del salvamento de voto que suscribió con el magistrado Gustavo Gómez, con las razones por las que había discrepado del fallo. Además, se refirió a la militarización de la justicia e insistió en que el camino para disminuir la delincuencia no era fortalecer las competencias judiciales del ejecutivo por vía de los consejos verbales de guerra de la justicia militar, sino a través de una política criminal que debía resultar de juiciosos estudios de disciplinas como la sociología criminal, la antropología, la criminología y la biología[58].

De igual modo, Velasco criticó la idea de crear una Corte Constitucional en lugar de la Corte Suprema de Justicia, pues el nuevo órgano sería integrado solo por constitucionalistas de modo que se perdería la diversidad de especialidades de la Corte Suprema; al igual que se perdería la función valiosa de la Sala Constitucional, que cumplía bien su

[56] *Revista Alternativa*, núm. 187, 1978.

[57] Ibíd., núm. 190, 1978, págs. 12-15.

[58] Ibíd., pág. 13.

papel de proyectar los fallos para la Sala Plena de la Corte. Por último, sobre la eficacia del Estatuto de Seguridad, recordó que 30 años de vigencia del estado de sitio habían demostrado la ineficacia de medidas como las dictadas por el gobierno en el Estatuto de Seguridad[59].

3. La creciente ola de denuncias de violaciones de derechos humanos: movilizaciones en contra del Estatuto y rechazo internacional

Sin duda el Estatuto de Seguridad llegó a su punto más alto de aplicación luego de que el grupo guerrillero M-19 en un sorpresivo operativo a las importantes instalaciones militares del Cantón Norte en Bogotá, en la madrugada del año nuevo, lograra ingresar por un túnel y sustraer miles de armas que allí se encontraban. El Ejército, haciendo uso de la inteligencia militar y de diversas acciones encubiertas, llevó a cabo centenares de allanamientos, detenciones arbitrarias y excesos de fuerza[60], y así logró desmantelar al comando que hurtó las armas y recuperarlas en menos de un mes.[61] La represión que desencadenaron los hechos del Cantón Norte se llevó a cabo gracias al Decreto 1923 de 1978. Los detenidos por el operativo "Ballena Azul" denunciaron vejámenes, torturas y vulneraciones a sus derechos y garantías.

Por ejemplo, la Asociación de Abogados Democráticos, que agrupaba a los juristas apoderados de los miembros del M-19 detenidos bajo el Estatuto de Seguridad, fue una de las primeras en expresar públicamente que sus representados estaban siendo víctimas de torturas y vejaciones, en lo que catalogaron como una violación derechos humanos. Así, lograron una audiencia con el presidente Turbay y el Ministro Zea Hernández en la Casa de Nariño el 6 de febrero de 1979. Dentro de los visitantes se encontraban el senador Humberto Criales, los abogados Enrique Cipagauta, Humberto Oviedo, Jorge Arenas, Miguel Cano, Carlos Moreno, Jorge Sánchez, y el jurista y mayor retirado del Ejército, Aurelio Caicedo. Por cerca de una hora y media hicieron las denuncias sobre los excesos de la fuerza pública, que incluían: violencia física y

[59] Ibíd., núm. 190, 1978, pág. 14.

[60] Por ejemplo, el Ejército detuvo a la socióloga y profesora de la Universidad Nacional, María Antonia Velasco, bajo sospecha de tener vínculos con el grupo guerrillero M-19. Ella era sobrina del magistrado José María Velasco Guerrero. *El Tiempo*, 9 de febrero de 1979.

[61] "Torturas: que las hay las hay", en *Revista Alternativa*, núm. 198, 1979.

psicológica contra los detenidos, torturas, detenciones que superaban los cinco meses sin que se formularan cargos, capturas ilegales. De igual modo, manifestaron que sufrían amenazas, hostigamientos por parte de los militares, así como bloqueos para ejercer la defensa de sus apoderados detenidos en guarniciones militares[62]. El grupo de juristas no solo pidió la derogación del Estatuto de Seguridad sino cambios en funcionarios, incluyendo la salida del ministro de Justicia Hugo Escobar Sierra.

Turbay aprovechó la visita para pronunciar un discurso de más de media hora en donde afirmó que su gobierno era profundamente respetuoso de la democracia, los derechos humanos y la Constitución, y que su misión era actuar contra los delincuentes de alta peligrosidad, quienes a través de las vías de hecho querían hacerse al control del Estado. Con respecto a la defensa de los derechos humanos, expresó que esta no era una opción sino una obligación de los gobiernos democráticos, y que él era un hombre sensible a esta responsabilidad, tal como lo venía "ofreciendo en el plano de lo nacional y lo internacional, que Colombia no solo defiende teóricamente sino que practica los derechos humanos y se constituye en abanderado de ellos". Agregó que su gobierno no solo podía preocuparse por las presuntas torturas y violaciones de los derechos humanos que los juristas denunciaban y que se investigarían con profundidad, sino por las muertes de ciudadanos destacados, como el ex ministro Pardo Buelvas o las torturas a empresarios secuestrados. Les dijo también que él condenaría cualquier tortura que se comprobara que habían cometido los agentes del Estado a los ciudadanos, pero que "se sentiría muy satisfecho" si los juristas lo acompañaban a protestar por los crímenes y violaciones de derechos humanos, así como por los actos contrarios a la Constitución y a la ley por parte de muchas personas, "entre ellas no pocas por ustedes apoderadas"[63].

Turbay, además, hizo una férrea defensa del Estatuto. Dijo que las medidas que se habían tomado eran respetuosas con la oposición y el disenso pero que buscaban perseguir los actos subversivos, que eran intolerables en una democracia. Señaló que su gobierno quería ver sindicatos fuertes y organizaciones civiles poderosas a través de las cuales se podrían canalizar los intereses de diversos sectores dentro de los canales democráticos.

[62] *Revista Alternativa*, núm. 197, 1979.

[63] *El Tiempo*, "Se investigarán a fondo denuncias sobre torturas", 8 de febrero de 1979, pág. 6ª.

Con respecto a las acciones de los movimientos subversivos y el robo de las armas del Cantón Norte, el presidente expresó que su gobierno era tan celoso de los derechos humanos, que había preferido una herramienta jurídica más restrictiva del poder del Estado para perseguir a los responsables de los ilícitos. A su juicio, se había preferido aplicar el artículo 28 de la Constitución, que en tiempos de paz permitía detener sin orden judicial a cualquier persona sospechosa de un acto delictivo, hasta por diez días, en lugar de otras medidas más restrictivas de la libertad que podrían haberse empleado en el marco del estado de sitio. Dijo Turbay[64]:

"De tal manera que nos hemos situado en un terreno en el que hemos demostrado que no queremos hacer uso abusivo de ninguno de los medios que el constituyente o el legislador instituyó para garantizar la seguridad del estado y defenderlo de todas las amenazas que los tiempos modernos lo circundan. No solo en el caso colombiano, sino en la mayoría de las democracias".

En medio de una gran carga retórica, el presidente Turbay cerró la reunión prometiendo que se investigarían las denuncias sobre posibles violaciones a los derechos humanos; pero también recordando que su gobierno adelantaba una gran cruzada contra la subversión y que por tanto esperaba solidaridad de todos los ciudadanos; pues era inadmisible que se atentara contra las instituciones, la ley y las personas en nombre de la "justicia popular". Al tiempo que negó cualquier posibilidad de cambios de funcionarios del gobierno por decisión distinta al del fuero presidencial, invitó a los visitantes a regresar a Palacio cuantas veces quisieran, porque esa "era la casa de los colombianos".

Con el paso de los meses de vigencia del Estatuto de Seguridad, la negación de las violaciones de los derechos humanos por parte del gobierno y de los militares fueron sistemáticas, e incluso se conocieron maniobras deliberadas para ocultar la situación real que padecían cientos de ciudadanos en cárceles y establecimientos militares del país. Por ejemplo, el médico Odilio Méndez, director del Instituto de Medicina Legal, habló sobre la evidencia de "violencia externa" en el caso de medio centenar de estudiantes de la Universidad Nacional de Colombia detenidos por la fuerza pública en octubre de 1978, de los cuales varios denunciaron torturas. Luego de que diera tales declaraciones, Méndez fue destituido fulminantemente por el ministro de Justicia. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, que a solicitud del

[64] Ibíd.

rector de la Universidad Nacional y del propio presidente Turbay, inició las investigaciones correspondientes, informó el 23 de marzo de 1979 que no había encontrado mérito[65] para proseguir las investigaciones; igual ocurrió con las investigaciones adelantadas por la justicia penal militar[66].

Dada la dimensión de las denuncias y la evidencia de los hechos, hubo sectores del Congreso de la República que promovieron un debate político sobre los excesos de la fuerza pública[67]. Por ejemplo, el parlamentario Luis Villar Borda consignó en un informe ante la Cámara de Representantes de 29 de noviembre de 1979, que sí hubo torturas y solicitó al gobierno intervenir para investigar a los responsables y hacer cesar esas prácticas[68].

Más adelante, el ministro de Gobierno, Germán Zea Hernández, que también negaba cualquier abuso de la fuerza pública, fue sorprendido por imágenes directas de una víctima de las torturas. En efecto, una comisión de la Unión Nacional de Oposición (UNO), encabezada por el senador Humberto Criales de la Rosa y otros líderes de la izquierda, como Manuel Cepeda, se reunieron con el ministro para entregarle un documento que contenía informes sobre las torturas. A ellos los acompañaba un joven que parecía un abogado, y a quien los mencionados le pidieron que se desnudara y les mostrara las señales claras de haber sido víctima de torturas. Según los asistentes, se trataba de un joven que había sido detenido en las dependencias del BIM (Brigada de Inteligencia Militar), sometido a 12 días de "interrogatorios con electricidad en los testículos, plantones, apaleadas y vendas". Zea, muy sorprendido, prometió hablar con el presidente Turbay sobre la situación[69].

[65] Ibíd., núm. 206, 1979.

[66] "Procuraduría y Torturas: ¡Absolverse, Mar…!: el torturante documento de la Procuraduría en el que todo lo que dicen los estudiantes investigados es sospechoso de mentira y todo lo que dicen los militares investigados es verdad desinteresada". Así dijo Daniel Samper Pizano en su columna que criticó duramente la decisión de archivar las investigaciones. Según Samper: "[...] el fallo adolece de tan graves fallas que ni siquiera el hecho lo hubiera apadrinado el procurador general de la Nación —procurador de tres soles—, como muy bien lo dice el maestro Osuna— y que la prensa oficial hubiera compuesto editoriales elegiacos en torno suyo alcanzan a disimular las grietas que lo resquebrajan [...]", en *Revista Alternativa*, núm. 208, 1979, pág. 17.

[67] Según Marco Palacios, el Ministerio de Defensa informó que habían sido capturadas 60.000 personas en un año de vigencia del Estatuto de Seguridad. *Entre la legitimidad y la violencia, op. cit.*, pág. 269.

[68] *Revista Alternativa*, núm. 191, 1978.

[69] Ibíd., núm. 207, 1979, pág. 18.

Más adelante, durante su recorrido por Europa, a finales de agosto e inicios de septiembre de 1979, Turbay fue continuamente interrogado por la prensa acerca de la violación de derechos humanos y de las detenciones de personas vinculadas a la izquierda colombiana. En especial, luego de que fueran capturados y puestos presos dos sacerdotes jesuitas en Bogotá, bajo la sospecha de pertenecer a un grupo subversivo[70]. Una de las respuestas más recordadas fue cuando un periodista le preguntó al presidente por la suerte de los presos políticos en Colombia y él le contestó: "El único preso político en Colombia soy yo"[71]. En la misma semana que el presidente lanzaba esa afirmación, el ministro de Justicia, Hugo Escobar Sierra, manifestaba que habían sido dejadas en libertad 981 personas que habrían estado detenidas por varios meses bajo cargos de delitos contra el orden público y que fueron absueltas, mientras que otras 177 seguían presas bajo el Estatuto de Seguridad[72].

Por otra parte, el Estatuto también produjo una importante movilización social en contra de las arbitrariedades de la fuerza pública y en favor de los derechos humanos. Por ejemplo, el escritor Gabriel García Márquez, junto a otros intelectuales de América Latina, también lanzó la *Fundación Habeas por los derechos humanos*, que buscaba promover la solidaridad mundial con los presos políticos, desaparecidos y exiliados de la región, y que contó con el apoyo de jefes de Estado, cardenales, académicos y artistas[73]. Esta iniciativa que se gestaría desde Ciudad de México, tenía una carga simbólica importante si se tiene en

[70] J. Gustavo Pardo Torres, quien era abogado de varios detenidos por el caso de la sustracción de armas del Cantón Norte por parte del M-19, hizo un juicioso análisis de las razones de la inconstitucionalidad de la aplicación del Decr. 1923 de 1978 a varios detenidos. Por ejemplo, citó el caso de las órdenes de allanamiento y aprehensión realizadas por la Brigada de Institutos Militares y el juzgado de instrucción penal militar el 25 de enero de 1979, en donde también se ordenaban las capturas "a quienes estén comprometidos en el ilícito". Según Pardo, el Ejército ordenaba capturas sin ninguna prueba o indicio, haciendo uso de una potestad extraordinaria que solo tenía el presidente y sus ministros en virtud del art. 28 de la Constitución Política, de modo que en este caso aparecía esa facultad como peligrosamente "delegada" en la fuerza pública. El abogado también hizo un detallado análisis de otras violaciones al debido proceso en materia de pruebas y de restricción de la libertad. *Revista Alternativa*, núm. 211, abril de 1979, pág. 32.

[71] "Se enreda el ovillo", editorial de Guillermo Cano en *El Espectador*, 9 de septiembre de 1979, en Guillermo Cano, *Apuntes para siempre*, Bogotá, Aguilar, 2016. Cano dedicó varios editoriales a cuestionar la represión en tiempos del Estatuto de Seguridad, en el apartado "derechos humanos" del libro citado, aparecen varios de ellos.

[72] Ibíd.

[73] *Revista Alternativa*, núm. 194, 1978-1979, pág. 6.

cuenta que García Márquez tuvo que exiliarse en ese país ante los crecientes rumores de que sería detenido por los organismos de seguridad colombianos dada su militancia en la izquierda, su simpatía con el M-19, y su amistad con el presidente cubano Fidel Castro.

De igual modo, con la unión de diversos sectores con distintas posturas ideológicas, se convocó al Primero Foro por los Derechos Humanos, que se realizó del 30 de marzo al 1º de abril de 1979 y logró reunir a personalidades y a dirigentes liberales, conservadores, de izquierda, académicos, artistas, intelectuales, organizaciones de estudiantes y sindicales; así como importantes jerarcas de la Iglesia católica[74]. El propósito del foro era iniciar las discusiones a raíz de los excesos que se denunciaban en la aplicación del Estatuto de Seguridad. Precisamente, una de las razones que justificaron la convocatoria se refería al debate jurídico que se había iniciado tras la decisión de la Corte de avalar gran parte de las medidas del Estatuto:

> "La vehemencia con que discreparon algunos de los cinco magistrados que salvaron su voto —cuatro de ellos significativamente conservadores— se explica solo por sus graves implicaciones para el futuro de la democracia en Colombia. [...] José María Velasco Guerrero declaró para esta revista que «el estado de sitio que se está prolongando por más de 30 años, es una manifestación demasiado franca de que se está acabando la vida institucional en la República» [...] La inconformidad de los magistrados disidentes recoge apenas una parte del creciente malestar que ha despertado el Estatuto de Seguridad en los más variados sectores sociales y políticos. En los últimos días —y a medida que se han visto sus efectos prácticos—, ha crecido en forma vertiginosa el plebiscito de opinión partidario de derogar el Estatuto. [...] el rechazo al Estatuto ha abarcado a significativas corrientes de los partidos tradicionales y a los más diversos cuerpos jurídicos. La Asociación Colombiana de Juristas, el Colegio de Abogados Javerianos,

[74] Jorge González analiza el surgimiento de los discursos sobre los derechos humanos en Colombia hacia 1978 y de los modos como esos lenguajes fueron apropiados tanto por la izquierda como por la derecha política. De igual manera, aborda las conexiones de todos ellos en un contexto global e internacional; por ejemplo, de la nueva política de los derechos humanos del gobierno de Jimmy Carter en Estados Unidos, así como de las visitas e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de Amnistía Internacional a varios países de América Latina, en donde denunciaron graves violaciones a los derechos humanos. Jorge González Jácome, *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur, op. cit.*, cap. 3.

> decanos y profesores de las facultades de Derecho del Externado de Colombia, la Libre, la Asociación de Universidades del país [...] para mencionar apenas de algunos de esos pronunciamientos recientes, han protestado contra el Estatuto de Seguridad"[75].

Al foro, realizado en el Capitolio Nacional, asistieron más de mil personas, entre familiares de detenidos y desaparecidos, víctimas de los militares, intelectuales, académicos, sindicalistas, estudiantes y profesores En el evento se expusieron denuncias documentadas sobre casos concretos de allanamientos, detenciones ilegales y torturas atribuidas a la fuerza pública.

En el foro también surgió el *Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos en Colombia*, conformado por prestigiosas personalidades de la vida política y académica del país, que representaban distintos orígenes políticos y diversas ideologías, como Alfredo Vásquez Carrizosa, monseñor Darío Castrillón, Luis Carlos Galán Sarmiento, Gabriel García Márquez, Rodrigo Lara Bonilla, J. Emilio Valderrama, y el magistrado de la Corte Suprema, Alfonso Reyes Echandía. El Comité también promovió el debate público sobre los excesos de la aplicación del Estatuto, y sirvió de enlace para impulsar las denuncias sobre violaciones de derechos humanos ante organismos internacionales.

En cuanto al plano internacional, Turbay también tendría que enfrentar varios pronunciamientos de organizaciones defensoras de derechos humanos y de organismos internacionales. Es el caso del "Informe sobre la situación de los derechos humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 30 de junio de 1981, que analizó en detalle múltiples casos de vulneraciones a los derechos humanos bajo el Estatuto de Seguridad, tales como detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones forzadas. La Comisión pidió al Estado colombiano investigar y esclarecer esos casos, sancionar a los responsables; además, se solicitó levantar el estado de sitio a la mayor brevedad[76].

[75] *Revista Alternativa*, núm. 202, 1979, pág. 13.

[76] Por ejemplo, en el caso de los "Apremios ilegales y torturas se denunciaron estas prácticas de la fuerza pública en contra de los civiles": las denuncias aludidas señalan, entre otras formas o métodos de tortura, los siguientes: "Plantones al sol en el día y al sereno en la noche"; "ahogamientos y sumergimiento en agua"; "aplicación del «submarino»"; "venda en los ojos hasta por doce, diecisiete y veinte días"; "vendado y amarrado por cuarenta y siete días en Cimitarra"; "sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas"; "impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo"; "amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos"; "colgaduras atados

De igual modo, el 24 de marzo de 1982, el Comité de Derechos Humanos a la comunicación de la ONU expresó sus observaciones a raíz de la condena a la periodista Consuelo Montejo, quien fue hallada responsable de haber vendido un arma y fue sentenciada a un año de prisión en única instancia por un tribunal militar, bajo el Estatuto de Seguridad. Para el Comité, el Estado colombiano suspendió la garantía de la doble instancia consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos alegando el estado de sitio, sin que ese instrumento internacional se lo facultara. El caso tuvo gran exposición pública, pues la periodista era directora del diario *El Bogotano* y había sido muy crítica de los excesos militares bajo el Estatuto. Ese mismo Comité en sus observaciones del 27 de julio de 1982, declaró que se había violado el debido proceso al reconocido sociólogo Orlando Fals Borda y a su esposa María Cristina Salazar, quienes fueron detenidos por la justicia penal militar sin existir cargos que los incriminaran. También, *Amnistía Internacional* denunció las violaciones a los derechos humanos bajo el Estatuto de Seguridad en su "Informe de 1980". En todos estos casos, el gobierno de Turbay defendió la aplicación del Estatuto, en parte, amparado en que la Corte Suprema de Justicia había declarado su exequibilidad.

4. Consideraciones finales

Este capítulo ha buscado hacer memoria de uno de los fallos más controversiales de la Corte Suprema de Justicia, el que dio aval a uno

---

de las manos"; "prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos"; "simulacro de dispararles en la cabeza"; "esposados de las manos"; "tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos"; "incomunicación"; "aplicación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo"; "ejercicios hasta el agotamiento"; "permanencia desnudos y de pie"; "provocación de asfixia"; "lavadas"; "caminar de rodillas"; "torturas sicológicas"; "sumergimiento amarrados en un lago"; "quemaduras con cigarrillos"; "sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlo como «chaleco anti-balas», esposado y vendado"; "simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol"; "introducción de armas en la boca"; "rotura de nervios como consecuencia de colgamientos"; "desnudo y sumergido en un río"; "negativa de asistencia médica para embarazo"; "fractura de costillas"; "amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas"; "herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión"; "amenaza de traer a sus familiares para torturarlos en su presencia"; "contemplación de las torturas a otras personas"; "hacerlos creer que otros sindicados por los mismos hechos lo habían señalado como participante"; "pinchazos en varias partes del cuerpo con alfileres"; "interrogatorios continuos y escritos obligados en que decía que había participado en el asalto". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Informe sobre la situación de los derechos humanos" de 30 de junio de 1981.

de los paquetes de medidas más severos dictados por el ejecutivo al amparo del estado de sitio bajo la Constitución de 1886.

En su sentencia de 30 de octubre de 1978, la Corte Suprema de Justicia dio vía libre al Estatuto de Seguridad dictado por el gobierno de Turbay en septiembre del mismo año. El fallo, aunque en general mantuvo la línea jurisprudencial de la Corporación de permitir medidas que restringían severamente las libertades, los derechos y las garantías de las personas en favor de la seguridad del Estado y del orden público, sin duda pasaría a la historia como la muestra más evidente del débil control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia a los estados de excepción.

Las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas bajo el Estatuto de Seguridad, documentadas y probadas por organismos internacionales, nacientes organizaciones de defensa de los derechos humanos, y años después por la justicia colombiana, convirtieron a ese paquete de medidas en el mejor ejemplo de los abusos de la fuerza pública adoctrinada por la "seguridad nacional" contra el "enemigo público".

Por eso, por los efectos del Decreto 1923 de 1978 y el limitado control que sobre él ejerció la Corte, la sentencia de 30 de octubre de 1978 podría caracterizarse como uno de los "peores casos" en la historia de la justicia constitucional colombiana.

En cuanto a los efectos del Estatuto de Seguridad de Turbay, estos aún no han sido estudiados de modo suficiente. Tal vez la expedición de la Constitución Política de 1991 supuso un "borrón y cuenta nueva" en materia de la vulneración de los derechos humanos de los años setenta y ochenta colombianos.

Por todo lo anterior, queda pendiente en la agenda de la historia del derecho colombiano un estudio riguroso que nos aproxime a los casos concretos y a las dinámicas de instituciones, como los consejos verbales de guerra aplicados a los civiles; al igual que una historia de la justicia penal militar bajo los estados de sitio.

5. Bibliografía

A) *Libros y artículos de revistas*

Archila Neira, Mauricio: *Idas y venidas, vueltas y revueltas, protestas sociales en Colombia 1958-1990*, Bogotá, icanh, 2003.

— "El Paro Cívico Nacional del 14 de septiembre de 1977: un ejercicio de memoria colectiva", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 18, núm. 35, segundo semestre de 2016.

Ariza, Libardo José: "Fuerzas armadas, justicia penal y discurso judicial: entre el garantismo y el eficientismo", en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, Manuel J. Cepeda (coord.), Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1999, págs. 11-12.

Barreto Rozo, Antonio: *La generación del estado de sitio*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

Cajas Sarria, Mario Alberto: *La historia de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1991*, t. i, De la Regeneración al régimen militar, 1886-1958, Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015.

— *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. ii, Del Frente Nacional a la Constituyente de 1991, Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015.

Duarte, Héctor Alfonso: "La jurisdicción penal militar y el juzgamiento de particulares", en *Revista de las Fuerzas Armadas*, núm. 83, Bogotá, mayo-agosto de 1976.

Gallón Giraldo, Gustavo: *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958- 1978*, Bogotá, Edic. Guadalupe, 1979.

García Villegas, Mauricio: "Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2000.

González Jácome, Jorge: *Estados de excepción y democracia liberal: América del Sur, Argentina, Chile y Colombia, 1930-1990*, Bogotá, Edit. Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

Graber, Mark: "Hollow hopes and exaggerated fears: The anticanon in context", en *Harvard Law Review*, 125:3, 2011.

Greene, Jamal: "The anticanon", en *Harvard Law Review*, 125-2, December 2011, págs. 380-475.

Iturralde, Manuel: "Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia", en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 15, Universidad de los Andes, junio de 2003, págs. 29-46.

Jiménez, Catalina: "Aplicación e instrumentalización de la doctrina de seguridad nacional en Colombia (1978-1982): efectos en materia de derechos humanos", en *Revista Colección*, núm. 20, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2009.

Leal Buitrago, Francisco: *La seguridad nacional a la deriva: del Frente Nacional a la posguerra fría*, flacso-sede Ecuador, Edic. Alfaomega, ceso, Universidad de los Andes, 2002.

— *El oficio de la guerra, la seguridad nacional en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo, 1994.

León Tiusaba, Sandra Milena: "Análisis comparativo del manejo de la información por parte de los periódicos, *El Tiempo* y *Voz Proletaria*, en relación con el Paro Cívico Nacional de 1977", tesis para optar al título de Magíster en Historia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, septiembre de 2011.

Levinson, Stanford: "Is Dred Scott really the worst opinion of all time? Why Prigg is worse than Dredd Scott (but is likely to stay out of the anticanon)", en *Harvard Law Review,* 125-3, 2011.

Mabjub Avendaño, Salomón: "El impacto del Estatuto de Seguridad en el movimiento sindical en Colombia, 1978-1982", trabajo de grado para optar al título de Historiador, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015, en *https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/18632/MajbubAvendanoSalomon2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y*. Descargado el 6 de enero de 2017.

Molano Camargo, Frank: "El Paro Cívico Nacional del 14 de septiembre de 1977 en Bogotá: las clases subalternas contra el modelo hegemónico de ciudad", en *Ciudad Paz-Ando*, vol. 3, núm. 2, Bogotá, segundo semestre de 2010, págs. 111-142.

Murillo Góngora, José J. (Mayor): "Teoría guerrillera de Tupamaros y Montoneros", en *Revista de las Fuerzas Armadas*, núm. 91, enero-febrero y marzo-abril de 1979, págs. 9-20.

Navarro Wolf, Antonio e Iragorri, Juan Carlos: *Mi guerra es la paz*, entrevista a Antonio Navarro Wolf, de Juan Carlos Iragorri, Planeta, 2004.

Palacios, Marco: *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia, 1875-1994*, 2ª ed. Colección Vitral, Bogotá, Norma, 2003.

Parada Sanabria, Pompeyo José: "El proceso político colombiano durante el Gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982)", en *Eleuthera*, vol. 7, julio- diciembre de 2012, págs. 135-166.

Pécaut, Daniel: *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*, Colección Vitral, Bogotá, Norma, 2006.

Perdomo, Martha Patricia: "La militarización de la justicia: una respuesta estatal a la protesta social (1949-1974)", en *Análisis Político*, núm. 76, 2012.

Ramírez Bacca, Renzo: "Seguridad e ideología en Colombia, 1978-1982: análisis crítico del discurso de Julio César Turbay Ayala", en *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, vol. 20, núm. 2, 2015.

Ruiz Ávila, Dalia: *Plenilunio del M-19: Álvaro Fayad ante el Tribunal del Consejo de Guerra*, México, Edic. Navarra, 2008.

Velásquez Rivera, Édgar de Jesús: "Historia de la doctrina de la seguridad nacional", en *Convergencia*, núm. 27, enero-abril de 2002, págs. 11-39.

— *Historia comparada de la doctrina de la seguridad nacional, Chile-Colombia*, Edic. Antropos, 2009.

B) *Periódicos y revistas*

Revista Alternativa, núms. 187, 190 y 191 de 1978; y 197 y 198 de 1979.

"E. U. elogia a Colombia por derechos humanos", en *El Tiempo*, 8 de agosto de 1978, primera página.

"Rígido Estatuto de Seguridad", en *El Tiempo*, 7 de septiembre de 1978, primera página.

"Declaración de Mindefensa", en *El Tiempo*, 7 de septiembre de 1978, pág. 10A.

El Tiempo, 7 de septiembre, 31 de octubre y 1º de noviembre de 1978; 7 y 9 de febrero de 1979.

El Tiempo, Editorial, "La Corte y la seguridad", 1º de noviembre de 1978.

El País, "El movimiento guerrillero M-19 es la pesadilla del gobierno de Turbay Ayala", Madrid, 9 de abril de 1981.

El Espectador, "Rafael Pardo Buelvas: 30 años de su asesinato", en *http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso-rafael-pardo-buelvas-30-anos-de-su-asesinato*. 12 de septiembre de 2008. Consultado el 15 de diciembre de 2016.

El País, "Recordando a Feliza Burtzyn, la mujer que transformó la chatarra en arte", en *http://www.elpais.com.co/elpais/cultura/noticias/recordando-feliza-burtzyn-mujer-transformo-chatarra-arte*, Cali, 1º de agosto de 2015. Recuperado el 20 de enero de 2017.

C) *Jurisprudencia y decretos*

C. S. de J., Sala Plena, sent. 24 julio 1961, M. P. José Hernández Arbeláez, "G. J.", t. XCVI, núms. 2242 a 2244, págs. 13-24.

— Sala Plena, sent. 30 de octubre de 1978, M. P. Luis Carlos Sáchica, "G. J.", t. CLVII, núm. 2397, págs. 231-240.

Ministerio de Justicia, Decreto legislativo 1923 de 1978, en *https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_1923_1978.htm*. Descargado el 2 de enero de 2017.

D) *Informes*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Informe sobre la situación de los derechos humanos del 30 de junio de 1981".

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos a la comunicación de la ONU, "Observaciones del 24 de marzo de 1982".

Capítulo XI

La Corte Suprema de Justicia y el estado de sitio: línea jurisprudencial sobre las doctrinas de las facultades implícitas y de las atribuciones constitucionales del gobierno*

Antonio Barreto Rozo**

Resumen. Este texto intenta rastrear dos cuerpos doctrinarios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que tomaron forma bajo el abrigo institucional del estado de sitio a lo largo del siglo xx: la doctrina de las facultades implícitas y la doctrina de las atribuciones constitucionales en cabeza del gobierno. Ambas doctrinas servirían como otro más de los puntos de apoyo que harían del poder presidencial la autoridad abiertamente predominante frente a los jueces y al legislador en materia de preservación del orden público colombiano.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia de Colombia, estado de sitio, orden público, poder presidencial, facultades implícitas, atribuciones constitucionales del gobierno.

1. Introducción[1]

Uno de los rasgos característicos en la forma como Colombia fue gobernada en partes considerables del siglo xx, consistió en el uso persistente que le fue dado a la figura del estado de sitio. Ello fue así,

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.98

** Profesor Asociado, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Este texto, con algunas variaciones, forma parte de otro que escribí con un objetivo completamente diferente al mantenido en el presente ensayo. Véase Antonio Barreto Rozo, *La generación del estado de sitio*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

[1] Agradezco de forma especial a Daniel Ospina Celis, cuya comprometida y muy juiciosa labor permitió la construcción y ubicación definitiva de las fuentes oficiales de pie de página.

en parte, porque en su momento el estado de sitio fue visto como el mecanismo más adecuado para afrontar distintos problemas de orden público. Así, la Corte Suprema de Justicia sostenía en 1970 que el "instrumento jurídico más eficaz que la misma Carta entrega al presidente para el cumplimiento del mandato anterior [a saber, conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado] es el artículo 121"[2] de la Constitución de 1886, el cual radicaba en cabeza del presidente la potestad de declarar al país o a alguna de sus divisiones, por tiempo indefinido, en estado de sitio.

En efecto, el mantenimiento y la recuperación del orden público fue una de las grandes preocupaciones que cruzó de forma casi integral la arquitectura de la Constitución de 1886, forjada en varios de sus pilares básicos por el movimiento político de la Regeneración[3]. Con tal fin, como pieza central del andamiaje regeneracionista del orden público fue establecida la polémica institución del estado de sitio —y las normas de excepción producto del mismo— en el mencionado artículo 121 que le permitía al presidente en casos de guerra exterior o de conmoción interior "declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella"[4]. Y aun cuando Colombia no vivió bajo los rigores de la violencia y el conflicto de forma ininterrumpida y con el mismo grado de intensidad a lo largo de todo el siglo xx[5], lo cierto es que la institución del estado de sitio fue empleada reiteradamente para hacer frente a realidades heterogéneas percibidas como brotes de desorden o violencia en distintos tiempos y espacios del territorio.

El presente escrito busca rastrear dos cuerpos doctrinarios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que tomaron forma bajo el abrigo institucional del estado de sitio: la doctrina de las facultades

[2] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 agosto 1970, L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. cxxxvii, núm. 2338-bis, pág. 314.

[3] Sobre la ideología y compromisos básicos que caracterizaron al proyecto regeneracionista, véase Antonio Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la Regeneración*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

[4] Const. Pol. de 1886, art. 121, en Carlos Restrepo Piedrahíta (comp.), *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 369.

[5] En 1928, por ejemplo, el magistrado de la Corte Suprema, Parmenio Cárdenas, señala —ciertamente con algún grado de exageración— que en el país "la paz es un hecho cumplido y permanente" (salvamento de voto de Parmenio Cárdenas, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1832, pág. 218).

implícitas (analizada en la primera parte) y la doctrina de las atribuciones constitucionales en cabeza del gobierno (estudiada en la segunda parte). Ambas doctrinas servirían como otro más de los puntos de apoyo que harían del poder presidencial la autoridad abiertamente predominante frente a los jueces y al legislador en materia de preservación del orden público colombiano.

2. El predominio tácito del poder ejecutivo en los asuntos de orden público: la doctrina de las facultades implícitas

En los estrados de la justicia constitucional conducida por la Corte Suprema de Justicia, la doctrina de las facultades implícitas apareció primero como posición minoritaria. En su salvamento de voto a la sentencia de 9 de agosto de 1924, el magistrado Juan N. Méndez puso esta doctrina sobre la mesa al señalar que ninguna autoridad diferente al presidente de la República —en particular, el contralor—, podía dirigir y supervigilar la administración del Tesoro Público, ya que, basado en la doctrina de "las facultades implícitas y medios discrecionales"[6], dicha facultad debía pertenecer a quien tiene la atribución principal, a saber, la cabeza del poder ejecutivo. Para probar la existencia de este principio, el magistrado Méndez cita "la jurisprudencia uniforme, estable y secular de la Corte Suprema de los Estados Unidos [...] [destacando que] no hay atribución alguna otorgada por la Constitución a cada uno de los poderes públicos, *que no lleve consigo otras facultades no expresadas en la atribución misma*, pero que son necesarias para el ejercicio de ella"[7]. Si bien la afirmación citada se refiere a las facultades implícitas correspondientes a los tres poderes públicos, el magistrado Méndez la emplea para reiterar las "atribuciones supremas que el artículo 118 de la Constitución tiene conferidas al presidente de la República, relativas a la dirección y administración, tanto activa como pasiva del Tesoro Público"[8]. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en su decisión de 13 de noviembre de 1928, señala que en "repetidas sentencias"[9] ya

[6] Salvamento de voto de Juan N. Méndez, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 9 agosto 1924, M. P. R. Rodríguez Diago, "G. J.", t. xxxi, núm. 1595, pág. 39.

[7] Ibíd. (cursivas en el original). El magistrado Méndez indica que el fragmento citado es extraído del texto *Constitutional Lawfrom Ruling Case Law*.

[8] Ibíd.

[9] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1832, pág. 199.

había adoptado la citada doctrina, tanto en favor del poder legislativo quien al hacer leyes "lleva en sí todas las facultades implícitas necesarias para legislar sobre todos los asuntos que requieran las necesidades y conveniencias de la nación"[10], como en favor del poder ejecutivo quien "contiene la facultad incidental para definir las contravenciones que infrinjan los reglamentos e imponerles castigos correccionales"[11].

Justamente, fue en este fallo de 1928 en el que la doctrina de las facultades implícitas dejó de ser una postura minoritaria para ocupar un lugar mayoritario y protagónico en la jurisprudencia constitucional de orden público de la Corte Suprema. Vale la pena aclarar, con todo, que las consideraciones de esta decisión se mueven en un péndulo ambiguo en el que, por un lado, se promueve el equilibrio general de los poderes públicos, pero del otro, se recalca el ascendente predominio del presidente frente a las otras ramas del poder cuando del mantenimiento del orden público se trata. Así, respecto al primer impulso del péndulo, la Corte da su aval a la teoría de las "facultades incidentales o implícitas de los poderes nacionales [...] [que consiste en] la aplicación del principio de derecho natural de que quien debe realizar un fin lícito tiene derecho a emplear cuantos medios legítimos sean necesarios"[12]. En materia de funciones y competencias, ello significa que "una facultad se considera implícita, en la Constitución, siempre que sea necesaria para dar efecto a una atribución conferida expresamente por ella misma"[13]. De esta base, la Corte Suprema extrae cuatro postulados: "1º. Todos los poderes del Estado que tienen atribuciones constitucionales para ejercer una función, o la obligación de ponerla por obra, tienen también, de acuerdo con los dictados de la razón, la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados a esos fines, siempre que no estén prohibidos [...] 2º. En consecuencia, una facultad se considera implícita en la Constitución siempre que sea necesaria para dar efecto a una atribución conferida expresamente por ella misma. 3º. Todo aquello que se halla implícito en la Constitución forma parte de esta, de la misma manera que sus disposiciones expresas. 4º. Puede afirmarse, por tanto, que no existe en la Constitución atribución alguna de facultades que no entrañe y lleve consigo en su aplicación otras que, si bien tácitas, son vitales para las primeras y necesarias a su ejercicio"[14].

[10] Ibíd.

[11] Ibíd.

[12] Ibíd., pág. 198.

[13] Ibíd., pág. 209.

[14] Ibíd., pág. 198.

Una vez explicada la doctrina general, la Corte Suprema centra su atención en la atribución constitucional de preservar el orden público, y es allí donde el péndulo se inclina en favor del poder ejecutivo. En efecto, al analizar la constitucionalidad del decreto de policía demandado —707 de 1927— y los cargos presentados en su contra —a saber, que "el poder ejecutivo le concedió a la policía atribuciones de jurisdicción y competencia judiciales [...] [que] se permite a la policía hacer detenciones, allanamientos y hacer cerrar centros o lugares de reunión [...] [que] se autoriza el reclutamiento de ciudadanos, para servicios distintos del militar [...] [que] se restringe la libertad de tránsito y de cambio de domicilio"[15], entre otros—, la Corte Suprema advierte sobre "las proporciones magnas que en todo el mundo presenta el problema de la propaganda comunista, de la cual no está exenta Colombia [...] [por lo que] ha llegado el momento en que el poder legislativo y el presidente de la República, con acción armónica, vigorosa y oportuna, den vida y aliento a la atribución constitucional de conservar el orden público en todo el territorio de la República"[16].

Pareciera que la Corte mantiene en pie de igualdad al legislativo y al ejecutivo en su labor de resguardar el orden público frente a la así percibida amenaza comunista, pero ello no es así si se tienen en cuenta —al menos— dos resoluciones allí tomadas. La primera, que la Corte acepta como legítimo el que el presidente hubiera entrado a regular asuntos de policía y de restricción a las libertades ciudadanas mediante el Decreto 707 demandado, ante una supuesta omisión del Congreso en cumplir dicha función: "En defecto de disposiciones legislativas, era deber del presidente de la República, como suprema autoridad administrativa y *poder concurrente* en la conservación del orden público, dictar el decreto [707 de 1927] que había de dar vida y vigor a la atribución 8ª del artículo 120 de la Constitución. No puede concebirse que *el guardián supremo de la paz pública* hubiera de permanecer impasible y encadenado ante peligros amenazantes, en espera de la reunión del Congreso que expidiese las leyes adecuadas y oportunas, si es que podía expedirlas, mediante debates encendidos o intrincados. Semejante teoría rayaría en absurda y criminal de lesa patria"[17]. Casi sin quererlo, la Corte termina afirmando que el presidente —y no el Congreso— es el guardián supremo del orden público, entre otras razones, debido a la

[15] Ibíd., pág. 193.

[16] Ibíd., págs. 197-198.

[17] Ibíd., pág. 197 (en el original cursivas mías).

"celeridad" con la que este puede tomar decisiones, en contraste con la "lentitud" propia del procedimiento legislativo.

La segunda resolución que toma la Corte Suprema, es justamente que el presidente puede expedir decretos de policía como el demandado como consecuencia directa de la atribución constitucional que ostenta en asuntos de orden público, sin necesidad de tener como referente la opinión o los mandatos del legislador[18]. Es por ello por lo que la Corte, de forma concluyente, lo declara exequible y dictamina: "El Decreto número 707, de fecha 26 de abril de 1927, fue expedido por el poder ejecutivo en desarrollo de la atribución 8ª del artículo 120 de la Constitución y en ejercicio de facultades constitucionales"[19]. Así mismo, ante el cargo según el cual el Decreto 707 extralimita las facultades extraordinarias conferidas por el legislador en la Ley 51 de 1925, la Corte Suprema sentencia que "si el decreto, en lo que respecta a sus disposiciones sobre orden público, no se halla comprendido en las autorizaciones que el Congreso otorgó al gobierno en el ramo de policía, sí está basado en atribuciones propias del presidente de la República dimanadas de la Constitución"[20].

Es cierto que la Corte Suprema, en el fallo bajo análisis, tumbó ciertas medidas del Decreto 707 de 1927 excesivamente restrictivas de las libertades públicas —por ejemplo, la facultad de detener provisionalmente a personas sospechosas de encabezar disturbios, o someter a pagar caución o a confinamiento a los infractores cuyas respuestas no parecieran satisfactorias a las autoridades, o autorizar a los jefes de policía disolver reuniones percibidas como perturbadoras del orden[21]—, pero también lo es que convalidó casi en su totalidad uno de los decretos de policía más duros de los años 1920, bajo una justificación que, como la de las facultades implícitas, dejaba la puerta abierta para que el ejecutivo se abrogara "implícitamente" facultades de orden público en menoscabo de los derechos ciudadanos. Mientras la Corte Suprema —en clave antiformalista— señalaba que la Constitución "no es un conjunto de cánones rígidos y paralizados que solo puedan articular la acepción estrecha de su texto"[22], se abría paso la interpretación práctica

[18] El contenido e implicaciones de este tipo de regla jurisprudencial son analizados en mayor detalle en la segunda parte de este escrito.

[19] Ibíd., pág. 210.

[20] Ibíd., pág. 196.

[21] Véase ibíd., págs. 204-205, 207, 210.

[22] Ibíd., pág. 200.

según la cual el ejecutivo, en asuntos de orden público, debía ser fiscalizado con el rasero de cánones blandos y flexibles, sino excusado del todo de limitación alguna, dejando así a las libertades públicas en una situación vulnerable en tiempos calificados como de desajuste y desorden[23]. Tan peligrosas eran las implicaciones de autorizar el ejercicio implícito de poder público, que la misma Corte se vio en la necesidad de aclarar que la "doctrina constitucional sobre facultades incidentales que se deja expuesta, no significa que el funcionario o la corporación que haya de ejercitarlas tenga un poder arbitrario"[24].

Pero justamente ese elemento —la arbitrariedad del funcionario de turno— fue el sabor institucional que dejó este fallo de la Corte Suprema, tal y como lo constatan los extensos salvamentos de voto que generó la polémica decisión. Los salvamentos arremeten contra distintos puntos de la determinación mayoritaria, cuatro de los cuales vale la pena destacar. Primero, se señala que es verdad que la Corte Suprema de los Estados Unidos fue la que en un primer momento sentó y adoptó la doctrina de las facultades implícitas[25], "pero únicamente en relación con el Congreso Federal, no con el poder ejecutivo, al cual lo extiende la sentencia, me parece que sin razón"[26]. En efecto, el fallo estadounidense en el que fue edificada esta doctrina —McCulloch *v.* Maryland (1819)—, apeló al esquema de las facultades implícitas para responder

[23] No es casualidad que, bajo este entendido institucional, la arbitrariedad de la fuerza pública hubiera llegado hasta uno de sus picos más altos en diciembre de 1928, perpetrando en Ciénaga (Magdalena) la horrenda masacre de las bananeras en dominios de la poderosa United Fruit Company. Véanse Adolfo León Atehortúa y Humberto Vélez, *Estado y fuerzas armadas en Colombia*, Cali, tm Editores-Universidad Javeriana seccional Cali, 1994, págs. 107-108.

[24] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1832, pág. 200.

[25] El fallo colombiano habla genéricamente de las decisiones de 1819 y 1821 del Tribunal estadounidense (véase ibíd., págs. 198-199); en realidad, la doctrina fue adoptada en 1819 por el emblemático magistrado John Marshall en el caso McCulloch *v.* Maryland —17 u.s. (4 Wheat) 316, 4 L. Ed. 579 (1819)—. Es muy posible que la Corte Suprema colombiana haya basado su fallo en versiones no oficiales de la sentencia estadounidense, como lo afirma el magistrado Arango: "Conviene advertir que cuando se discutió este asunto no se trajeron los antecedentes a que hace referencia el fallo [...] [de los] Estados Unidos, a pesar de haberse solicitado". Salvamento de voto de José Miguel Arango, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1832, pág. 215.

[26] Salvamento de voto de Luis Felipe Rosales, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1832, pág. 212. Véase, además, salvamento de voto de Tancredo Nannetti, en ibíd., pág. 224.

afirmativamente a la pregunta de si el Congreso Federal tenía la facultad jurídica de crear un banco ——a saber, el segundo banco de los Estados Unidos, con sucursales en varios puntos del país, uno de ellos en Baltimore (Maryland)—, así la Constitución no estableciera explícitamente tal función en su cabeza[27]. Entre los diversos argumentos dados, la Corte Suprema estadounidense advirtió que si la Constitución le confiere de manera expresa el encargo al Congreso de realizar todas las leyes necesarias y apropiadas para hacer realidad las funciones estatales, uno de los medios implícitos para adelantar de forma adecuada tal encargo en materia fiscal consiste así en la creación de un banco federal. Como se ve, tal aplicación de la doctrina dista diametralmente de aceptar, como en el caso colombiano, que el poder ejecutivo tiene facultades implícitas de orden público para expedir un decreto de policía restrictivo de las libertades como el 707 de 1927[28].

En segunda medida, varios de los salvamentos de voto anotan que las facultades implícitas en un Estado como el colombiano van en contravía del principio de legalidad: "[p]recisamente lo que distingue a los gobiernos despóticos de los constitucionales es esta condición sustancial de los segundos, que falta en los primeros: la legalidad, consistente en las precisas reglas de funcionamiento de los administradores públicos, establecidas por las leyes"[29]. En tercera instancia, se señaló que resultaba innecesario que el juez constitucional hubiera permitido conceder facultades implícitas al presidente en materia de contravenciones al orden público, dado que no existía "el menor antecedente de que gobierno alguno se haya quejado de no poder atender convenientemente a la conservación del orden por carecer de los medios legales necesarios, o de que habiéndolos solicitado del Congreso, este se hubiera negado o descuidado en atender esa solicitud"[30]. Finalmente, se reprochó que la

[27] De hecho, la doctrina de las facultades implícitas, en este contexto, surge del siguiente problema jurídico que se plantea el magistrado Marshall: "The first question made in the cause is, has Congress power to incorporate a bank?".

[28] A esto se debe añadir, como dato no irrelevante, que la Corte Suprema colombiana tradujo indistintamente la palabra 'government' por 'gobierno' (véase, por ejemplo, ibíd., pág. 199). En el contexto anglosajón, tal acepción abarca con frecuencia el manejo del Estado o de la cosa pública como un todo, mientras en el contexto colombiano, la acepción 'gobierno' ha sido asociada orgánicamente con la rama ejecutiva como tal.

[29] Salvamento de voto de Luis Felipe Rosales, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, pág. 211. Véase, además, salvamento de voto de Parmenio Cárdenas, en ibíd., págs. 219-220.

[30] Ibíd., pág. 218. Véase, además, salvamento de voto de Luis Felipe Rosales, en ibíd., pág. 211.

sentencia ensayara con las facultades implícitas para tratar de evitar arbitrariedades, cuando justamente ello invita a lo contrario; esto es, a la extralimitación de funciones y a la confusión de los fines que rigen a la policía con los medios que ella puede emplear: "[e]l fin no justifica los medios, aun en materia de policía [...] sin esta distinción vital, ninguna libertad individual subsistiría en frente de la policía"[31].

Aún y con estas duras críticas al armazón de las facultades implícitas, la doctrina seguiría su curso sobre las escarpadas trochas del orden público en la primera parte del siglo xx colombiano. En 1945, como una de las respuestas institucionales al fallido golpe de estado perpetrado contra la administración de López Pumarejo en julio de 1944[32], la Corte Suprema de Justicia incorporó una versión aún más implacable que el de las facultades implícitas. En efecto, dictaminó que si bien uno de los objetivos impulsados por los constituyentes de 1886 fue reducir a términos precisos el radio de acción presidencial, aun así, no había sido trazada una limitación taxativa para la protección de los derechos individuales y las garantías sociales, dejando, por el contrario, "siempre como fuente de limitación la que emana naturalmente de los deberes del presidente de la República en casos de alteración del orden público, ya causada o presumible por motivos graves"[33]. Al afirmar que "la limitación [a los derechos] no fue taxativa"[34], y que la alteración del orden alegada por el presidente podía ser "causada o presumible"[35], la Corte Suprema deslizaba aún más lejos el tapiz de los poderes implícitos que, sin control alguno y en el insondable mundo de lo tácito, podía agitar la cabeza del ejecutivo para imponer el orden. Pero más grave aún, además de acoger la interpretación según la cual ciertos derechos pueden restringirse en tiempos de excepción dado que la Constitución de 1886 señala que estos solo se ejercen plenamente "en tiempos de paz", la Corte fue más lejos al sostener que ciertas libertades podían ser suspendidas, así ello no se infiriera de la letra llana de la Constitución: "[...] hay, en concepto de la Corte, otras disposiciones del Estatuto [de 1886] [...] cuyo imperio ha de limitarse por virtud de la

[31] Salvamento de voto de Parmenio Cárdenas, en ibíd., pág. 219.

[32] Conocido como el golpe de Pasto. Véanse Adolfo León Atehortúa y Humberto Vélez, *Estado y fuerzas armadas en Colombia*, *op. cit.*, págs. 148-158.

[33] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 12 junio 1945, M. P. A. Cardoso Gaitán, "G. J.", t. lix, núm. 2019, pág. 35.

[34] Ibíd.

[35] Ibíd.

alteración de la normalidad constitucional; no ya precisamente por así inferirse de la redacción que en la Carta se dio a ciertos preceptos [...] sino porque la suspensión de su vigencia es un corolario obligado de la situación de hecho y de derecho en que se encuentra colocado el presidente de la República cuando el orden se perturba"[36]. Se refería la Corte Suprema a la suspensión de derechos como la libertad personal, de reunión, de expresión, de locomoción así como al derecho de huelga, cuyo ejercicio podía ser restringido "en circunstancias tocantes con la guarda del orden"[37]. Con esta base argumentativa regresiva en materia de protección de los derechos ciudadanos, entre otras consideraciones, la Corte Suprema dio vía libre a la instauración de consejos de guerra para juzgar y castigar a los militares y civiles relacionados con los hechos del golpe de Pasto.

Con ciertos matices[38], la doctrina de las facultades implícitas continuaría irradiando sus contenidos en la segunda mitad del siglo xx. En 1961, por ejemplo, la Corte Suprema dispuso que "no siempre es posible ni sería conveniente que el ejercicio de las atribuciones conferidas a las distintas ramas del poder público, en especial a la ejecutiva, esté determinado y especificado en forma minuciosa y precisa; de ahí que exista una amplia zona sujeta a las llamadas facultades implícitas, porque dada la variedad de circunstancias, de hechos y acontecimientos, no sería dable trazar de antemano una pauta rígida para todas las actuaciones"[39]. Y en 1967 declaró constitucional el mandato legislativo que autorizaba a la Federación Nacional de Arroceros —entidad de carácter privado— percibir del sector la cuota de fomento arrocero, así no hubiera un mandato constitucional expreso que le permitiera a una

[36] Ibíd., pág. 34.

[37] Ibíd.

[38] Así, es posible rastrear fallos que defienden en efecto la distribución expresa de las competencias y funciones estatales. Por ejemplo, en 1956 la Corte Suprema destacó como característica básica del estado de derecho el "que toda la actividad del Estado esté repartida de modo exhaustivo en una suma de competencias claramente delimitadas en la ley". C. S. de J., Sala Plena, sent. de 28 junio 1956, M. P. M. Barrera Parra, "G. J.", t. lxxxiii, núm. 2169, pág. 30.

[39] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 25 mayo 1961, M. P. L. Zambrano, "G. J.", t. xcv, núm. 2240, pág. 808. La Corte agrega que los actos de gobierno o políticos del poder ejecutivo se encuentran en una situación similar al de las facultades implícitas. Sobre la doctrina de los actos de gobierno, véase Antonio Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la Regeneración*, *op. cit.*, págs. 106-113. (Acápite "La administración pública como ámbito específico de gobierno: la actividad política y la gestión administrativa").

persona privada adelantar el recaudo de contribuciones[40]. Al respecto señaló: "La suma y sustancia de la doctrina relativa a las facultades implícitas han sido declaradas repetidas veces en términos que han pasado hoy a ser históricos [...] De tales facultades y satisfaciendo todos esos presupuestos [los requisitos de fin y medios de las facultades implícitas arriba mencionados] hizo uso el legislador al establecer la cuota arrocera: es legítimo el fin a que se endereza; se acomoda a la atribución constitucional a que accede; no está prohibido su recaudo en la forma establecida en la ley, ni el uso de este medio —el más expedito y natural— de percepción e inversión directa del gravamen por parte de la Federación, repugna al ejercicio de la misma facultad, antes bien trasunta su espíritu y a ella se conforma"[41].

A finales de la década de 1970, no obstante, la problemática doctrina de las facultades implícitas empezaría a recibir señales significativas de inconformidad en el seno de la Corte Suprema. Por medio de salvamentos de voto se recalcaría, por ejemplo, que el Congreso es quien expresamente debe entrar a regular las facultades presidenciales de estado de sitio: "Sabido es que nunca el Congreso ha reglamentado el ejercicio de las facultades legislativas que emanan de la declaratoria del estado de sitio. Se trata de un vacío legislativo que el Congreso debe llenar, a fin de que se le ponga término a la doctrina de supuestos poderes excepcionales presidenciales durante el estado de sitio"[42]. También sería resaltado que en "derecho público, más aún que en cualquiera otra rama del ordenamiento jurídico, las competencias son restrictivas, es decir, deben estar previstas expresamente, sin que sea dable deducirlas por interpretación analógica o extensiva, y por ello las creadas o asignadas por la Constitución no pueden variarse, extenderse, suspenderse o restringirse, sino en los casos y dentro de las condiciones expresa y taxativamente señaladas en la misma Carta"[43].

Pero en 1977 sería la posición mayoritaria de la Corte Suprema la que empezaría a erosionar el octogenario y férreo piso de las facultades

[40] Véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 14 marzo 1967, M. P. A. Moreno Mosquera, "G. J.", ts. CXX-CXXVI, núms. 2284-2290-2291-2296, págs. 37-42.

[41] Ibíd., pág. 41.

[42] Salvamento de voto de Julio Salgado Vásquez *et al.*, en C. S. de J., Sala Plena, 23 junio 1977, M. P. G. González Charry, "G. J.", t. CLVI, núm. 2396, pág. 171.

[43] Salvamento de voto de José María Velasco Gurrero *et al.*, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 30 octubre 1978, L. Sáchica, "G. J.", t. CLVII, núm. 2397, pág. 247 [que declaró constitucional la mayor parte del Estatuto de Seguridad —Decr. 1923 de 1978—, expedido por el gobierno de Turbay Ayala].

implícitas, al indicar que la gestión de policía constituye uno de los deberes explícitos del presidente, dejando atrás su naturaleza tácita erróneamente defendida desde 1928: "[el ordenamiento establece el] ejercicio supremo de la facultad de policía como deber presidencial, sin que de allí surja implícitamente para el presidente el poder de policía como fuente de normas reglamentarias de la libertad individual, como lo creyera la Corte con oportunidad del fallo del 13 de noviembre de 1928, pues el constituyente nunca confiere potestades implícitas a los gobernantes, por ser ello contrario a la esencia misma del estado de derecho"[44]. Con todo, ya entrados los años 1980, la Corte continuó aplicando ciertas premisas de la teoría de las facultades implícitas, y así, por ejemplo, sostuvo en 1983 que la Constitución "consagra el principio de que la cláusula general implícita de legislación corresponde al Congreso y no al ejecutivo del Estado"[45]. Al menos en esta ocasión ya se señalaba que, de existir las facultades implícitas, se encontraban dentro del radio de acción del poder legislativo y no en el del poder ejecutivo de orden público.

La estocada final a la polémica doctrina de las facultades implícitas sería asestada en marzo de 1987, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia que históricamente ha sido más conocido por haber proscrito el juicio de civiles en los estrados de los tribunales militares[46]. Citando un debate en el Senado sobre la reforma constitucional de 1968, la Corte transcribe el fragmento que indica que la revisión allí emprendida a los poderes de excepción implicaba echar por tierra tal doctrina, quedando "cerrada así, terminantemente [terminante] y herméticamente, la puerta a la funesta y corruptora teoría de los poderes implícitos, o de las atribuciones naturales o de las facultades extensivas y extensibles del Gobierno que, en los cuarenta años últimos, se ha ido erigiendo, sinuosa y torticeramente, en una especie de derecho natural del ejecutivo, anterior y superior a la Constitución"[47]. La conclusión tajante que de allí deriva la Corte Suprema es que "se abandonó expresamente la tesis del fallo de junio 12 de 1945, según el cual el deber que tiene el presidente de

[44] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 27 eneero 1977, M. P. L. Buitrago, "G. J.", t. CLVI, núm. 2396, pág. 36.

[45] Ibíd., Sala Plena, sent. de 21 abril 1983, M. P. M. Gaona Cruz *et al*, "G. J.", t. CLXXV, núm. 2413, pág. 186.

[46] Véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 5 marzo 1987, M. P. J. Vallejo Mejía, "G. J.", t. CXCI, núm. 2340, págs. 212-224.

[47] Ibíd., pág. 215.

conservar y restaurar el orden público lo dota implícitamente de todas las facultades necesarias para cumplir su cometido"[48]. Por si quedara alguna duda, tres años más tarde, en pleno fulgor constituyente, la Corte Suprema recalcaría con relación a la atribución presidencial del estado de sitio que se trata de "una facultad normada, con poderes expresos, que no suspende la Constitución, que no otorga al gobernante poderes absolutos, que no acepta la teoría del estado de necesidad que supone poderes implícitos en la función del Gobierno, que —en fin— rechaza la afirmación de CARL SCHMITT según la cual «soberano es el que decide el estado de excepción»"[49]. Pasemos ahora a examinar la jurisprudencia relacionada con las atribuciones constitucionales del poder ejecutivo en materia de orden público.

3. EL PREDOMINIO EXPLÍCITO DEL PODER EJECUTIVO EN LOS ASUNTOS DE ORDEN PÚBLICO: LA DOCTRINA DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES EN CABEZA DEL GOBIERNO

La historia de la doctrina de las atribuciones constitucionales del ejecutivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema se confunde en diversos puntos con aquella de las facultades implícitas. De hecho, el primer postulado —ya citado— con el que la Corte Suprema le dio vida en 1928 a la tesis de las facultades implícitas, señalaba que las autoridades que ostentaran atribuciones constitucionales tenían la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados —expresos y tácitos— para llevar tales atribuciones a la práctica, siempre y cuando no estuvieran prohibidos y armonizaran con los preceptos de la Constitución[50]. Pero el que ambos cuerpos doctrinales se encuentren estrechamente relacionados no significa que no sean diferenciables. Una primera distinción que se puede advertir radica en el carácter menos estructurado, menos compacto y más difícil de palpar y asir que muestra la teoría de las atribuciones constitucionales a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Es por ello por lo que la Corte misma, al contrario de lo ocurrido con el caso de las facultades implícitas, no identifica ni cita en sus decisiones —ya sea para apartarse o para confirmar su dicho— a

[48] Ibíd., pág. 217.

[49] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 25 mayo 1990, s. r, "G. J.", t. CCI, núm. 2440, pág. 563 [que autoriza a la organización electoral contabilizar los votos para integrar la Asamblea Constituyente de 1991].

[50] Véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, pág. 198.

la tesis de las atribuciones constitucionales como un cuerpo doctrinal consolidado. Por curioso que suene, si bien la Corte en su jurisprudencia sí logra rastrear e identificar de forma expresa la doctrina de las facultades implícitas, en el caso de las atribuciones constitucionales explícitas de orden público deja el campo expuesto a vacíos, entendidos tácitos, dispersiones e interpolaciones no siempre claras.

Para empezar, la doctrina de las atribuciones constitucionales, al igual que su coetánea de las facultades implícitas, comenzó a tomar forma en la jurisprudencia de la Corte Suprema como postura minoritaria en los años 1920[51]. En salvamento de voto a la sentencia del 5 de abril de 1923, los magistrados Julio Luzardo Fortoul, Ramón Rodríguez y Bartolomé Rodríguez critican como erróneo considerar que para que el presidente pueda ejercer una atribución constitucional "sea una condición esencial el sometimiento a la ley que regule su ejercicio, pues esa atribución no proviene de la ley reglamentaria, sino de la Carta Fundamental"[52]. De este modo, es presentado el rasgo principal de la doctrina de las atribuciones constitucionales, a saber, que la atribución desplegada por el funcionario —en particular, la cabeza del poder ejecutivo—, en tanto proviene directamente de la Constitución, solo debe respetar el marco de la misma, pudiendo ignorar o en todo caso dejar en un segundo plano las normas expedidas por el poder legislativo. Es en este sentido que los magistrados disidentes anotan que "la violación de la ley no lo es de la Carta"[53], ya que es concebible que un decreto ejecutivo vaya en contravía de la ley justamente por seguir los parámetros de la atribución contenida en la Constitución, a menos que la ley como tal sea ella misma reguladora de la atribución constitucional, caso en el cual violar la ley sí conduciría a la vulneración de la Constitución. En esta misma línea de ideas, otro salvamento de voto escrito en 1924, aclara que "aunque el legislador tiene la atribución amplísima de dictar leyes, esta se ha de entender restringida por las atribuciones constitucionales de los otros

[51] Pero sus raíces al menos se remontan a los tiempos del auge de la Regeneración en las décadas finales del siglo XIX. En salvamento de voto, el magistrado de la Corte Suprema, José Gabriel de la Vega, cita a M. P. Miguel Antonio Caro, quien señala que "el gobierno tiene la facultad, el deber, de reglamentar las disposiciones constitucionales no desarrolladas por ley". C. S. de J., Sala Plena, sent. de 3 marzo 1977, M. P. J. G. de la Vega, "G. J.", t. CLVI, núm. 2396, pág. 47 [salvamento de voto de 3 de marzo de 1977 sobre la sent. de 27 de enero del mismo año].

[52] Salvamento de voto de Julio Luzardo Fortoul *et al.*, en C. S. de J., Sala Plena, 5 abr. 1923, M. P. L. Rosales, "G. J.", t. XXIX, núm. 1534, pág. 366.

[53] Ibíd.

poderes, que son inviolables, así como por los derechos y garantías individuales amparados por la Constitución"[54]. Las leyes, bajo esta postura, son "apropiadas"[55] en tanto no transgredan atribuciones constitucionales de otras autoridades —en especial, las del presidente—, así como los derechos individuales de los ciudadanos.

Estos antecedentes prepararían el terreno para la adopción, como postura mayoritaria, de la doctrina de las atribuciones constitucionales del presidente en asuntos de orden público, paso que sería dado por la Corte Suprema en la misma decisión que coronó el esquema de las facultades implícitas en la cúspide de su jurisprudencia, a saber, el fallo arriba estudiado en detalle del 13 de noviembre de 1928[56]. Como se anotó, la Corte avaló que el presidente pudiera expedir decretos de policía restrictivos de derechos ciudadanos —como el polémico 707 de 1927— en seguimiento directo de un mandato de nivel constitucional: "Se deja dicho que el decreto tiene base en una atribución constitucional expresa del presidente de la República"[57], a saber, la conservación y el restablecimiento del orden público. Al sostener la tesis de las atribuciones constitucionales en el caso concreto, la Corte así mismo excluyó al legislador del panorama del orden público al menos de dos formas arriba ya mencionadas: por un lado, ante el cargo de que el poder ejecutivo —con la expedición del Decr. 707 de 1927— se había extralimitado al ir más allá de la autorización conferida por el Congreso —mediante la Ley 51 de 1925— para regular ciertos temas relacionados con la fuerza pública, la respuesta tajante de la Corte enfatiza en que tal punto no es relevante para la controversia, ya que el Decreto 707,

[54] Salvamento de voto de Juan N. Méndez, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 9 agosto 1924, M. P. R. Rodríguez Diago, "G. J.", t. XXXI, núm. 1595, pág. 41.

[55] Ibíd. Una afirmación similar sería sostenida décadas después (véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 24 marzo 1981, M. P. G. Gómez Velásquez, "G. J.", t. CLXVII, núm. 2404, pág. 148). A su turno, el magistrado Juan N. Méndez anota que la tesis de las atribuciones constitucionales, así entendida, ya había sido sostenida por la Corte Suprema "en fallos anteriores" (salvamento de voto de Juan N. Méndez, en C. S. de J., Sala Plena, sent. de 9 agosto 1924, M. P. R. Rodríguez Diago, "G. J.", t. XXXI, núm. 1595, pág. 41).

[56] Véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, págs. 193-226. La Corte señala que es "en esta ocasión cuando por vez primera debe establecer jurisprudencia sobre el particular" (ibíd., pág. 198), a saber, sobre las facultades implícitas y las atribuciones constitucionales en relación con la guarda del orden público.

[57] Ibíd., pág. 198. La Corte Suprema reitera la idea de la atribución constitucional de orden público en cabeza del presidente en otras partes del fallo (véase ibíd., págs. 196-210).

"en lo que respecta a sus disposiciones sobre orden público [...] está basado en atribuciones propias del presidente de la República dimanadas de la Constitución, y en las facultades delegadas por el legislador en la Ley 41 de 1915"[58]. Por otro lado, la Corte sostuvo que el poder ejecutivo no tenía otra opción sino expedir el Decreto 707 "[e]n defecto de disposiciones legislativas, [ya que no] puede concebirse que el guardián supremo de la paz pública hubiera de permanecer impasible y encadenado ante peligros amenazantes, en espera de la reunión del Congreso que expidiese las leyes adecuadas y oportunas, si es que podía expedirlas, mediante debates encendidos o intrincados"[59].

La atribución constitucional así estructurada —en particular para hacer frente al "problema de la propaganda comunista"[60]— reunía en su seno todo un conjunto de potestades de orden público relacionadas: "La expresada atribución 8ª del artículo 120 de la Constitución [de 1886], pertenece a aquella clase de preceptos constitucionales que no pueden tener de por sí ejecución ni efectos reales, sin otros actos ulteriores expedidos por autoridad competente que les sirvan de desarrollo y complemento. Letra muerta sería el deber que aquel artículo impone al presidente de «conservar en todo el territorio el orden público», si el legislador, y en defecto de este, aquel magistrado [el presidente] no dictase las medidas necesarias a tal conservación"[61]. Como arriba fue enunciado, la Corte parece moverse en una suerte de equilibrio entre el ejecutivo y el legislador, pero termina cediendo en favor del primero, por lo cual buena parte de su fallo se encuentra sustentado en el hecho —no demostrado— de que, en materia de orden público, el legislador había omitido cumplir con sus funciones —o, en todo caso, su funcionamiento era lento para llevarlas a cabo—, por lo cual el presidente debía entrar a llenar el vacío haciendo uso de su atribución constitucional de preservar el orden. Para ello contaba con dos tipos de medidas, las preventivas y las represivas, siendo estas últimas las "que se ejecutan por medio de la fuerza pública, y en caso de sumo y general peligro, por medio de otros recursos extremos, como hacer la guerra o declarar el estado de sitio y el imperio de la ley marcial"[62].

[58] Ibíd., pág. 196.

[59] Ibíd., pág. 197.

[60] Ibíd.

[61] Ibíd., pág. 196.

[62] Ibíd.

Ahora bien, como ya se anotó, la doctrina de las atribuciones constitucionales tuvo un desarrollo jurisprudencial menos compacto y más desperdigado —pero no necesariamente por ello menos efectivo— que el logrado por la trayectoria de las facultades implícitas. Es por ello por lo que, además de los temas de orden público, a lo largo del siglo XX se le puede ver aplicada en ámbitos como el de la descentralización por colaboración —donde se reconoce la atribución constitucional del Congreso de acudir a la colaboración de un particular, como lo es la Federación Nacional de Arroceros para recaudar una contribución fiscal[63]— o en la intervención en la banca central —donde se le permite al presidente ejercer "como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado"[64]—, entre otros frentes de regulación. Su carácter dúctil y flexible también permitió que fuera aplicada por distintas autoridades estatales, pero indudablemente su peso gravitacional estuvo cargado en favor del ejecutivo, al asegurarle el poder de reglamentar y acondicionar de manera directa parcelas enteras de la Constitución mediante diverso tipo de regulaciones, algunas de ellas con vocación superior a las normas expedidas por el legislador —como discutiblemente era el caso de los reglamentos constitucionales o autónomos expedidos en desarrollo de atribuciones constitucionales propias[65]— y otras con carácter igual al de la ley y así con posibilidad de desafiarla e incluso desplazarla en escenarios determinados —como el caso de los decretos legislativos expedidos en tiempos de excepción[66]—. Con esta tendencia

[63] Véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 14 marzo 1967, M. P. A. Moreno Mosquera, "G. J.", ts. CXX-CXXVI, núms. 2284-2290-2291-2296, págs. 37-42.

[64] Acto legislativo 1 de 1968, art. 41, num. 14, en CARLOS RESTREPO PIEDRAHÍTA (comp.), *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, *op. cit.*, pág. 537. Sobre la dosis significativa de intervención presidencial en la banca en el esquema de 1886, véase ANTONIO BARRETO ROZO, *Venturas y desventuras de la Regeneración*, *op. cit.*, págs. 177-192.

[65] Véase ibíd., págs. 182-192.

[66] Es por ello por lo que el art. 121 de la Constitución de 1886 le permitía al gobierno suspender, mediante decretos legislativos, las leyes "que sean incompatibles con el estado de sitio"; también se hablaba de la capacidad del ejecutivo de hacer leyes "en uso de sus atribuciones constitucionales" (C. S. de J., Sala Plena, sent. de 18 mayo 1972, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. CXLIV, núm. 2364, pág. 130). Y más aún, se llegó a establecer que al legislador no le estaba permitido derogar los actos del poder ejecutivo de excepción (véase CARLOS PELÁEZ, *Estado de derecho y estado de sitio*, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 194).

jurisprudencial se permitió que el presidente, en desarrollo del estado de sitio, por ejemplo, atribuyera nuevas competencias a los tribunales militares, dado que "es lógico que el legislador de emergencia tenga las facultades necesarias para proporcionar los medios indispensables al cumplimiento de las nuevas funciones que se le asignen: no es aceptable una facultad constitucional sin el medio de ejecutarla y hacerla eficaz"[67], ello sin contar con las prerrogativas derivadas de sus "atribuciones constitucionales y legales ordinarias"[68].

Pero más allá de sus múltiples rostros institucionales, lo cierto es que el esquema de las atribuciones constitucionales en cabeza del presidente —o de las "autorizaciones constitucionales del gobierno"[69]—, tuvo en el orden público una de sus mayores fuentes de impulso y expansión. En los años 1960, por ejemplo, la atribución constitucional del presidente de imponer el orden sirvió como uno de los puntos principales de lanza para responder a "la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas"[70], estableciendo contra ella la "movilización"[71] de civiles para garantizar la defensa nacional. Bajo el entendido que "[t]odos los colombianos, hombres y mujeres, están sometidos a la movilización"[72] —y definiendo a la movilización como "el conjunto de medidas para adecuar el potencial nacional a las necesidades de la defensa nacional [...] [que] comprende todas las actividades de la nación"[73]—, el gobierno hizo un llamado forzoso a la población civil —cuyo incumplimiento llevaba a que el particular fuera calificado como "desertor"[74]— para emprender la lucha contra distintas expresiones de violencia, en

[67] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 15 enero 1973, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. CXLIX, núm. 2390, pág. 9.

[68] Ibíd., Sala Plena, sent. de 27 enero 1977, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. CLVI, núm. 2396, pág. 36.

[69] Ibíd., Sala Plena, sent. de 7 octubre 1936, M. P. E. Zuleta Ángel, "G. J.", t. XLIV, núms. 1914-1915, pág. 10.

[70] Consideraciones, Decr. legislativo 3398 de 1965, expedido por el gobierno del conservador Guillermo León Valencia. Para una crítica extendida al sistema draconiano exhibido en este decreto, véase Eduardo Umaña Luna, *Un sistema en estado de sitio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1977, págs. 61-65.

[71] Decr. legislativo 3398 de 1965, art. 5º.

[72] Ibíd., art. 23.

[73] Ibíd., art. 5º.

[74] Ibíd., art. 32. De forma elitista, el decreto eximía de aplicar las sanciones ejercidas contra los desertores al infractor que mostrara que "es persona de reconocida honorabilidad" (ibíd., art. 33, parg. 1º).

especial contra el bandolerismo y la insurgencia guerrillera. El decreto que contenía estas medidas —el 3398 de 1965 que obtendría estatus legal permanente con la Ley 48 de 1968— facultó, incluso, a los militares para entregar armamento de dotación a civiles —al permitirle al Ministerio de Defensa "amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las fuerzas armadas"[75]—, generando un precedente claro de incorporación de efectivos civiles al conflicto armado que pasarían a ser conocidos como grupos de autodefensa campesina y quienes, años después, con la inclemente presencia del narcotráfico, serían tragados por la aciaga vorágine del paramilitarismo[76].

La doctrina de las atribuciones constitucionales, en sus múltiples facetas, jamás llegó a ser explícitamente derogada por la Corte Suprema de Justicia, como sí fue el caso de aquella de las facultades implícitas: su ocaso tendría lugar —especialmente en su dimensión relacionada con el orden público— con el advenimiento del nuevo ordenamiento jurídico establecido por la Constitución Política de 1991[77].

4. Conclusiones

La línea jurisprudencial analizada en relación con las doctrinas de las facultades implícitas y de las atribuciones constitucionales del gobierno, deja ver puntos clave de álgida discusión judicial sobre el diseño y la aplicación institucional de la polémica institución del estado de sitio. En el avance de estas doctrinas, la preservación y recuperación del orden público termina convirtiéndose en una especie de suelo movedizo que, en distintos momentos y escenarios de la vida nacional, puso en entredicho la separación de los poderes públicos y la garantía de libertades ciudadanas básicas.

[75] Ibíd., art. 33, parg. 3º.

[76] Véase Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Instituto Pensar de la Universidad Javeriana, 2010, págs. 91-92. La base legal de los grupos de autodefensa —impulsada en un inicio con el Decr. 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1968— sería eliminada del ordenamiento jurídico colombiano a finales de 1980 por el gobierno de Virgilio Barco, cuando ya era evidente que la violencia paramilitar, además de afectar brutalmente a la población civil, podía infligir daño a los mismos funcionarios del Estado.

[77] No obstante, debe anotarse que los reglamentos constitucionales continúan siendo fuente de derecho en la Constitución de 1991 en áreas normativas específicas, como es el caso de los contratos que el gobierno puede celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro (Const. Pol. de 1991, art. 355).

5. Bibliografía

A) *Libros*

Atehortúa Cruz, Adolfo León y Vélez Ramírez, Humberto: *Estado y fuerzas armadas en Colombia*, Cali: tm Editores-Universidad Javeriana seccional Cali, 1994.

Barreto Rozo, Antonio: *Venturas y desventuras de la Regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo xx*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

— *La generación del estado de sitio*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

Iturralde, Manuel: *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Instituto Pensar de la Universidad Javeriana, 2010.

Peláez, Carlos: *Estado de derecho y estado de sitio. La crisis de la Constitución en Colombia*, Bogotá, Edit. Temis, 1955.

Restrepo Piedrahíta, Carlos (comp.): *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Umaña Luna, Eduardo: *Un sistema en estado de sitio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1977.

B) *Decisiones judiciales*

a) *Corte Suprema de Justicia de Colombia*

— Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. xxxvi, núm. 1832, págs. 193-226.

— Sala Plena, sent. de 7 octubre 1936, M. P. E. Zuleta Ángel, "G. J.", t. xliv, núms. 1914-1915, págs. 8-28.

— Sala Plena, sent. de 12 junio 1945, M. P. A. Cardoso Gaitán, "G. J.", t. lix, núm. 2019, págs. 26-77.

— Sala Plena, sent. de 28 junio 1956, M. P. M. Barrera Parra, "G. J.", t. lxxxiii, núm. 2169, págs. 21-38.

— Sala Plena, sent. de 25 mayo 1961, M. P. L. Zambrano, "G. J.", t. xcv, núm. 2240, págs. 799-811.

— Sala Plena, sent. de 14 marzo 1967, M. P. A. Moreno Mosquera, "G. J.", ts. cxx-cxxvi, núms. 2284-2290-2291-2296, págs. 37-42.

— Sala Plena, sent. de 13 agosto 1970, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. cxxxvii, núm. 2338-bis, págs. 312-315.

— Sala Plena, sent. de 18 mayo 1972, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. cxliv, núm. 2364, págs. 129-133.

— Sala Plena, sent. de 15 enero 1973, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. CXLIX, núm. 2390, págs. 8-13.

— Sala Plena, sent. de 27 enero 1977, M. P. L. Sarmiento Buitrago, "G. J.", t. CLVI, núm. 2396, págs. 34-39.

— Sala Plena, sent. de 24 marzo 1981, M. P. G. Gómez Velásquez, "G. J.", t. CLXVII, núm. 2404, págs. 145-156.

— Sala Plena, sent. de 21 abril 1983, M. P. M. Gaona Cruz *et al*, "G. J.", t. CLXXV, núm. 2413, págs. 181-191.

— Sala Plena, sent. de 5 marzo 1987, M. P. J. Vallejo Mejía, "G. J.", t. CXCI, núm. 2340, págs. 212-224.

— Sala Plena, sent. de 25 mayo 1990, s.r, "G. J.", t. CCI, núm. 2440, págs. 553-566.

b) *Corte Suprema de Estados Unidos de América*

— McCulloch *v*. Maryland. 17 U.S. (4 Wheat) 316, 4 L. Ed. 579 (1819).

c) *Salvamentos de voto de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*

Magistrados Julio Luzardo Fortoul, Ramón Rodríguez, Bartolomé Rodríguez. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 5 abril 1923, M. P. L. Rosales, "G. J.", t. XXIX, núm. 1534, pág. 366.

Magistrado Juan N. Méndez. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 9 agosto 1924, M. P. R. Rodríguez Diago, "G. J.", t. XXXI, núm. 1595, págs. 35-42.

Magistrado José Miguel Arango. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, págs. 215-216.

Magistrado Parmenio Cárdenas. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, págs. 216-220.

Magistrado Tancredo Nannetti. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, págs. 222-226.

Magistrado Luis Felipe Rosales. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 13 noviembre 1928, M. P. J. Luzardo Fortoul, "G. J.", t. XXXVI, núm. 1832, págs. 210-214.

Magistrados Julio Salgado Vásquez, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 23 junio 1977, M. P. G. González Charry, "G. J.", t. CLVI, núm. 2396, págs. 169-172.

Magistrados José María Velasco Guerrero, Gustavo Gómez Velásquez. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 30 octubre 1978, M. P. L. Sáchica, "G. J.", t. CLVII, núm. 2397, págs. 246-256.

Capítulo XII

La reinterpretación de la excepción: la Corte Suprema frente a las emergencias económicas de 1982*

Jorge González Jácome**

Resumen. Este artículo analiza algunos apartes del razonamiento de dos de los más importantes fallos de la Corte Suprema proferidos en la coyuntura de las emergencias económicas de 1982. El escrito sostiene que las dos principales sentencias de la época, de la primera y la segunda emergencia, utilizaron al menos dos estrategias interpretativas para convencerse de que su fallo era "en derecho": en primer lugar, afirmaron que estaban frente a un debate que no era "ideológico" y, en segundo lugar, acudieron a hacer interpretaciones supuestamente "objetivas" de la historia de las normas constitucionales sobre la intervención del Estado en la economía. Sin embargo, este artículo plantea como hipótesis fundamental que detrás de las discusiones de estas cuestiones, supuestamente objetivas, había una fuerte disputa política en la Corte alrededor del modelo de Estado en Colombia y su papel en la intervención de la economía. Esta discusión puede verse, precisamente, releyendo las propias estrategias neutralizadoras que el juez constitucional utilizó para eludir el abierto contenido político que planteaban los casos.

Palabras clave: emergencia económica, interpretación constitucional, intervención en la economía, historia del derecho.

1. Introducción

A finales de 1982, el presidente de Colombia, Belisario Betancur, reconoció que el país atravesaba por una crisis económica. En

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.99

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor en Derecho de la Universidad de Harvard. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Agradezco a Antonio Barreto-Rozo por algunas pistas que me dio sobre el tema de este artículo.

consecuencia, propuso atacar al menos dos problemas: las prácticas especulativas del sistema financiero y el déficit fiscal. Para tal efecto, el presidente usó una herramienta establecida en el artículo 122 de la Constitución Política de 1886: la declaración de emergencia económica. La primera emergencia la declaró en 1982 mediante el Decreto 2920 del 8 de octubre y su propósito fue enfrentar los problemas del sistema financiero. La segunda, el 23 de diciembre del mismo año mediante el Decreto 3742 e incluyó una amplia reforma tributaria y una amnistía patrimonial que pretendió atacar los problemas relacionados con el déficit fiscal. Las medidas que Betancur tomó, amparado en la primera emergencia, fueron, en su mayoría, declaradas exequibles por la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, el grueso de las medidas tomadas en el marco del decreto de diciembre fue declarado inconstitucional por este tribunal.

La emergencia económica apareció en la Constitución colombiana como un estado de excepción, diferente al estado de sitio, en la reforma constitucional de 1968. El primer presidente que la utilizó fue Alfonso López Michelsen en 1974 y la revisión de la Corte Suprema de Justicia declaró su constitucionalidad. De tal modo, cuando el Alto Tribunal "tumbó" las medidas de Betancur en febrero de 1983, Colombia se enfrentó a una decisión judicial, hasta ese entonces, sin precedentes: el juez constitucional descalificó las medidas económicas que los expertos del ejecutivo consideraban absolutamente necesarias para conjurar una crisis económica. La decisión de la Corte generó múltiples críticas en la opinión pública de la época que elevó diversos reparos al fallo de la Corte[1]. Las reservas frente a la decisión del juez constitucional, respecto a cuestiones económicas, emergió de nuevo en la década de 1990, cuando la Corte Constitucional declaró inexequible la declaratoria de una emergencia económica; en el trasfondo del nuevo debate se encontraron algunos de los argumentos esbozados en las sentencias de 1983[2], lo cual muestra que los términos del debate constitucional ocurrido en el gobierno de Betancur sobrevivió el cambio constitucional.

[1] Sobre la turbulencia política generada por el fallo de la Corte en la época, véase Manuel José Cepeda Espinosa, "Las relaciones entre el presidente y la Corte durante la emergencia económica", en *Estado de sitio y emergencia económica*, Bogotá, Imprenta y Publicaciones de la Contraloría General, 1985, págs. 41-71.

[2] Una de las polémicas más relevantes en este aspecto, después de la Constitución de 1991, es la que se encuentra en estos dos artículos: Sergio Clavijo, "Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes: el caso de Colombia 1991-2000", en *Revista de Derecho Público*, 12:27, 2001; Rodrigo Uprimny, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía", en *Revista de Derecho Público*, 12:145, 2001.

Este artículo analiza algunos apartes del razonamiento de dos de los más importantes fallos de la Corte Suprema proferidos en la coyuntura de las emergencias económicas de 1982. En particular, nos interesan algunos aspectos de las sentencias en donde la Corte Suprema pretendió eludir cuestiones "políticas" e "ideológicas". Para este análisis partimos de la premisa de que la Corte Suprema de Justicia debía saber que decidir sobre aspectos económicos era polémico y que, por tanto, debía prestar especial cuidado a su argumentación para que se percibiera que fallaba "en derecho" y no con base en otras motivaciones. Para tal efecto, este escrito sostiene que las dos principales sentencias de la época, de la primera y la segunda emergencia, utilizaron al menos dos estrategias interpretativas para convencerse de que su fallo era "en derecho": en primer lugar, trataron de afirmar que el debate no era "ideológico", en el sentido en que los jueces no estaban tomando posición alguna sobre la mejor manera de distribuir recursos en la sociedad y, en segundo lugar, acudieron a hacer interpretaciones "objetivas" de la historia de las normas constitucionales sobre la intervención del Estado en la economía. Estas dos estrategias, entre otras, hicieron que algunos sectores de la prensa se quejaran de que los jueces no tuvieran en cuenta que estaban en un momento de crisis en la cual no debía haber tantas consideraciones legalistas, sino pragmáticas, para tomar las decisiones[3]. Sin embargo, este artículo plantea como hipótesis fundamental que detrás de las discusiones de "técnica" constitucional había una fuerte disputa política en la Corte alrededor del modelo de Estado en Colombia y su papel en la intervención de la economía. Esta discusión puede verse, precisamente, releyendo las propias estrategias neutralizadoras, mencionadas anteriormente, que el juez constitucional utilizó para supuestamente eludir el abierto contenido político que planteaban los casos.

Para tal efecto, este artículo está dividido en cuatro partes. En la primera, se ofrece un contexto sobre las declaratorias de emergencia económica de Belisario Betancur y la racionalidad que había detrás de ellas, en especial la destinada a atacar el déficit fiscal. En la segunda, se presenta la forma cómo en las dos sentencias principales que se analizan se utilizó la idea de que el problema de la intervención en la economía no era de tipo "ideológico" y, en la tercera, reconstruimos el debate por la interpretación histórica de las normas sobre la intervención

[3] Respecto al problema práctico generado por la declaratoria de inexequibilidad de algunos decretos, véanse "Cruel incertidumbre", en *Revista Semana,* 11 de abril de 1983 (disponible en *http://www.semana.com/economia/articulo/cruel-incertidumbre/2042-3*, última consulta 28 de noviembre de 2016); Cepeda, *op. cit.*, págs. 61-64.

económica. Tanto en la segunda como en la tercera parte se resaltan los profundos debates políticos en la Corte sobre el modelo de Estado, su relación con los medios de producción y la historia sobre la gradual construcción de la normatividad de la emergencia económica. Al final, en la cuarta parte, se ofrecen unas conclusiones y algunas preguntas que pueden guiar futuros trabajos sobre la relación entre constitucionalismo y economía.

2. La crisis de la década de los ochenta

La noche antes de la celebración de Nochebuena de 1982, el presidente Betancur se dirigió a los colombianos en un discurso transmitido por radio y televisión en el que anunció las medidas de emergencia que se había visto obligado a tomar. El objetivo de estas era conjurar una crisis económica que se estaba manifestando en dos frentes: primero, como una crisis en el sistema financiero que se produjo como consecuencia de una serie de cuestionables prácticas por ciertos grupos empresariales que pretendieron adquirir o preservar el control de instituciones financieras, y, segundo, como un déficit fiscal que debía solucionarse para que el Estado pudiera funcionar y hacer inversiones públicas que reactivaran una economía deprimida[4].

Para solucionar estos dos aspectos de la crisis colombiana, el presidente se valió de las atribuciones consagradas en el artículo 122 de la Constitución. Este artículo fue incorporado a la Constitución de 1886 en la reforma constitucional de 1968 y su texto señalaba lo siguiente:

> "Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por períodos que sumados no podrán exceder de noventa días al año. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el presidente con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Tales decretos solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia. El gobierno en el decreto

[4] Belisario Betancur, alocución presidencial, en *La emergencia económica: régimen codificado*, Bogotá, s.f., págs. 9-11.

> en que declare el estado de emergencia señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si este no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. [...] El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo. En las condiciones y para los efectos previstos en este artículo, el Congreso se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado. [...] Durante el estado de emergencia económica el gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores".

Para la víspera de la Nochebuena de 1982, el presidente Betancur ya había usado estas atribuciones al expedir el Decreto 2920 del 8 de octubre mediante el cual se buscaron promulgar normas para "asegurar la confianza del público en el sector financiero". Las medidas del decreto se dirigieron a poner fin a ciertas prácticas de grupos económicos que, por un lado, captaban recursos del público sin tener la debida vigilancia y, por otro, utilizaban ese dinero para adquirir o mantener el control de otras compañías y no para destinarlo o canalizarlo hacia la producción. En términos simples, el gobierno veía que la crisis del sector financiero radicaba en el hecho de que grandes grupos económicos estaban captando masivamente los ahorros privados y esos recursos se destinaban a comprar acciones de otras empresas, o a financiarlas, para que dichos grupos continuaran con el control de amplios sectores de la economía[5]. Cuando algunos de los bancos, parte de estos grupos económicos que se encontraban desempeñando estas prácticas, no pudieron responder ante los ahorradores que reclamaban sus recursos, llegó la debacle financiera. Por ende, en la lógica del gobierno, había que volver a captar los recursos del público desde el sector financiero, pero este debía canalizarlos hacia la producción, no a la especulación, y no podía captarse el ahorro mediante entidades que no estuvieran sometidas a la adecuada vigilancia de los órganos de control gubernamentales. Además de la vigilancia, y ante la crisis de otros bancos, el gobierno consideraba que debía entrar a intervenir activamente el sistema financiero para garantizar que el público no entrara en pánico y retirara los recursos de los bancos. Se necesitaba del ahorro privado para la inversión, no para el control de otras compañías.

[5] Alberto Donadío, *¿Por qué cayó Jaime Michelsen?*, Bogotá, El Áncora, 1984, págs. 24-25.

Teniendo en cuenta la situación anterior, el presidente decretó el estado de emergencia económica mediante el Decreto 2919 de 1982 y de acuerdo con el artículo 122 de la Constitución. Según el decreto, las instituciones financieras privadas eran "indispensables para [el desarrollo de] la libertad de empresa", pero también señaló que las actividades de dichos establecimientos debían ejercerse "con el espíritu de servir a los intereses de la sociedad y que la propiedad debe cumplir una función social". Además, el decreto resaltó el problema de la especulación que consistía, entre otros, en el uso de los ahorros privados para concentrar la propiedad, evadir los deberes fiscales y "abusar del derecho de propiedad"[6]. Con el fin de solucionar estos problemas que, según el gobierno, "perturba[ban] en forma grave e inminente el orden económico y social", se expidió el Decreto 2920 de 1982 en donde se establecieron, a grandes rasgos, tres tipos de medidas: a) la posibilidad de nacionalizar los bancos; b) la criminalización de cierto tipos de conductas asociadas con la especulación financiera, y c) el fortalecimiento de la vigilancia sobre las entidades dedicadas a captar el ahorro del público.

La nacionalización de las instituciones financieras consistía en aquellos casos en los que el gobierno asumía la administración de las instituciones financieras "en uso de la facultad de intervención" y adquiría, además, la posibilidad de participar en el capital de las instituciones de acuerdo con ciertas reglas, y con el fin de frenar actividades ilegales y garantizar la sostenibilidad financiera de los bancos intervenidos o nacionalizados. La intervención operaba, según el decreto, cuando los administradores de dichas instituciones incurrieran en algunas conductas establecidas en la propia norma, las cuales giraban en torno a la actividad especulativa, la evasión fiscal y de la vigilancia de entes de control, y la concentración del crédito que amenazara la solvencia de los propios bancos y la confianza de los particulares en el sector financiero[7]. Así mismo, el decreto estableció un procedimiento de desnacionalización de los bancos cuando los fines de recuperación de confianza y solvencia se cumplieran en los bancos intervenidos.

Por otro lado, el capítulo III del Decreto 2920 consagraba una serie de delitos inspirados en la "protección penal de la confianza en el sistema financiero", los cuales castigaban con penas de prisión y multas algunas conductas relativas a captar dinero sin previa autorización de

[6] Véanse los Considerandos del Decr. 2919 de 1982.

[7] Véanse los arts. 1º-5º del Decr. 2920 de 1982.

las autoridades competentes y a utilizar fondos captados del ahorro privado para realizar "operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de otras sociedades"[8]. Igualmente, se señaló que se debían liquidar unas "compañías de autofinanciamiento industrial" creadas al amparo de un decreto anterior, con el fin de que se terminaran una serie de captaciones masivas de ahorro privado que estos establecimientos habían realizado. Este desmonte tenía como objetivo, que todas aquellas compañías que captaran recursos públicos fueran "instituciones financieras" sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y que la Comisión Nacional de Valores vigilara a los comisionistas de bolsa y sociedades que administraran fondos de inversión para evitar el uso de recursos del ahorro privado para adquirir el control de otras empresas u otras instituciones financieras[9]. Las compañías de autofinanciamiento comercial habían contribuido a los fenómenos de control empresarial.

Por otra parte, la emergencia económica que Betancur anunció la víspera de Nochebuena pretendió atacar el segundo factor de perturbación: el déficit fiscal. El "paquete" de decretos que el presidente expidió en desarrollo de esta emergencia planteó una especie de reforma tributaria amplia y declaró una amnistía patrimonial con el fin de atraer capitales y legalizarlos para solucionar los problemas deficitarios del gobierno[10]. Es importante señalar que, para el momento de la crisis, el gobierno colombiano no había entrado en la ola de la liberalización del mercado y creía que la reactivación económica requería más —y no menos— Estado; este último debía invertir y movilizar los recursos hacia la producción[11].

De acuerdo con el gobierno, este segundo "paquete" de decretos solucionaría el problema del "ahorro público", cuestión que impedía al Estado tener suficiente dinero para invertir y jalonar la economía. Cuando la crisis se asomaba en el horizonte, el gobierno había intentado cubrir

[8] Véanse los arts. 18-23 del Decr. 2920 de 1982.

[9] Véanse los arts. 24-28 del Decr. 2920 de 1982.

[10] Para la amnistía patrimonial, véase *La emergencia económica: régimen codificado, op. cit.,* págs. 153-167.

[11] A diferencia de lo que ocurrió por esta época en Inglaterra y Estados Unidos en donde, en los gobiernos de Thatcher y Reagan, respectivamente, se inició un desmonte del estado bienestar bajo la premisa de que la crisis económica se había producido en virtud de un estado "intervencionista". La ola de las privatizaciones y la marcha hacia el mercado iniciaba. Véase Jeffry A. Frieden, *Global capitalism. Its fall and rise in the twentieth century*, New York, W. W. Norton & Company, 2006, págs. 398-400.

el déficit con emisión de moneda, lo cual, a su vez, había causado inflación; por otro lado, al no haber recursos para la inversión, la otra estrategia utilizada fue el endeudamiento externo, decisión que aumentó la cantidad de recursos a usarse para el cubrimiento de la deuda. El Estado debía actuar con rapidez, según el gobierno, para que la situación no se deteriorara aún más. En la sustentación ante el Consejo de Estado de la declaratoria de emergencia, el gobierno sostuvo: "[...] el carácter de emergencia de la situación fiscal y presupuestal presente se deriva estrictamente de las consecuencias de este recurso presupuestal [la emisión de dinero], cuyo desmonte debe producirse en plazo relativamente corto si se desea avanzar con premura en la tarea de reanimación de la economía productiva, de fortalecimiento financiero de los sectores productivos y de la desactivación de las expectativas inflacionarias"[12].

La crisis económica de Colombia tenía como telón de fondo, además, una crisis económica de alcance más global. La crisis de la deuda externa, que se extendió por América Latina en los años ochenta, llevó a los líderes a buscar alternativas para sanear sus finanzas públicas. Si bien para los años noventa se consideraba que parte de la responsabilidad por esta crisis y el complejo problema macroeconómico de los países la tenía el modelo de industrialización por sustitución de importaciones (ISI) o de industrialización dirigida por el Estado, en este momento de la crisis colombiana no había una crítica tan extendida y abierta contra este modelo. En los años ochenta, gobiernos como el de Betancur aún buscaban una salida al problema sin el paradigma de la liberalización, sino en el marco del modelo ISI en el que el Estado, y no el mercado, tenía un activo papel en el proceso productivo[13].

Desde un punto de vista político, esta crisis económica llegó en un pésimo momento para Betancur. El presidente había llegado a la dirección del país sobre una plataforma política que no tenía el apoyo de todos los sectores de su partido y que generaba desconfianza dentro de la oposición. Asumió el poder con la idea de iniciar un proceso de paz con todas las guerrillas, aspecto que fue una de las banderas de su administración. Sin embargo, entró en tensiones con sectores conservadores de su partido que no veían con buenos ojos su política de negociación con los movimientos armados; con parte de los liberales que perdían protagonismo político; con los militares y los gremios económicos, a

[12] Sustentación ante el Consejo de Estado, *La emergencia económica: régimen codificado*, Bogotá, s. f., pág. 37.

[13] Luis Bértola y José Antonio Ocampo, *El desarrollo económico en América Latina desde la Independencia*, México, FCE, 2013, págs. 260-263.

punto de que llegó a decirse que el presidente tenía una "prisa por la paz" que lo impulsaba terca y solitariamente hacia la negociación con la insurrección armada[14]. La crisis económica le llegó entonces a un presidente que intentaba darle un viraje a la política estatal respecto a la insurgencia, luego de suceder en el poder a un gobierno autoritario[15]; al proceso de paz de Betancur le faltaba el apoyo de factores reales de poder como las fuerzas armadas, el Ejército y los gremios económicos[16]. De este modo, lo que estaba en juego en la superación de la crisis financiera y fiscal no era solo el tema económico: también se trataba de la forma como el presidente tendría que relacionarse o aislarse de los grupos de poder para sortear los problemas relacionados con la economía. ¿Podría sortear la crisis aisladamente acudiendo a la emergencia o tendría que generar consensos en el legislativo con unos partidos políticos que no lo apoyaban decididamente? ¿Qué consecuencias tendría el destino de la emergencia para su estilo de gobierno a futuro? La Corte Suprema de Justicia primero le dio las herramientas al presidente para atacar la crisis financiera; pero luego declaró la inconstitucionalidad de las reformas tributarias emprendidas bajo el amparo de la emergencia económica. La intervención del tribunal afectó el gobierno del presidente[17]. La Corte debía conocer la relevancia política de sus fallos. En ese marco es entendible que acudiera a estrategias para quitarle el tono "ideológico" al debate y preservara su propia legitimidad en el sistema como el árbitro jurídico —y exclusivamente jurídico— de las controversias. Pero, como veremos en las siguientes secciones, los fallos al acudir a espacios argumentativos supuestamente neutrales, abrían nuevos campos de batallas políticas del derecho.

3. La nacionalización de los bancos como problema ideológico

Las medidas del Decreto 2920 de 1982 (sobre la crisis financiera) generaron una completa división en la Corte Suprema de Justicia;

[14] Sobre la actitud del presidente durante la negociación de paz durante el gobierno Betancur, véase Socorro Ramírez y Luis Alberto Restrepo M., *Actores en conflicto por la paz. El proceso de paz durante el Gobierno de Belisario Betancur 1982-1986*, Bogotá, Siglo xxi-cinep, 1988, págs. 62-86.

[15] El gobierno anterior a Betancur, el de Julio César Turbay, se caracterizó por una serie de duros enfrentamientos con la subversión y con la pérdida de legitimidad de un régimen acusado de torturas. Véase Jorge González Jácome, *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur*, Bogotá, Edit. Pontificia Universidad Javeriana, 2015, págs. 300-323.

[16] Ramírez y Restrepo, *op. cit.*, págs. 208-228.

[17] Cepeda, *op. cit.*, págs. 64-71.

gran parte del decreto fue declarado exequible, pero dieciséis de los veinticuatro magistrados expresaron reparos, al menos parciales, a la sentencia discutida en la Sala Plena que declaró la constitucionalidad de casi todos los artículos del decreto[18]. Una de las grandes discusiones de la Corte giró en torno a la naturaleza de la emergencia económica como mecanismo de intervención del gobierno en la economía y, en consecuencia, si la nacionalización de los bancos estaba incluida dentro de esas herramientas de intervención que la Constitución autorizaba. Para la posición mayoritaria, la nacionalización era constitucional y para una minoría era una expropiación por vía administrativa a todas luces inconstitucional.

En el debate de la Corte, la discusión giró en torno a la diferencia entre un sistema de economía capitalista y uno de corte socialista, mostrando que una de las principales preocupaciones de los magistrados consistía en que, de aprobar las medidas, Colombia se estuviera deslizando hacia el socialismo. Por ende, la estrategia de la posición mayoritaria fue quitarle el tono ideológico a la discusión sobre la nacionalización, señalando que "parejamente a lo ocurrido con otras instituciones económicas como la planeación, [la nacionalización] se encuentra hoy desprovista de toda connotación ideológica que la identifique con un determinado modelo de gobierno". Así, la Corte pasaba a enumerar una serie de "países occidentales" en los que estaba consagrada la nacionalización, para así disipar el temor de que las medidas podían representar un tránsito hacia el socialismo. La Corte asoció la nacionalización con el tema de la "función social de la propiedad" que implicaba una serie de obligaciones, cuestión que el decreto declaratorio de la emergencia resaltaba como fundamento de su expedición[19].

El problema de la aplicación de la función social, en este caso radicaba en que, tal como el mismo decreto señalaba, Colombia no solo protegía la inspiración social de las actividades privadas, sino que, además, era obligatorio proteger unas libertades y unos derechos individuales. En consecuencia, la pregunta era cómo ponderar la función social frente al derecho de propiedad y la libre empresa ante la medida de las nacionalizaciones. La Corte señaló que la función social había estado reconocida en nuestro ordenamiento jurídico desde 1936, cuando quedó establecida en la Constitución. Sin embargo, el

[18] C. S. de J., Sala Plena, sent. 85 de 2 diciembre 1982, "G. J.", t. CLXXI, núm. 2409, págs. 541-575.

[19] Ibíd., pág. 556.

consenso alrededor de la función social como un norte interpretativo era más difícil de sostener en la década de 1980, que lo que pudo ser en la década de 1930. De hecho, la interpretación de la función social siempre había contado con varias conceptualizaciones que implicaban diferentes efectos. Si se consideraba que la propiedad *era* una función social[20], no un derecho, entonces no había conflicto como el planteado por la Corte; cualquier uso de la propiedad fuera de su función social debería ser sancionado por las normas jurídicas. No obstante, si se interpretaba, como al parecer lo planteaba el gobierno, que la propiedad *tenía* una función social, la cuestión planteaba un desafío como el que la Corte tenía entre manos. Históricamente, la interpretación de la propiedad como un derecho individual con función social, fue una forma de defensa de los sectores más conservadores frente a perspectivas más socializantes que planteaban que el derecho se justificaba como un mecanismo para proteger y realizar la función social y no simplemente derechos y libertades subjetivas[21].

No obstante, lo llamativo es que en la decisión mayoritaria la Corte no quiso entrar a dar esa discusión que parecía obvia a partir del propio texto del decreto: si la nacionalización estaba conectada con la función social, entonces el debate era claramente ideológico en el sentido de definir los alcances y los límites de una figura que se derivaba de la concepción de la utilidad social de la propiedad. En un extremo, de acuerdo con el marco constitucional, estaba el entendimiento de la propiedad como función social, mientras que en el otro estaba su comprensión como derecho individual. Ubicarse a lo largo de este espectro abierto por los dos extremos posibles en un Estado capitalista, posicionaría la decisión más hacia un "régimen" liberal o hacia uno más social. La Corte entendió que solo habría un problema ideológico si había un enfrentamiento entre capitalismo y socialismo, pero no reparó que, aunque se estuviera dentro de un sistema capitalista, había más discusiones ideológicas dentro del propio capitalismo[22]. Se trataba de plantear una versión más social

[20] Léon Duguit, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Madrid, Heliasta, 1975, págs. 9-26.

[21] Por ejemplo, para distanciarse del socialismo, la Iglesia católica abogó por este balance entre el componente individual y el social del derecho de propiedad que consideraba como "derecho natural". Véase Pío xi, *Quadragesimo Anno*, 1931 (disponible en *http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html*, última consulta 6 de diciembre de 2016).

[22] Robert W. Gordon, "Some critical theories of law and their critics", en *The politics of law. A progressive critique*, ed. David Kairys, New York, Basic Books, 1998, págs. 641-661.

o más liberal-individualista de un sistema capitalista, aspecto íntimamente ligado a una discusión de tipo político, en el sentido de que se trataba de un debate referente a una posición sobre la distribución de recursos en una comunidad[23].

En el salvamento de voto del magistrado Manuel Gaona, había una consideración más abierta frente a este problema ideológico que la Corte había eludido rápidamente en su decisión mayoritaria[24]. Gaona afirmó que la nacionalización ordenada en el decreto estaba vulnerando la Constitución al desplazar el sistema hacia un socialismo de Estado: la base del capitalismo, según Gaona, consagraba la expropiación con indemnización, pues esto era el reconocimiento de la propiedad privada. En ese contexto, el magistrado afirmó:

> "En armonía con lo previsto en nuestra Constitución y *con la ideología de sustento del Estado capitalista*, es entonces de la esencia de la nacionalización la previa y justa indemnización que ocasione la expropiación y la supresión de la actividad económica particular. En consecuencia [...] toda nacionalización presupone una expropiación o cambio de objeto de la propiedad particular y de la actividad económica privada, sin que ello naturalmente comporte nunca un desconocimiento de estas"[25].

Así, Gaona consideraba que la propiedad era un derecho que tenía una función social y que, por tanto, por regla general eran los individuos los que determinaban su uso y destinación en el marco de la actividad económica. El intervencionismo estatal, reconocido por Gaona, era un instrumento característico del capitalismo contemporáneo. Por tal razón, el intervencionismo se realizaba en el marco del cumplimiento de los derechos individuales y, por ende, cualquier afectación a ellos, debía ser compensada por el Estado. El "intervencionismo" tenía como corolario los derechos de los asociados[26]. En ese contexto, la concepción de Gaona llevaba, implícitamente, a la conclusión de que la discusión sí era ideológica: Colombia era un Estado capitalista y la nacionalización debía encajar dentro de esta ideología. No bastaba con decir que la nacionalización no tenía un tinte ideológico, tal como lo mencionaba

[23] Duncan Kennedy, *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico 1850-2000*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

[24] El salvamento de voto se encuentra en la sentencia citada en la nota al pie 18.

[25] Ibíd., pág. 565.

[26] Ibíd., págs. 565-568.

la posición mayoritaria: el punto era que las formas para llevar a cabo la nacionalización, si bien podían darse en un Estado capitalista, tenían que darse en el marco de una respuesta sobre si primaba más la idea de propiedad como función social o como un derecho individual primero que todo, el cual debía ejercerse con atención a la función social. Gaona captó en su salvamento de voto esta dimensión ideológica del asunto.

Además, como discusión clave, Gaona resaltó si una emergencia económica podía crear una manera nueva de expropiar, diferente a las contempladas en la Constitución. La posición mayoritaria señaló que la nacionalización de las instituciones financieras era diferente a la expropiación que operaba en tiempos de paz[27]. De nuevo, la discusión volvía a ser ideológica alrededor de la pregunta: ¿puede un Estado capitalista consagrar vía excepción nuevos modos de expropiar la propiedad alterando la esencia de este modelo de producción? Sin abordar esta pregunta expresamente, la respuesta implícita de la mayoría era afirmativa: la expropiación, en razón de "su naturaleza [y] en virtud del procedimiento aplicable para su cumplimiento [se consagraba] para épocas de normalidad institucional, *totalmente ajena* [...] a los momentos de crisis"[28]. Este aspecto tenía, para Gaona, un tinte ideológico que debía analizarse, nuevamente, frente a los requisitos de un Estado capitalista como el colombiano. En un Estado de esta naturaleza no podía haber una expropiación por vía administrativa como la que consagraba el decreto. Si bien la nacionalización no era una expropiación en el sentido de tomar unos bienes que formaban parte del activo patrimonial de una persona —como una casa o unas acciones—, de todos modos era una expropiación en la medida que el Estado, al tomar la administración de las instituciones financieras, estaba interviniendo en la libertad de empresa y en la privación de una industria lícita —con todos sus activos y pasivos—: era una expropiación patrimonial[29]. Gaona concluyó que ni siquiera en tiempos de emergencia podía un Estado alterar estos postulados de un sistema capitalista. La nacionalización era una reforma constitucional en donde el presidente estaba haciendo uso de un poder constituyente que modificaba la Carta al crear un nuevo modelo de producción[30]. Para que hubiera nacionalizaciones al estilo del Decreto 2920, debía presumirse que el Estado ya no era uno de tipo capitalista, aspecto que implicaba una reforma constitucional.

[27] Ibíd., págs. 554-556.

[28] Ibíd., pág. 556.

[29] Ibíd., págs. 569, 575.

[30] Ibíd., pág. 575.

4. La gradual construcción de un Estado interventor

El otro lugar de interpretación que hizo estallar la división política en estos casos fue la historia sobre las normas de intervención del Estado en la economía, en especial la adopción del artículo 122 sobre la emergencia económica. En la Corte, existieron al menos dos interpretaciones históricas sobre la trayectoria de la intervención económica del Estado a lo largo del siglo xx. La primera mostraba la emergencia económica como el resultado de un proceso de consolidación de la intervención del ejecutivo en la economía, mientras que la segunda resaltaba que el legislativo era el órgano encargado de la intervención por excelencia, intentando así evitar que lo hiciera el ejecutivo. Veamos, entonces, estas dos narrativas.

La primera de ellas puede verse en la sentencia que declaró la constitucionalidad de la intervención en el sector financiero y la nacionalización de los bancos, entre otras medidas. El uso de la historia pretendía neutralizar el debate ideológico describiendo una "evolución objetiva" de los mecanismos de intervención en la economía. Primero, la Corte mostró que desde la primera posguerra se había iniciado un proceso de intervención del Estado en la economía de los países occidentales en pro del interés público. Segundo, los magistrados describieron cuáles fueron los mecanismos constitucionales mediante los cuales se dio esta intervención. La narrativa histórica estaba conectada con la neutralización ideológica en la medida que la mayoría de la Corte pretendió mostrar la intervención del Estado como un modelo de organización de la producción al que se había llegado luego de transitar un cambio social que había producido unos cambios "necesarios" en el derecho[31].

En esta narrativa, el punto más relevante fue el de justificar la existencia del artículo 122 de la Constitución Política de 1886, sobre la emergencia económica en el marco de esta historia evolutiva. Para la Corte, su adopción constituyó "la última etapa o el remate de un proceso largo y fecundo" de la relación entre el Estado y la economía. El fenómeno de la intervención del Estado en la economía, que según la Corte, fruto de las consecuencias económicas de la primera posguerra, había sido resuelto desde las normas constitucionales en tres etapas. En la primera, el ejecutivo había hecho uso de las facultades extraordinarias

[31] Esta estrategia narrativa ha sido denominada como "funcionalismo evolutivo" y es fuertemente criticada por Robert W. Gordon, "Critical legal histories", en *Stanford Law Review*, 36:57, 1984.

consagradas en el artículo 76, numeral 12 de la Constitución, el cual señalaba que el Congreso podía concederle "precisas facultades extraordinarias" al presidente, por un tiempo limitado, cuando lo exigieran la necesidad o la conveniencia pública. Con posterioridad, según la Corte, el ejecutivo había utilizado el artículo 121, sobre el estado de sitio, para expedir normas de intervención en la economía para conjurar las crisis. Si bien el estado de sitio se establecía para enfrentar las alteraciones del orden público, en un amplio período histórico se había entendido que el orden económico formaba parte integrante del orden público, desarrollándose el concepto de orden público económico[32]. Finalmente, el artículo 122 había logrado un "perfeccionamiento técnico jurídico del llamado orden público económico [...] sorteando los graves riesgos inherentes al estado de sitio"[33].

Como supuesto de esta reconstrucción histórica, la intervención económica se constituía como la provincia exclusiva del ejecutivo. Pareciera que el punto más bajo, o de inicio, en esta narrativa evolutiva, fue el momento en el que la intervención se producía bajo la autorización del Congreso mediante facultades extraordinarias. Luego, el uso del artículo 121 fue "exagerado" al declarar la turbación de todo el orden público cuando solo había habido una alteración de cuestiones económicas, o cuando se tomaban medidas económicas habiéndose alterado "solo" el orden público. Por ende, separar las dos causales fue la mejor decisión para dotar al ejecutivo de la herramienta precisa para atacar los problemas económicos sin caer en un estado de excepción tan amplio como el del artículo 121. Pero la Corte, en esta narrativa, sostenía que el camino fue ascendente hasta plantear una emergencia económica en cabeza del ejecutivo. En concreto, esta narrativa parecía justificar la existencia de la emergencia económica como un instrumento prácticamente necesario en pro de la intervención en la economía.

La segunda narrativa partía de un supuesto distinto y, por ende, no veía de una manera tan favorable la llegada del artículo 122 de la Constitución de 1886 y trató de limitar su uso. Según esta segunda postura histórica, la solución a los problemas del abuso del artículo 121 no fue la constitucionalización de la división entre "orden público" y "orden económico". Así, en esta narrativa, la evolución hacia el 122 era sutilmente diferente: en 1936, en la reforma, bajo el primer gobierno de López Pumarejo, se limitó el intervencionismo del ejecutivo en el Estado.

[32] Véase González Jácome, *op. cit.*, págs. 124-126.

[33] C. S. de J., *op. cit.*, pág. 558.

La reforma de 1936, si bien había planteado la posibilidad de intervenir la economía, había señalado que ello solo podía hacerse "por medio de leyes". La discusión alrededor de este aspecto giró en torno a la ley si en sentido formal era la única autorizada para intervenir la economía o si el presidente podía hacerlo mediante el uso de decretos-leyes originados en las facultades extraordinarias expedidas por el Congreso para tal efecto (art. 76). La reforma constitucional de 1945 había intentado zanjar esta polémica señalando que la intervención se debía hacer "por mandato de la ley", aunque los magistrados resaltaron que la reforma dejó, a su vez, en pie una cláusula prohibiendo que se interviniera en la economía mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias. Según los magistrados que apoyaron este fallo, durante buena parte del período transcurrido entre 1945-1968, "el Congreso, que era el competente para legislar en materia de intervención económica y social, por lo general no lo hacía, y el ejecutivo, que buscaba hacerlo, no podía hacerlo", sino mediante decretos legislativos expedidos en vigencia del estado de sitio en virtud de la ampliación de la idea de orden público a orden económico[34].

En 1968 se pretendió solucionar esta situación dando mayores facultades al ejecutivo en el manejo de la economía. La reforma constitucional de ese año no solo aprobó el artículo 122, que desde esta perspectiva era algo importante pero secundario para el regreso al cauce institucional, sino también la abolición de la prohibición al ejecutivo para intervenir mediante decretos-leyes expedidos en el marco de facultades extraordinarias. Igualmente, se le dio la exclusividad en la iniciativa legislativa de proyectos de ley sobre "estructuración administrativa, gasto público, tributación y organización del régimen fiscal, presupuestal y de planeación". Así mismo, la reforma le dio la atribución de intervenir mediante reglamentos constitucionales en temas relacionados con el Banco de la República y el ahorro privado, en general. En este sentido, esta narrativa consideraba que el artículo 122 era una manera excepcionalísima de intervenir en la economía y que el retorno a los "derroteros institucionales" al evitar el uso y abuso del estado de sitio se produjo, principalmente, mediante los mecanismos ordinarios de intervención en la economía, mencionados anteriormente[35].

Hacer o no un énfasis en el artículo 122 como el "perfeccionamiento técnico del orden público económico", tuvo unas consecuencias

[34] Ibíd., Sala Plena, sent. 8 de 23 febrero 1983, "G. J.", t. CLXXV, núm. 2413, págs. 92-93.

[35] Ibíd., págs. 93-94.

notables. Para la primera narrativa, el artículo 122 era esencial a la función de la intervención económica y daba un mayor ámbito de acción al ejecutivo. Para la segunda, lo esencial eran otros mecanismos de la reforma de 1968. En consecuencia, no es extraño que la primera narrativa histórica llevó a declarar constitucional el decreto de nacionalización de los bancos, mientras que la otra concluyó que la emergencia para hacer una reforma tributaria no pasaba el rasero del juez: dependiendo de la historia escogida se otorgarían más o menores poderes en virtud de la emergencia económica.

Así mismo, en la primera narrativa histórica, al conceptualizar la emergencia económica principalmente como un mecanismo que "permite al Estado intervenir en la economía", no hay mayor cuestionamiento a los requisitos para declararlo[36]. Si hay una crisis económica, el mecanismo de intervención es el del artículo 122. En contraste, la narrativa de la sentencia de 1983 apunta a otro lugar: para los magistrados que apoyaron este fallo, Colombia era un Estado capitalista "asentado sobre inveterados pilares de penuria y subdesarrollo económico". Como esta situación de subdesarrollo no era nueva en 1982-1983, sino que se arrastraba durante toda su historia, el diseño constitucional de la intervención económica se había hecho para que el régimen tuviera "la suficiente consistencia y flexibilidad para resistir [...] a los fenómenos cíclicos y coyunturales normales de la inflación, la devaluación monetaria, del déficit constante, de la emisión monetaria recurrente, de la crisis en los precios internacionales de los productos de exportación, del desempleo [...] y esta situación se ha vuelto regular y no es por lo tanto «sobreviniente»"[37]. La idea planteada por la Corte consistía en que los mecanismos ordinarios de intervención económica en un país como Colombia, para el cual el subdesarrollo no era algo nuevo, eran los adecuados para manejar la economía.

Los efectos de esta reconstrucción histórica en el control constitucional fueron evidentes: por un lado, si se consideraba que el problema del presidencialismo había sido solucionado, en buena medida, mediante la creación de un nuevo estado de emergencia para que no se usara el estado de sitio con el objeto de expedir decretos con contenido económico, entonces el ejecutivo ya tenía los controles adecuados para que no desbordara su poder. El punto fundamental consistía en que, so pretexto de la alteración del orden público, el ejecutivo no legislara sobre

[36] Véase *supra* nota al pie 33.

[37] C. S. de J., Sala Plena, sent. 8, *op. cit.*, pág. 94.

cuestiones económicas durante un estado de sitio cuya finalidad era diferente. Esa distinción ya planteaba un límite eficaz para el presidencialismo colombiano. El significado histórico de la aparición del artículo 122 se erigía, en esta perspectiva, como el resultado de una evolución hacia el control del ejecutivo.

Sin embargo, desde la segunda perspectiva, la historia del intervencionismo y del artículo 122 de la Constitución de 1886 tenía un énfasis distinto. Se resalta que este artículo apareció en la reforma constitucional de 1968, en la cual, a su vez, se habían aumentado los poderes ordinarios del presidente para intervenir en la economía[38]. Por tal motivo, la posición mayoritaria de la Corte en la sentencia de 1983 implicaba que el artículo 122 tenía la virtud de separar el estado de sitio del de emergencia económica, pero en el contexto de que el presidencialismo no se había disminuido, sino consolidado por vías ordinarias. Esta reflexión sustentada en el significado histórico del artículo 122, llevó a la Corte Suprema a tocar las puertas de una facultad que luego, en la década de los noventa, la Corte Constitucional consolidaría: el control constitucional de los decretos declaratorios de la emergencia[39]. Si el objetivo era limitar el presidencialismo, en concepto de la Corte Suprema había que vigilar muy de cerca el correcto uso de la emergencia y, por este motivo, la sentencia dedicó una reflexión a lo que se entiende por emergencia y al déficit fiscal, en un país subdesarrollado, que no era un acontecimiento que ameritara esta declaración. La Corte no reclamó la competencia para revisar la declaratoria de la emergencia, pero dejó claro que el control a la idea de emergencia sería, a futuro, fundamental para limitar el presidencialismo en materia de intervención económica.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La disputa por la interpretación del significado histórico del artículo 122 de la Constitución Política de 1886 no fue pacífica dentro de la Corte. Las tensiones no reflejaron una discusión simplemente técnica, sino una postura sobre la trayectoria histórica de los controles al presidencialismo. Los argumentos históricos, como los desarrollados por

[38] Respecto al aumento de los poderes de intervención del presidente en la economía, véase ANTONIO BARRETO ROZO, *Venturas y desventuras de la Regeneración*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011, págs. 161-176.

[39] Véase C. S. de J., sent. C-122 de 1997, MM. PP. Antonio Barrera y Eduardo Cifuentes.

la Corte, no fueron simplemente reconstrucciones objetivas de lo que ocurrió en el pasado. La forma como leemos el pasado está coloreada por la interpretación de nuestro presente, del futuro y de los valores que queremos defender[40]. En tal sentido, las interpretaciones históricas de las normas a las que los jueces acuden para zanjar discusiones, reabren un nivel adicional de discusión en donde se expresa un conflicto político en el derecho, entendiendo por este una disputa en donde se enfrentan al menos dos demandas éticas diferentes de lo que debe ser el derecho[41]. En este caso, el debate estuvo centrado sobre cómo veían los magistrados el límite al presidencialismo establecido en el artículo 122 de cara a una democracia en un país en vías de desarrollo. Para unos, este límite era convenientemente difuso, de modo tal que el presidente debía tener un amplio poder para controlar la economía siempre y cuando usara el mecanismo adecuado. Para otros, el límite al presidencialismo pasaba por una creciente restricción a los poderes de intervención excepcionales, de tal manera que se abogaba por un presidente cada vez más controlado. Esta disputa fue la cuestión política por excelencia del derecho constitucional en buena parte del siglo XX[42].

6. Bibliografía

A) *Libros y artículos académicos*

Barreto Rozo, Antonio: *Venturas y desventuras de la Regeneración*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

Bértola, Luis y Ocampo, José Antonio: *El desarrollo económico en América Latina desde la Independencia*, México, fce, 2013.

Burke, Peter (ed.): *Formas de hacer historia*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

Cepeda Espinosa, Manuel José: "Las relaciones entre el presidente y la Corte durante la emergencia económica", en *Estado de sitio y emergencia económica*, Bogotá, Imprenta y Publicaciones de la Contraloría General, 1985.

[40] El tema de la historia como una disciplina no objetiva en la descripción del pasado es común encontrarlo en todas las discusiones contemporáneas. Solo un ejemplo de los diferentes aspectos que pueden llevar a escribir historias desde diferentes perspectivas, puede encontrarse en Peter Burke (ed.). *Formas de hacer historia*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

[41] Kennedy, *op. cit.*, pág. 119.

[42] Al respecto, véase, por ejemplo, Alfredo Vázquez Carrizosa, *El poder presidencial en Colombia*, Bogotá, Edic. Suramericana, 1986.

Clavijo, Sergio: "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000", en *Revista de Derecho Público*, 12:27, 2001.

Donadío, Alberto: *¿Por qué cayó Jaime Michelsen?*, Bogotá, El Áncora, 1984.

Duguit, León: *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Madrid, Heliasta, 1975.

Frieden, Jeffry A.: *Global capitalism. Its fall and rise in the twentieth century*, New York, W. W. Norton & Company, 2006.

González Jácome, Jorge: *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur*, Bogotá, Edit. Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

Gordon, Robert W.: "Critical legal histories". *Stanford Law Review*, 36:57, 1984.

— "Some critical theories of law and their critics", en *The politics of law. A progressive critique*, ed. David Kairys, New York, Basic Books, 1998, 641-661.

Kennedy, Duncan: *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico 1850-2000*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Ramírez, Socorro y Restrepo M., Luis Alberto: *Actores en conflicto por la paz. El proceso de paz durante el gobierno de Belisario Betancur 1982-1986*, Bogotá, Siglo XXI-cinep, 1988.

Uprimny, Rodrigo: "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía", en *Revista de Derecho Público*, 12:145, 2001.

Vázquez Carrizosa, Alfredo: *El poder presidencial en Colombia*, Bogotá, Edic. Suramericana, 1986.

B) *Leyes, sentencias y documentos oficiales*

Betancur, Belisario: *La emergencia económica. Régimen codificado* (alocución presidencial). Bogotá, s. f.

Congreso de la República, Decreto 2919 de 1982, *Diario Oficial*, año cxix, núm. 36120, pág. 305.

— Decreto 2920 de 1982, *Diario Oficial*, año cxix. núm. 36120, pág. 305.

Corte Constitucional, sent. C-122 de 1997, MM. PP. Antonio Barrera y Eduardo Cifuentes.

C. S. de J., Sala Plena, sent. 85 de 2 diciembre 1982, "G. J.", t. clxxi, núm. 2409, págs. 541-575.

— Sala Plena, sent. 8 de 23 febrero 1983, "G. J.", t. clxxv, núm. 2413, págs. 92-93.

Pío XI: *Quadragesimo Anno* (1931). (Disponible en *http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html*, última consulta 6 de diciembre de 2016).

C) *Prensa*

Revista Semana, 11 de abril de 1983. (Disponible en *http://www.semana.com/economia/articulo/cruel-incertidumbre/2042-3*, última consulta 28 de noviembre de 2016).

Capítulo XIII

La Corte Suprema de Justicia frente al Plebiscito de 1957. ¿Cuál soberano para los momentos de crisis?

Análisis y resonancias de la sentencia de 28 de noviembre de 1957[*]

Diana Durán Smela[**]

Resumen. Colombia vivió una coyuntura político-jurídica crítica a mediados del siglo xx, que la condujo a necesitar introducir mediante reforma constitucional, un acuerdo partidista en su ordenamiento jurídico. La Constitución Política de 1886 no permitía acudir para este efecto al constituyente primario, sino que exigía que cualquier reforma constitucional se llevara a cabo en el Congreso mediante Acto Legislativo. La Junta Militar de Gobierno propuso, sin embargo, en 1957, el mecanismo del Plebiscito para realizar el cambio y la Corte Suprema de Justicia, en su fallo del 28 de noviembre de 1957, se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicha convocatoria, abriéndole así la puerta a una nueva alternativa de reforma constitucional. Esta fue una ruptura con relación al lugar que podía ocupar el pueblo como constituyente primario. Al volver a declararse inhibida, la Corte en 1987 impulsa sin proponérselo otra vez, la opción de modificación constitucional por el pueblo. Esto consolidó definitivamente el lugar de la soberanía popular en el ordenamiento jurídico colombiano. La Corte Suprema de Justicia se convierte así en agente principal del cambio político y jurídico que necesitaba el país para superar sus crisis.

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.100

[**] Doctora en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana. dea en Derecho Público Interno Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, dea en Derecho de la Economía Internacional y del Desarrollo Université de Paris V René Descartes. Abogada Universidad de los Andes. Profesora Asociada. Directora Área de Derecho Constitucional de la misma universidad.

Palabras clave: Constitución Política de 1886, reforma constitucional, constituyente primario, constituyente derivado, soberanía popular, Plebiscito, acto legislativo, violencia, crisis.

1. Introducción

El objetivo del presente escrito es revisar cuál fue el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia con relación a la constitucionalidad del Plebiscito[1] de 1957 y los alcances posteriores a ese fallo. Las cortes como órganos de cierre, están llamadas a determinar si las normas son o no acordes con el ordenamiento jurídico. Ese es un ejercicio que nunca es fácil, pero consideramos que es aún más complejo cuando en circunstancias de fuerte inestabilidad política y social, se propone para salir de la crisis, recurrir a la voluntad popular como expresión del constituyente primario.

Nos interesa así, revisar cuál fue el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia para entender en qué consistió su papel en términos jurídicos y políticos durante el período que antecedió al proceso plebiscitario de mediados del siglo pasado[2]. La Corte Suprema de Justicia optó, en 1957, por ¿ser flexible para ayudar a la implementación de una *Paz de partidos*?[3], o pretendió ¿defender rigurosamente la Constitución de 1886?, ¿tuvo en cuenta lo se quería introducir con el

[1] Es importante aclarar que los términos jurídicos del Plebiscito de 1957 equivaldrían hoy, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991 y de las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015, a un referendo aprobatorio gubernamental, ya que su objetivo principal era introducir al ordenamiento jurídico nuevas normas. Los plebiscitos desde 1991 son mecanismos de participación ciudadana que buscan la refrendación de decisiones políticas exclusivamente. También es importante decir que para el Plebiscito para la Paz, o sea, el de 2 de octubre de 2016, se modificaron mediante acto legislativo del mismo año los requisitos que trae la Ley 1757 de 2015 para llevar a cabo los plebiscitos en nuestro país. Se suprimió el umbral de participación que equivale al 50% del censo electoral y el umbral de aprobación fue bajado a 13 por ciento, siempre y cuando el resultado fuera superior al "No". En la Ley estatutaria 1757 de 2015 vigente, el umbral de aprobación después de pasar el de participación debe equivaler entonces a la mitad más uno del 50% del censo electoral.

[2] Agradezco las conversaciones sostenidas con el profesor Jorge González Jácome, que ha investigado sobre la sustitución de la Constitución y quien me retroalimentó y aportó ideas; lo mismo al estudiante José Sebastián Calderón Pedraza, que fue mi asistente de investigación y con quien compartimos numerosas inquietudes.

[3] E. Pizarro Leongómez, *Comienza el Frente Nacional: paz de partidos*, 2004. Recuperado el 28 de noviembre de 2012. Obtenido de *ColombiaLinK: http://www.colombiaLinK.com/01_index/index_historia/07_otros_hechos_historicos/0280_frente_nacional.html*.

Plebiscito de 1957 ya pactado?, ¿cómo leyó la Corte a la población, era posible abstraerse del momento político y social?

La cuestión principal que se debatió en la sentencia del 28 de noviembre de 1957 y en el pronunciamiento posterior del 9 de junio de 1987, que a su vez expondremos, es sobre cuál es el lugar que le da la Corte Suprema de Justicia al constituyente primario y cómo lee su capacidad para tomar decisiones soberanas. La Constitución Política de 1886 solo permitía las reformas constitucionales mediante Acto Legislativo, las manifestaciones de democracia directa eran así una amenaza a la institucionalidad vigente y, por tanto, las Cortes de 1957 y 1987 se veían ante la encrucijada de darle validez o no a una expresión de soberanía popular. Veremos que la lectura que hizo la Corte Suprema del momento político y de la sociedad civil en esas dos ocasiones, así fuese treinta años después en el segundo caso, tuvo mucho que ver con el sentido de los fallos.

Revisar cómo actuó la Corte en esas circunstancias, es interesante, ya que nuestro país acaba de pasar por un proceso plebiscitario (2 de octubre de 2016), que aunque no es fácil comparar, puesto que las coyunturas históricas y políticas son muy distintas, lo mismo que el lugar que poseen las Cortes, sí nos permite identificar antecedentes en cuanto a cómo se comportó un tribunal constitucional colombiano cuando la búsqueda de la paz o, mejor dicho, de un pacto de paz estaba de por medio. En 2016 se trató de refrendar un acuerdo construido durante seis años con un grupo guerrillero, con el cual llevábamos cincuenta y dos años de conflicto; en 1957 se buscó acabar con la época de *La Violencia* fratricida entre liberales y conservadores, y encontrar un entendimiento que se pensó en ese momento debía pasar por la paridad política y burocrática entre dichos partidos políticos. A su vez, en 1987 se confirmó el fallo de 1957 dejando así abierta la puerta para que el constituyente primario volviera a manifestarse y ayudara de esta manera a conjurar la grave crisis de finales de los años 1980, que se concretó, después de que el Consejo de Estado intentara obstaculizar lo imparable, en una Asamblea Nacional Constituyente que culminó con la Constitución Política de 1991.

Probablemente, ninguna de las alternativas posibles de arreglo político y jurídico para conjurar la crisis fuesen completas y definitivas; pero lo que sí vale la pena decir, es que los tribunales constitucionales han estado listos o —por qué no— también forzados por su misma razón institucional a participar. Lo han hecho tratando de aportar a los acuerdos sin violentar la normativa vigente y eso independientemente de los argumentos jurídicos empleados en sus fallos. En general, han

sido estratégicos, no se han comprometido o le han hecho el juego al gobierno no interfiriendo en el proceso y así no siendo un impedimento para la paz; paz que sería, además, ratificada o no popularmente. Así mismo, han sido conscientes de la importancia de sus pronunciamientos en momentos de turbulencia política y social, de los cuales solo es posible salir mediante un cambio jurídico e institucional.

La revisión efectuada en este escrito se concentrará en las sentencias del 28 de noviembre de 1957 y del 9 de junio de 1987 de la Corte Suprema de Justicia, con la coletilla del auto del 4 de abril de 1988 del Consejo de Estado. De los apartes de las discusiones presentes en estos fallos, se verá cómo ha sido la evolución del lugar que ocupa el constituyente primario en las reformas constitucionales antes de la Constitución de 1991.

Para hacerlo dividiremos el escrito de la siguiente manera: en una primera parte presentaremos el momento histórico en el que se tomó la decisión de utilizar un Plebiscito en 1957 como recurso jurídico para darle legitimidad fundamental a una decisión política. Expondremos, brevemente, cómo y por qué llegó Rojas Pinilla al poder, en qué consistieron los pactos bipartidistas que buscaban incorporar el Frente Nacional y el papel que desempeñó la Junta Militar. En una segunda parte examinaremos cuál era la situación política y jurídica de la Corte Suprema de Justicia que venía del Gobierno de Rojas y nos centraremos en la sentencia del 28 de noviembre de 1957 revisando los argumentos jurídicos que la llevaron a pronunciarse mediante una sentencia inhibitoria. Veremos cómo analizó la legitimidad del gobierno *de facto* y cómo entendió la competencia de la Corte para conocer de los decretos dictados por este; nos detendremos también en el concepto de la Procuraduría que consideraba, en contraposición, que la Corte sí debía conocer sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos de la Junta Militar. A continuación, en la tercera parte, haremos referencia a las resonancias y alcances posteriores a la sentencia de 1957, revisando, específicamente, la sentencia 54 del 9 de junio de 1987 que confirmó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 1957 y sin proponérselo, alimentó con este la ilusión de un nuevo cambio constitucional con base en la participación del pueblo. También, mencionaremos el intento de Plebiscito de 1988 que aunque no prosperó debido, entre otros, al auto del Consejo de Estado del 4 de abril de 1988, que argumentó que las reformas constitucionales solo podían realizarse mediante Actos Legislativos, sentó las bases para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Para concluir, sostendremos que más que una estrategia u apoyo político al gobierno o al momento histórico

de turno, se trata de una dificultad de los poderes constituidos de leer el momento histórico y de ser conscientes de enfrentarse a la presencia que siempre será más legítima que cualquier otra, la del pueblo, el cual es el llamado en últimas a tomar la decisión final. Se le temerá o no al poder del constituyente originario.

A continuación, revisaremos de manera concisa los antecedentes histórico-políticos de la sentencia del 28 de noviembre de 1958.

2. Antecedentes

Para comprender la razón por la cual los colombianos fueron llamados a votar en el Plebiscito de 1957, es necesario saber que el objetivo principal del país político en ese momento era deponer el gobierno de Rojas Pinilla, quien había llegado al poder mediante un golpe de estado, para así retornar a un gobierno civil. Pero para lograrlo, los partidos políticos liberal y conservador tuvieron que ponerse antes de acuerdo y pactar un sistema de gobierno paritario y compartido conocido como el Frente Nacional, que les permitiera llegar a una reconciliación, la cual, al principio, fue meramente burocrática para pasar a ser auténtica con los años. Este acuerdo se mantuvo vivo en nuestras instituciones durante casi treinta años, y nos atreveríamos a decir que aún permanece vigente[4] en muchos espacios de la vida estatal colombiana. De esta manera, nos acercaremos primero a la dictadura de Rojas Pinilla y al gobierno de transición de la Junta Militar que estuvo en el poder desde la renuncia de Rojas hasta que se llevaron a cabo las elecciones en 1958, siendo elegido el primer presidente del Frente Nacional, Alberto Lleras Camargo. La Junta convocó al Plebiscito y aseguró el retorno a un gobierno civil. Luego expondremos en qué consistió el acuerdo bipartidista del Frente Nacional que era el sistema por el cual votaron masivamente los colombianos en el Plebiscito de 1957.

A) *La dictadura de Gustavo Rojas Pinilla y la Junta Militar de Gobierno*

El general Gustavo Rojas Pinilla llegó al poder el 13 de junio de 1953 mediante un golpe de estado dado al presidente conservador Laureano Gómez, quien había ganado las elecciones sin la participación del

[4] D. Durán Smela, "El Frente Nacional: ejemplo vigente de montaje dogmático en Colombia. Una aproximación a la relación entre psicoanálisis y derecho desde el pensamiento de Pierre Legendre", 2014. Tesis doctoral Pontificia Universidad Javeriana. (Sin publicar), Bogotá.

partido liberal, ya que sus candidatos no veían asegurada su integridad personal en 1949. Este gobernó de 1950 a 1953, pero la ruptura con el partido liberal —este no reconocía a Gómez como su presidente— aumentó y degradó la violencia partidista que venía muy grave desde el 9 de abril de 1948[5]. Esta siguió en aumento durante esos años y como resultado Rojas Pinilla, quien era el comandante de las fuerzas armadas, asumió el poder con el apoyo casi unánime de la población (sobre todo de los liberales y del ala ospinista[6] del partido conservador). Se llegó a pensar que era *el único que podría poner fin al derramamiento de sangre y reconstruir al país*[7]. Sin embargo, Rojas no estableció un gobierno de coalición entre liberales y conservadores como se esperaba y tampoco levantó el estado de sitio vigente desde 1949. En su defecto, fue elegido por la Asamblea Nacional Constituyente que venía del gobierno de Gómez y era proclive a su mandato, para que terminara el período de Gómez y gobernara por otro lapso de cuatro años que comenzaría en 1954. Dicha asamblea dijo, posteriormente, con la anuencia de las Fuerzas Militares, que su gobierno debía extenderse hasta 1962, alertando a todos los sectores políticos y económicos. La naturaleza cada vez más autoritaria del régimen, que se manifestaba en el deterioro de la libertad de prensa, la clara oposición de los dos partidos políticos, el recrudecimiento de la violencia, y la desconfianza frente a su modelo económico considerado populista, llevaron a un desencanto gradual y definitivo frente al régimen[8]. Los primeros en expresarlo fueron los liberales, pero después paulatina e irremediablemente, muchos se opusieron a su gobierno. El temor frente a un gobierno militar con vocación de permanencia y que, además, no había logrado pacificar al país ni mitigar la confrontación liberal-conservadora, llevaron a las cabezas de los partidos políticos a reconsiderar lo que estaba sucediendo y a pensar en la necesidad de retornar a un gobierno civil. Así fue como el general Rojas Pinilla al perder el apoyo, renunció el 10 de mayo de 1957 y se instauró a partir de ese momento un gobierno de transición, ocupado por una Junta Militar, hasta el 7 de agosto de 1958.

[5] Asesinato de Jorge Eliécer Gaitán y *El Bogotazo.*

[6] Facción acorde con el presidente conservador y antioqueño Mariano Ospina Pérez y en oposición al presidente conservador Laureano Gómez. Es importante anotar que la lucha intrapartidos era igual o más fuerte que la lucha en contra del otro partido, en este caso el liberal.

[7] D. Bushnell, *Colombia, una nación a pesar de sí misma*, Bogotá, Edit. Planeta, 2002, pág. 294.

[8] Ibíd., págs. 295-297.

Es importante anotar que la dictadura ya había caído debido a las presiones políticas de la sociedad civil. Estas fueron tan contundentes que lograron que su continuidad en el poder fuera inviable y se viera obligado a dimitir.

Del 10 de mayo de 1957 hasta el 7 de agosto de 1958, el país estuvo entonces gobernado por una Junta Militar de Gobierno[9]. La Junta tenía como misión preparar el camino para el retorno al orden jurídico y político, nunca aspiró a ser más que transitoria y permaneció en el poder el tiempo suficiente para que se eligiera un gobierno civil, mediante el recurso diseñado especialmente para ello, el Frente Nacional. Su mandato era ayudar al restablecimiento de la República y sus principios democráticos de la mano de los partidos políticos y de la sociedad civil. Su primer paso para obtener el respaldo político necesario, consistió en asegurar que se llevarían a cabo elecciones para elegir a un gobierno civil en el término de un año; además, conformó un gabinete bipartidista que contó con el beneplácito de los líderes de los dos partidos y esto a pesar de la fuerte división interna del conservatismo[10]. Los siguientes aspectos estaban presentes en su programa: clausurar las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, restablecer la libertad de prensa y convocar a todos los ciudadanos para participar en las elecciones populares en 1958[11]. Además, se dedicó a intentar regularizar la economía y a controlar el orden público[12]. Así fue que por medio del Decreto

[9] Integrada por los generales Gabriel París Gordillo, Deogracias Fonseca Espinosa, Luis Ernesto Ordóñez Castillo, Rafael Navas Pardo y por el contralmirante Rubén Piedrahíta Arango.

[10] Entre ospinistas y laureanistas. Esta división caracterizó la vida política colombiana desde mediados de los años 1940. Casi pone en riesgo el éxito del Frente Nacional.

[11] "Será firmemente mantenido en todo el territorio de la nación el orden público, el decoro, prestigio y apoliticidad de las fuerzas armadas. Se buscará la colaboración con los organismos dirigentes de las actividades colombianas para conseguir el retorno inmediato de las gentes de trabajo a sus ocupaciones ordinarias. Se constituirá un gabinete ministerial con la participación de los partidos políticos tradicionales con figuras del más alto prestigio intelectual y autoridad moral. Las sesiones de la actual Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa serán clausuradas transitoriamente. Será restablecida la libertad de prensa. Las informaciones relacionadas con el orden público se darán de acuerdo con las normas establecidas, buscando siempre que ellas no produzcan nuevas perturbaciones. Se llevarán a cabo en 1958, y en la fecha que oportunamente se dará a conocer, elecciones populares para que el pueblo colombiano elija libremente a la persona que deba regir sus destinos" (Programa de gobierno Junta Militar, 1957).

[12] G. Silva Luján, "El origen del Frente Nacional y el gobierno de la Junta Militar", en A. Tirado Mejía, *Nueva historia de Colombia. Historia política 1946-1986* (vol. ii, págs. 179-210), Bogotá, Planeta, 1989, pág. 197.

legislativo 247 del 4 de octubre de 1957, la Junta Militar de gobierno convocó al Plebiscito del 1º de diciembre de ese año, para que por medio del voto popular se avalara la coalición y el cogobierno de los partidos Liberal y Conservador. También creó una Comisión de Ajuste que, por una parte, declaró inconstitucional la Asamblea Nacional Constituyente de Rojas y, por otra, redactó la reforma constitucional que se iba a presentar a los ciudadanos y ciudadanas, estas últimas quienes ejercerían su derecho al voto por primera vez.

B) *Los acuerdos bipartidistas*

Por su parte, los líderes de los dos partidos llevaban ya algún tiempo construyendo los acuerdos bipartidistas que concretaron el Frente Nacional. Estos quedaron plasmados en los siguientes textos: primero fue el de Benidorm en 1956 y luego el de Sitges en 1957. La Declaración de Benidorm fue firmada el 14 de julio de 1956 por Alberto Lleras Camargo y Laureano Gómez, representantes del partido liberal y del conservador, respectivamente, con el fin de restaurar la democracia. Ambos estaban de acuerdo en el daño que causaba la dictadura y en la necesidad de restablecer las instituciones republicanas. También eran conscientes de que el sectarismo y la ambición de poder de sus partidos habían sido, en gran parte, las causas de *La Violencia*, por lo que buscaron formas de cogobierno o coalición que superaran la guerra entre los dos grupos políticos.

El Pacto de Sitges completaba la Declaración de Benidorm y tenía, a su vez, como objetivo principal, convocar a un plebiscito[13] a todos los ciudadanos colombianos y por primera vez, como ya lo mencionamos, a las ciudadanas, para reinstaurar un gobierno civil y formalizar el esquema de coalición pactado entre los dos partidos tradicionales. De esta manera, ellos proponían otorgar legitimidad democrática al pacto de paridad política en las corporaciones públicas, que pretendía, por una parte, deponer la dictadura y, por la otra, evitar el acceso violento de cualquiera de los dos partidos tradicionales a la burocracia gubernamental. La refrendación popular concretada en un plebiscito era así, la figura jurídica pertinente para darle una verdadera legitimidad democrática y jurídica a los acuerdos[14].

[13] Figura que hoy equivaldría a un referendo, según las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015.

[14] "Pero esas enmiendas previas y el retorno a las normas constitucionales, que fueron alteradas abusivamente por la dictadura, requieren la aprobación del pueblo.

El Frente Nacional consistió, entonces, en el mecanismo de protección política e institucional adoptado para evitar que volviera a repetirse la lucha fratricida por el poder entre liberales y conservadores; este dispositivo se centró en la paridad bipartidista en los distintos cargos de elección popular, lo mismo que en los cargos de libre nombramiento y remoción dentro del ejecutivo, y en las altas cortes[15]. La conciencia

---

Una nueva asamblea constituyente sería vista por este con la más grande alarma y se temerían nuevas invasiones sobre los derechos de los ciudadanos de parte de cualquier cuerpo de emergencia como los anteriores. Por eso pensamos que el procedimiento más rápido y eficaz, y también el más democrático, para salir del caos y dar firme piso al orden constitucional y para aniquilar los repliegues y escondrijos donde se refugian los ergotistas y sofistas de la dictadura, es que tales enmiendas se lleven a la aprobación o rechazo de la opinión pública por medio de un plebiscito muy sencillo y concreto, que otorgue al sistema paritario en las corporaciones públicas y, en general, al entendimiento de los partidos, un apoyo indiscutible por la apelación a la fuente más pura del poder público. Quedará así consolidado el acuerdo de los partidos para la reconquista de su patrimonio cívico común. Realizado ese plebiscito, en el más breve tiempo, y aprobadas las enmiendas por el pueblo en forma directa, entrarán a regir inmediatamente". (Pacto de Sitges, 20 de julio de 1957).

[15] Al respecto, la Declaración de Benidorm sostenía: "Sería insensato reabrir inmediatamente la lucha por el poder entre conservadores y liberales. Se encuentra necesario y enteramente posible crear un gobierno o una sucesión de gobiernos de coalición amplia de los dos partidos, hasta tanto que recreadas las instituciones y afianzadas por el decidido respaldo de los ciudadanos, tengan fortaleza bastante para que la lucha cívica se ejercite sin temor a los golpes de Estado o de la intervención de factores extraños a ella y por medio de un incorruptible sufragio cuyas decisiones sean definitivas e incontestablemente respetadas. Los partidos deben entenderse para constituir un gobierno de tales características que ponga en vigor las instituciones abolidas, manteniéndose unidos para sostenerlo hasta que el régimen civil esté libre de riesgos".

El Pacto de Sitges a su vez rezaba: "Nadie tiene, sin embargo, autoridad para dictar esas disposiciones, que solo el pueblo ha de ordenar, directamente o por sus representantes. Entre ellas está en primer término, la que establezca el equilibrio de los partidos en los cuerpos colegiados, que se ha hecho indispensable para evitar esa prematura y probablemente destructora lucha por el poder, de la cual tenemos nuevas amenazas y riesgos para las instituciones debilitadas por los años de tiranía y abandono. El Congreso, con sus dos Cámaras, tal como está previsto en la Constitución, debería ser el fruto de la primera elección. [...] Pero cada partido votaría para la provisión de la mitad de las sillas de cada Cámara. Para evitar también que el control de las Cámaras quedara en manos de uno cualquiera de sus miembros, habría que establecer que las decisiones del Congreso se tomarán por una mayoría calificada superior a la mitad más uno. Para que tal enmienda a la Carta, con obvio carácter transitorio, surta sus efectos curativos y eficaces para la participación total de Colombia, creemos necesario que su duración sea siquiera por el término de tres períodos de gobierno, es decir, por doce años. Extinguidas las pasiones y curadas las heridas que la lucha por el poder y el predominio de la gente violenta dentro de nuestros partidos causaron a la generación actual, se podrá volver, ya sin temor, al sistema plenamente democrático de la contienda civilizada y abierta por el predominio de las ideas de cada partido [...]".

de la urgencia de un acuerdo común entre los dos partidos que parara la guerra entre estos y el deseo de preservarlo, llevaron a que el Frente Nacional fuese la salida de la encrucijada que la lucha intestina por la burocracia estatal había representado.

Este Pacto fue positiva y masivamente votado el 1º de diciembre de 1957. Había sido originalmente concebido por doce años, tres períodos presidenciales, pero al introducir la alternancia en dichos períodos por medio del Acto legislativo 1 de 1959 ya restaurada la democracia, era necesario aumentar el tiempo de transición por cuatro años más, para que de esta manera cada partido político tuviera dos períodos presidenciales completos.

Parte de lo que se buscaba era *extinguir* las pasiones, *curar las heridas*, crear un cuerpo legislativo *inmune al sectarismo*. Pero la paridad, el mecanismo fuente de la estabilidad y la paz política y partidista, terminaron por paralizar el funcionamiento de los órganos colegiados, entre ellos el Congreso, que para la toma de decisiones requería de una mayoría calificada de dos terceras partes prácticamente imposible de obtener. Esta fue una de las principales razones por las cuales de ordinario se gobernaba mediante la figura excepcional del "estado de sitio" —hoy, estado de conmoción interior—, convirtiendo al país en un Estado autoritario, con una democracia excluyente, manejado casi que exclusivamente por el gobierno sin ningún tipo de frenos y contrapesos de las otras instituciones, también paralizadas por la paridad y el bipartidismo.

Colombia no fue el único país en donde las élites han utilizado este tipo de pactos políticos para gobernar o para mantener el poder. La teoría del "consociacionalismo", desarrollada por el politólogo holandés Arend Lijphart[16], parte de la idea de que en las sociedades segmentadas o plurales, las élites se las arreglan para sostener la democracia compartiendo el poder[17].

[16] A. Lijphart. *Consociational theory: Problems and prospects,* Comparative Politics, 13, abril 1981, págs. 355-360.

[17] Hartlyn lo afirma en estos términos: "La literatura consocialcionalista analiza países en los que los conflictos violentos entre los segmentos más importantes de la sociedad se han resuelto en el contexto de regímenes políticos abiertos, por medio de una cooperación integral de las élites. El régimen consocialcionalista que se estableció en Colombia con el Frente Nacional, fue la respuesta de la élite a la percepción de una crisis suscitada por el temor a ser excluidos del poder por el gobierno militar, la violencia potencialmente revolucionaria en el campo y el estancamiento económico. Esta reacción es análoga a la manera como el corporativismo fue utilizado en otros países latinoamericanos. El

A pesar de que el Frente Nacional, refrendado popularmente por el Plebiscito de 1957, ayudó a terminar con la guerra de partidos y permitió cierta estabilidad económica, su balance es, por lo menos, agridulce y para el común de la literatura política, negativo. Se le culpa de haber cerrado el espectro político a otras fuerzas emergentes y de ser casi una dictadura blanda. Nosotros rescatamos el hecho de haber sido un intento de encontrar la paz mediante un acuerdo negociado entre los actores en conflicto, el cual fue aprobado popularmente. Introdujo una democracia transicional que fue eficaz en términos de suprimir el sectarismo, que era una amenaza real para la vida de los colombianos a mediados del siglo XX.

No se trató de una paz completa, pero sí fue una paz limitada y posible. Gran parte del problema consistió en dos aspectos desde nuestro punto de vista: uno político y otro de diseño institucional. El político consistió en que perduró más del tiempo previsto originalmente, que era de dieciséis años o sea hasta 1974, y no como sucedió que fue por doce años más, hasta que inició el gobierno de Virgilio Barco en 1986. Eso demuestra que las élites partidistas se engolosinaron con el poder para ellos, sin dejar emerger nuevas fuerzas políticas, lo que contribuyó grandemente entre otros factores a fortalecer a las guerrillas. El segundo aspecto fue de diseño institucional, pues se cometieron dos errores que condujeron a romper con el sistema jurídico; por un lado, se impedía prácticamente tomar decisiones en el Congreso, ya que estas solo podían darse si dos terceras partes de los congresistas estaban de acuerdo con ellas y, por el otro, únicamente permitía las reformas constitucionales realizadas por el Congreso. De esta manera, fue un régimen que se petrificó e impidió una evolución gradual, teniendo en cuenta las necesidades sociales e individuales de los colombianos. Así, tanto sus virtudes como sus defectos tuvieron más tiempo para institucionalizarse.

Hasta aquí hemos observado cuál era el contexto político y cuáles las razones para proponer un Plebiscito que instaurara el Frente Nacional. El gobierno era una Junta Militar y el Congreso estaba cerrado, puesto

---

consociacionalismo en Colombia fue causado y a la vez facilitado por un factor que diferencia al país de la mayoría de sus vecinos continentales: el dominio absoluto de la vida política por los dos partidos tradicionales que se establecieron en el siglo XIX, el conservador y el liberal. [...] La historia de estos dos partidos incluye períodos de gobierno monopartidista hegemónico, violentas guerra civiles y gobiernos de coalición". (J. HARTLYN, *La política del régimen de coalición: la experiencia del Frente Nacional en Colombia*, trad. de P. Valenzuela, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo - CEI - Universidad de los Andes, 1993, pág. 21).

que la labor legislativa la ejercía la Asamblea Nacional Constituyente fortalecida por Rojas. El nuevo Congreso debía ser elegido en las elecciones que se llevarían a cabo en 1958, después de aprobado el Plebiscito y estaría conformado paritariamente, según las nuevas reglas pactadas.

A continuación, revisaremos cuál fue el papel que asumió el poder judicial, que era la única institución que perduraba del régimen que se buscaba reemplazar.

3. La sentencia de 28 de noviembre de 1957

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena., sentencia de 28 de noviembre de 1957, "G. J.", t. LXXXVI, núms. 2188-2189-2190, págs. 430-448. Magistrado ponente: Guillermo Hernández Peñalosa.

La necesidad de otorgarle una legitimidad jurídica a los procesos de cambio constitucional ha sido siempre indispensable, y en 1957 no fue la excepción. Más aún, en Colombia el gobierno era militar de transición, no había un Congreso elegido popularmente y en ese escenario, no quedaban institucionalmente vigentes sino la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Es decir, tanto la Junta —que tenía el respaldo de los líderes de los partidos políticos— como la sociedad civil, requerían que la Corte Suprema de Justicia, ejerciendo como tribunal constitucional, se pronunciara y le proporcionara el aval jurídico al Plebiscito. La legitimidad del resultado dependía de ello, y esto a pesar de que la Corte Suprema de Justicia no gozaba de la mayor confianza. La sociedad, en general, y la comunidad política, en particular, consideraban que la Corte que venía del Gobierno de Rojas no tenía credibilidad, ya que había sido nombrada por este para garantizar sus propios intereses; lo mismo se pensaba del Consejo de Estado. Sin embargo, la Junta Militar sostuvo la Corte de Rojas hasta finales de 1957, seis meses después de que Rojas hubiese dejado el poder[18]. De esta manera, esa Corte fue la que tuvo por misión pronunciarse sobre la constitucionalidad de los Decretos legislativos 247 y 251 del 4 y 9 de octubre de 1957, respectivamente, promulgados por la Junta Militar y que invitaban a los ciudadanos colombianos a expresar su voluntad en

[18] M. Cajas Sarria, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Universidad ICESI, 2015, págs. 17-18.

el Plebiscito del 1º de diciembre de 1957, el cual tenía como objetivo principal instaurar el Frente Nacional y su deseada *Paz de partidos.*

La Comisión Paritaria de Reajuste Institucional[19] que había sido conformada por la Junta y que tenía por misión asesorarla y elaborar la estrategia jurídica para retornar a un gobierno civil, era aquella que había tenido la idea de convocar al constituyente primario para refrendar el esquema del Frente Nacional. También le había sugerido que una vez se hubiese elegido nuevamente el Congreso, este debía nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la nueva fórmula bipartidista y paritaria que defendía el Frente Nacional. La Junta estuvo de acuerdo con imponer la paridad política, pero no compartió la idea de que los magistrados fuesen elegidos por el Congreso y, en su defecto, decidió que la Corte Suprema de Justicia sería integrada mediante la figura de la cooptación. Así quedó consignado en el Decreto legislativo 1247 de 1957 y luego ajustado por el Decreto legislativo 251 de 1957 en su artículo 12[20].

La Junta estaba firme entonces en su propósito de que el país volviera a la vida civil; por una parte, garantizaba mediante la expedición de los decretos legislativos que la transición sería refrendada popularmente y, por la otra, confirmaba la realización de elecciones presidenciales en 1958. Además, había un apoyo popular decidido a que se depusiera la dictadura y a que el sistema del Frente Nacional se instituyera, no solo porque era sostenido por los dos partidos políticos que advertían que

[19] La comisión estaba integrada en representación del Partido Liberal por Alberto Lleras Camargo, Carlos Lleras Restrepo, Edgardo Manotas W., Antonio Rocha y por el Partido Conservador por Álvaro Gómez Hurtado, Alfredo Araújo G., José Antonio Montalvo y Elías del Hierro.

[20] Decr. Leg. 1247 de 1957, art. 12. "La Corte Suprema de Justicia estará integrada por el número de magistrados que determine la ley y los cargos serán distribuidos entre los partidos políticos en la misma proporción en que estén representados en las cámaras legislativas.

"Los magistrados de la Corte serán inamovibles a menos que ocurra destitución por causa legal o retiro por jubilación.

"La ley determinará las causas de destitución y organizará la carrera judicial".

Decr. Leg. 251 de 1957, art. 12. "La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán paritarios.

"Los magistrados de la Corte Suprema y los consejeros de Estado permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso. Las vacantes serán llenadas por la respectiva Corporación. La ley reglamentará la presente disposición y organizará la carrera judicial".

un gobierno de coalición sería la única salida a la crisis, sino también porque las personas estaban cansadas de la guerra y veían en la paz de partidos una paz posible.

Sin embargo, los decretos legislativos fueron demandados mediante una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Pedro Nel Rueda Uribe, perteneciente al Partido Conservador.

Los argumentos presentados en la demanda consistían, básicamente, en afirmar que el procedimiento de reforma constitucional contemplado en la Constitución Política de 1886 en su artículo 218[21], no sería respetado si se recurría a un Plebiscito, ya que las reformas a la Constitución únicamente podían realizarse mediante Acto Legislativo. El Plebiscito consistía para Rueda en un golpe de Estado. Así mismo, sostenía que los verdaderos representantes de la nación eran los congresistas, como lo estipulaba la Constitución Política de 1886:

> "Los representantes constitucionales de la nación entera son los individuos de una y otra Cámara" y que los decretos contrariaban dicho mandato, ya que se pretendían hacer representar a la nación por hombres y mujeres mayores de 21 años, que no poseían ninguna facultad legislativa otorgada por la Constitución. Por otro lado, aseguraba que la Junta Militar era un gobierno *de facto* y que, por tanto, no tenía ninguna autoridad para dictar decretos. Además, el demandante invocó el derecho de gentes presente en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, para hacer valer la inconstitucionalidad de la norma. Para el demandante, lo que buscaba la Junta con el Plebiscito y el Frente Nacional "despedaza y destruye el conjunto sistemático de la organización constitucional y del supremo orden jurídico de la República"[22].

La argumentación de la Corte Suprema de Justicia al contestar la demanda es interesante, para ir respondiendo las inquietudes que nos hicimos en la introducción. Por tanto, expondremos las principales

[21] Const. Pol. de 1886, art. 218: "La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primero y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto del acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso"

[22] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 28 noviembre 1957, "G. J.", t. LXXXVI, núms. 2188-2189-2190, pág. 435.

razones de su respuesta al accionante. Primero, veremos si la Corte asimila la Junta Militar a un gobierno *de facto*, lo que determinaría la legalidad de los decretos legislativos expedidos por ella; segundo, nos centraremos en la competencia de la Corte para revisar la exequibilidad de los decretos demandados, y presentaremos, finalmente, el sentido del fallo que está en contradicción con el concepto presentado por la Procuraduría, el cual también analizaremos, puesto que fue diferente al que presentó la Corte.

A) *El gobierno de facto y la legitimidad de los decretos*

Primero debemos decir que la Corte Suprema de Justicia entiende a la Junta Militar de Gobierno instaurada después de la renuncia de Rojas, como expresión de un momento revolucionario y distingue esa revolución de un golpe de estado en la medida que sabe que su acceso al poder no se debió a un acto de fuerza, sino que dicha revolución —la Junta— tiene el respaldo de la nación que se manifiesta en los acuerdos de los partidos políticos y en el deseo de un regreso de la mayoría de la población a un gobierno civil. Para la Corte es importante precisar que el derecho que surge de la revolución, no puede juzgarse a la luz de las normas preexistentes, puesto que lo revolucionario siempre irá en contra de lo que está vigente, incluso si esta revolución quiere restaurar normas que se encontraban presentes anteriormente. Este último era un argumento interesante para ese momento, pues se buscaba con el Plebiscito de 1957 el retorno a un gobierno civil, después de una dictadura resultado del golpe de estado de Rojas. De esta manera, si la revolución, es decir, la Junta, tenía validez jurídica, era porque descansaba en la voluntad de la nación. Esa voluntad era la que le otorgaba validez a lo que aquella produjera como derecho intermedio entre la legalidad anterior (Rojas no suspendió la Constitución) y la que se procuraba establecer. El poder de convocar al pueblo no se derivaba entonces de lo que estaba escrito en la Constitución del 86, sino del poder mismo que le confería la nación a la revolución que la Corte asimilaba a la Junta Militar de Gobierno.

Es curioso, porque no se analiza en la sentencia el hecho de que el gobierno de Rojas hubiese sido el resultado de un golpe de estado, este es entendido por la Corte como el gobierno vigente, el cual no había alterado la Constitución del 86, y la Junta, a su vez, era definida como el gobierno revolucionario *de facto*. ¿Será porque era la Corte de Rojas y pretendía su legalidad intacta? Es importante decir que la Junta

Militar de Gobierno nunca entró a cuestionar tampoco su legitimidad, entre tanta precariedad institucional es posible que fuera necesario mantener algún *statu quo*.

La Corte se expresa en estos términos:

> "Pero en la vida de los pueblos hay momentos de crisis políticas, sociales, económicas y jurídicas —guerra exterior, conmoción interna— que llevan a la turbación del orden público. Entonces las normas jurídicas ordinarias pueden ser incapaces para conjurar los peligros derivados de esas situaciones, y la normalidad jurídica en algunos casos se suspende, para dar paso a la denominada legalidad marcial, que puede estar prevista por el mismo constituyente. Si existe la norma preestablecida, los actos del Gobierno deben sujetarse a ella, y si sobre estos hay guarda jurisdiccional, esas determinaciones caen bajo su peso [...] La revolución, la insurrección, el golpe de estado llevan al poder a quienes hasta entonces han carecido de título para ejércelo, o teniéndolo [...] puede afirmarse que la esencia de la revolución se halla en el rompimiento del orden jurídico preexistente, en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte [...] La revolución, por su misma esencia, quebranta el orden constitucional coetáneo. Es un error frecuente el de enjuiciar los hechos generadores del derecho de la revolución a la luz de la norma preexistente. Aquellos irán siempre contra esta, así sea en forma indirecta, como cuando, con el fin de restaurar las instituciones conculcadas, se toman medios revolucionarios, que por su naturaleza no pueden ajustarse a dichas instituciones [...] puede aceptarse el derecho anterior en lo que no pugne con el nuevo, y entonces los actos de la revolución quedan sometidos al derecho preexistente, en cuanto aquella lo prohíja [...] porque si se le da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la nación. En estas condiciones, la revolución crea derecho por su propia declaración de voluntad, que tiene validez jurídica como *derecho intermedio* entre la legalidad anterior y la que se procura establecer. Por eso los efectos políticos de la revolución son manifiestamente distintos de los del simple golpe de estado, que por originarse exclusivamente en la fuerza, ata a sus ejecutores en un todo a las normas. El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que esta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio

> de la soberanía, latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente"[23].

Como vemos, la Corte no encontró problema en que la Junta expidiera los decretos legislativos que convocaban al Plebiscito para instaurar el Frente Nacional. Para esta, sus pronunciamientos eran legítimos, porque además de que el país estaba en un momento de crisis, los decretos interpretaban la voluntad de la nación, resultado de un acuerdo político que pretendía volver a un gobierno civil. Así, ese derecho *intermedio* como lo llamó la Corte, resultado de la revolución, era respaldado por la población y de ahí se derivaba su legitimidad. También veía en los acuerdos alcanzados por los partidos políticos, una verdadera representación de la voluntad nacional. Al haberse tratado de una guerra entre los partidos, eran estos los llamados a encontrar un arreglo que permitiera la paz. En ese orden de ideas, la Corte interpretaba que eran estos los interlocutores legítimos para lograrlo.

> "Si la democracia moderna, al decir de KELSEN, descansa sobre los partidos políticos cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del principio democrático y de ellos nace una parte muy esencial de la formación de la voluntad colectiva, en el caso presente es indispensable estudiar el origen del movimiento, su desarrollo y sus fines en el acuerdo de los partidos políticos, cuya voluntad está consignada en los que se han llamado pactos de Benidorm, Bogotá y Sitges. [...] se declara que han llegado a la convicción de que sin un esfuerzo conjunto no se puede restablecer la Constitución y que solo cuando ella vuelva a regir, en todo su imperio [...] será posible contemplar una revisión que [...] asegura la mejor convivencia de los colombianos por medio de una representación auténtica de los intereses e ideas de los partidos en todas las ramas del poder; esa solución es también la de comprometerse fiel y solemnemente a crear un gobierno civil que se ejerza a nombre de los partidos, que los represente por igual, en el cual ambos colaboren y que esté sostenido por una sólida alianza que no permita su naufragio ni lo deje inclinarse hacia la hegemonía"[24].

Es importante anotar que para la Corte este acuerdo de partidos no implicaba una revolución total sino parcial, ya que lo que se pretendía

[23] Ibíd., pág. 431.

[24] Ibíd., pág. 443.

era volver a la Constitución del 86 *en todo su imperio*, pero no de cualquier manera, sino implementando el acuerdo bipartidista que para ese momento era lo que se asumía como necesario y urgente.

Después de analizar la validez de los decretos legislativos expedidos por la Junta, la Corte entró a revisar si ella era o no competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de estos.

B) *Competencia de la Corte y sentido del fallo*

La Corte comenzó recordando que el control de constitucionalidad de las leyes y decretos era ejercido en Colombia por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia desde 1910 y esto, en principio, sin excepción o limitación alguna. Sin embargo, el Acto legislativo de 1945 había restringido esa competencia. A partir de ese momento, la Corte solo podía conocer sobre la constitucionalidad de la ley o de los decretos dictados por el gobierno que tuviesen fuerza de ley. Es decir, la Corte solo podía pronunciarse si se trataba de decretos resultado de facultades extraordinarias que le hubiese conferido el legislador al gobernante, como lo hacía el artículo 76 de la Constitución Política de 1886, o si eran facultades *pro tempore* resultado de algún estado de excepción, como lo era el estado de sitio contemplado en el artículo 121 de la Constitución del 86. La Corte estaba también en condiciones de fallar sobre un proyecto de ley que hubiese sido objetado por el gobierno como inconstitucional. Así, debían ser decretos que dictaba el gobierno en virtud de autorizaciones constitucionales especiales o extraordinarias. Sobre los otros decretos conocía el Consejo de Estado. En la sentencia los llamaron decretos simples o ejecutivos.

A partir de ese momento, la Corte en su sentencia alegó que no se estaba en presencia de ninguno de los actos sobre los cuales podía tener conocimiento. Es decir, que no se consideraba competente para declarar o no la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos por la Junta Militar de Gobierno.

> "Pero el Acto Legislativo número 1 de 1945 restringió esa competencia, en materia de decretos, a los que dicte el gobierno en ejercicio de las atribuciones que le dan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y las que le confiere el artículo 121 de la Constitución. Así lo que era amplio e ilimitado se suprimió, para reemplazarlo por un control limitado a determinados actos de gobierno, y las facultades de la Corte, en sentido abstracto y general, fueron limitadas por el mismo constituyente. [...], a más de lo anterior el

> hecho de que jamás se ha intentado que esta corporación conozca de los proyectos de actos reformatorios de la Constitución [...] competencia que no se consagró acaso porque en el fondo podía implicar la interferencia de un poder constituido en el poder constituyente, y porque un control de esa naturaleza podía colocar a uno de ellos —el judicial— por encima del mismo constituyente"[25].
>
> "Así pues, de la competencia de la Corte se sustraen los proyectos de enmienda de la Constitución, los decretos reglamentarios dictados por el gobierno, en uso a la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 120, y los decretos simplemente ejecutivos. [...] si tal aconteciere la Corte usurparía jurisdicción. Esta competencia es de derecho y de orden público y para el caso, como ya se anotó, no enunciativa sino limitativa, de modo que este control jurisdiccional no puede aplicarse por analogía, sino exclusivamente a los casos previstos en la Carta. Lo contrario es desconocer la voluntad del constituyente y aplicar el control a situaciones que la norma no regula"[26].

De esta manera, la Corte declaraba que no era competente para conocer sobre los proyectos reformatorios de la Constitución, siendo estos uno de ellos, ya que el Decreto legislativo 247 expresaba en su enunciado: "Decreto legislativo sobre Plebiscito para una reforma constitucional"[27].

La Corte se hizo así a un lado, utilizando los argumentos jurídicos vigentes, pero también mediando una interpretación conservadora de los mismos, ya que se apoyó, además, en la tesis de que dicha posibilidad no se había realizado jamás, a diferencia de lo que planteó la Procuraduría, como lo veremos más adelante, de una manera más audaz.

Solo le restaba pronunciarse a la Corte sobre el derecho de gentes del artículo 121 de la Constitución del 86, que también había sido invocado por el demandante. Pero para la Corte tampoco era pertinente demostrar la inconstitucionalidad de los decretos legislativos de marras, ya que no fueron expedidos para resolver un conflicto internacional.

> "La Constitución se refiere por modo expreso al derecho de gentes, como ciencia normativa, entre otros puntos, de la guerra entre naciones, o sea en el mismo sentido que le da el derecho internacional.

[25] Ibíd., pág. 447.

[26] Ibíd.

[27] Ibíd., pág. 448.

> Y siendo esto así, no puede comprenderse como se da esta base a los decretos acusados, para encajarlos dentro del artículo 121, o sea dentro de una de las clasificaciones hechas para determinar la competencia de la Corte, dado que no se trata de regular en ninguna forma el tratamiento de prisioneros ni punto alguno semejante [...] Además, por regla general, tales decretos contienen determinaciones legales, y no constitucionales; de ahí que por su medio el gobierno solo pueda suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio y dictar las normas que, en el ínterin, deban reemplazarlas. Los decretos acusados no contienen preceptos de orden legal sino constitucional"[28].

Así pues, los decretos acusados se apartaban, según la Corte, de su competencia; argumentaba también que la Corte no podía pronunciarse sobre reformas constitucionales, sino sobre decretos con fuerza de ley.

> "En resumen, los decretos acusados se sustraen a la competencia de la Corte por su naturaleza jurídica, sin que esto quiera decir que la revolución no esté limitada por el bien común y los principios del derecho natural, además de las normas constitucionales y legales que ella misma haya adoptado. Si aquellos actos no caen dentro de la competencia de la Corte, esta tiene que declararse así, de conformidad con las normas de la Carta que regula la materia. Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, oído el concepto del ministerio público, *se inhibe* de conocer de la demanda por carecer de competencia para ellos".

C) *Concepto de la Procuraduría*

Nos hemos detenido, así mismo, en el concepto presentado por la Procuraduría General de la Nación, ya que consideramos que tuvo una lectura más audaz y acorde con el momento político, proponiendo que la Corte sí debía conocer sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por la Junta Militar de Gobierno. Finalmente, la Corte no acogió su valoración, pero nos pareció importante traerla a colación para ilustrar cómo podía interpretarse de una forma diferente la presencia del constituyente primario.

Para la Procuraduría, la Corte Suprema debería entonces declararse competente, puesto que los decretos legislativos puestos a su consideración eran decretos de estado de sitio expedidos legítimamente por la

[28] Ibíd., pág. 447.

Junta Militar, en razón a la conmoción interior que soportaba el país desde finales de los años cuarenta y esto independientemente de que con ellos se convocara a un Plebiscito que conllevaba una reforma constitucional. Además, el hecho de que se buscara volver a un gobierno civil mediante las medidas, resultado de acuerdos interpartidistas, fue tenido en cuenta.

> "No cabe la menor duda de que tales normas expedidas por la Junta Militar de Gobierno y autorizadas con la firma de todos los ministros del despacho ejecutivo pertenecen a la de los llamados decretos legislativos, dictados por razón de la conmoción interior que viene padeciendo el país de larga data, por razón de haberse turbado el orden público y en estado de sitio en todo el territorio nacional [...] y con el fin de que por el medio indicado en ellos de una reforma institucional producto de acuerdo de los partidos políticos el país pueda regresar a la normalidad y recuperar su fisionomía de país democrático regido por sus instituciones constitucionales y legales"[29].

El argumento formulado por la Procuraduría sobre quién detenta realmente la soberanía es contemporáneo, ya que para esta, *quien puede lo más, puede lo menos*. Es decir, que el pueblo está más que facultado como constituyente primario para participar y legitimar el acuerdo frente-nacionalista, el cual entiende como una reforma parcial a la Constitución de 1886, por medio de un mecanismo de democracia directa. Remarca, así mismo, el hecho de que los organismos previstos para realizar las reformas constitucionales no están funcionando.

> "Si el poder constituyente primario tiene facultad para estructurar el Estado, *a fortiori*, para hacer reformas parciales no por ello menos trascendentes, impuestas por la necesidad y cuando no funcionan los organismos reformadores previstos en la Constitución porque quien puede lo más, puede lo menos"[30].

Además, es interesante que la figura del Plebiscito para la Procuraduría, no ha sido una figura nueva en nuestro país, puesto que trae varios antecedentes. El primero, el que se realizó en 1815 en la época del federalismo colombiano y que produjo la más completa anarquía, según ella al autorizar la posibilidad de que cada una de las provin-

[29] Ibíd., pág. 437.

[30] Ibíd., pág. 438.

cias tuviera su propia Constitución. El segundo fue en 1858, se hizo una consulta plebiscitaria que le preguntaba a las provincias sobre si estaban de acuerdo o no con la forma confederal de la República. El tercero, en 1883, creó un congreso plenipotenciario por decreto del general Tomás Cipriano de Mosquera del que surgiría la Constitución de 1883 y que establecía que dicha Constitución no era reformable. El cuarto, el de Rafael Núñez y que estableció unos cabildos municipales, ordenados por decreto en 1885 y por medio de los cuales se refrendó la Constitución de 1886[31].

La Procuraduría hizo, además, un paralelo entre lo que había sucedido en 1885 y lo que estaba sucediendo en 1957, y afirmó que dichos procesos pretendían retornar a la normalidad y en sus términos, a los cauces civiles de la nación. En 1885, el cambio se había cristalizado igualmente bajo la égida de los partidos tradicionales, ya que no había órganos legislativos andando, tal y como estaba sucediendo en 1957. Formuló de nuevo el incontrovertible argumento de que si no había un Congreso vigente en 1957, ¿cómo se podía cumplir con el procedimiento de reforma constitucional previsto por el artículo 218 de la Constitución del 86, que exigía que se tramitase exclusivamente por medio de un acto legislativo?

> "Porque no pudiéndose en aquella época (1885) convocar a elecciones de congreso o asamblea constituyente, se apeló al nombramiento de delegatarios de los Estados para la redacción de las bases, y hoy no habiendo asamblea constituyente, ni siendo posible por la necesidad de tranquilidad y de paz, el convocar un congreso, para que proceda según el artículo 218 de la Constitución, se ha apelado al procedimiento de nombrar una comisión paritaria de eminentes personalidades, para que acordaran los puntos que debían someterse a la opinión pública".

De esta manera, compara la necesidad de convocar al constituyente primario en 1885 (asemeja los delegatarios a la Comisión Paritaria que nombró a la Junta Militar) mediante los cabildos de los concejos municipales y en 1957 a un Plebiscito para conjurar la crisis. Todos esos ejemplos históricos buscan darle fuerza y legitimidad a la medida propuesta por la Junta.

[31] Ibíd., págs. 438-439. Es interesante mencionar que los cabildos fueron traídos a colación por el ex magistrado de la Corte Constitucional, Eduardo Cifuentes, como una forma de refrendar los acuerdos de paz en La Habana, con las farc cuando no se aprobó el Plebiscito del 2 de octubre de 2016.

Pero, a pesar de la opinión de la Procuraduría, como ya lo dijimos, la Corte optó por inhibirse, si hubiese seguido su concepto jurídico, muy probablemente hubiera decretado constitucionales los Decretos legislativos 247 y 251 de 1957 proferidos por la Junta Militar de Gobierno, ya que las tesis presentadas parecían plausibles.

No nos resta sino decir que el Plebiscito de 1957 tuvo un apoyo popular masivo, lo cual nos permite pensar, que los partidos habían llegado a un acuerdo que interpretaba verdaderamente el interés de la sociedad colombiana durante ese período.

> "La consulta popular fue ampliamente favorable a la propuesta plebiscitaria de la coalición. En favor de la reforma constitucional votaron 4.169.294 colombianos, sobre un total de sufragantes de 4.397.090. En contra del establecimiento de la reforma constitucional se presentaron 206.864 votos que corresponden al 4,7% del total. El país estaba cansado de la guerra bipartidista"[32].

Es necesario decir, para terminar esta revisión de la sentencia, que aunque la interpretación jurídica de las normas y del contexto político de la Corte y la de la Procuraduría eran diferentes, las dos entidades estaban dispuestas a allanarle el camino al acuerdo frente-nacionalista. La primera inhibiéndose y la segunda diciendo que la Corte sí era competente para revisar la constitucionalidad de los decretos legislativos, ya que estos habían sido dictados en razón de un estado de sitio, figura prevista en la Constitución de 1886. Las dos instituciones encontraron, así mismo, legítimos y válidos los decretos dictados por la Junta Militar, gobierno temporal sustentado en los partidos políticos y representativos de la voluntad nacional. Los antecedentes históricos a su vez traídos a colación, en los cuales se había recurrido a la voluntad popular como medio de refrendación, justificarían una respuesta favorable sobre la constitucionalidad de dichos decretos. De cualquier manera, el Plebiscito se realizó, obtuvo un apoyo incontestable y permitió la inmediata implementación de los acuerdos Frentenacionalistas.

Sin embargo, más adelante nos referiremos a una demanda posterior que generó una nueva sentencia de la Corte Suprema y que impulsó la idea, de que la mejor manera para salir de otro complicado período de crisis podía ser, otra vez, el convocar a un Plebiscito.

[32] Silva Luján, *op. cit.*, pág. 205.

4. Resonancias y alcances posteriores

En esta última sección haremos referencia a dos momentos importantes que sucedieron con posterioridad al Plebiscito de 1957 y con anterioridad al establecimiento de la Constitución Política de 1991, los cuales consideramos fueron consecuencia de la misma combinación de hechos que exponían los principales argumentos de la sentencia de 1957. Por un lado, una gran inestabilidad política y social resultado de un conflicto violento que amenazaba la supervivencia del Estado y, por el otro, la necesidad urgente de adaptar las instituciones y el ordenamiento jurídico vigente a los enormes desafíos resultado de la nueva crisis. La Constitución Política de 1886 y su imposibilidad de adaptarla a las nuevas circunstancias, llevaron al estamento político y jurídico a retomar la idea de llamar al constituyente primario para introducir las reformas requeridas. Dos importantes reformas a la Constitución del 86 habían sido tramitadas en el Congreso[33], pero la Corte Suprema de Justicia había declarado en las dos ocasiones su inconstitucionalidad, debido a fallas de procedimiento. Eso generaba un clima de estancamiento normativo y de inevitable necesidad de cambio.

Como lo habíamos dicho al final de la primera parte, una de las más grandes fallas del sistema introducido por el Frente Nacional, había sido el error de diseño institucional que no permitía reformas constitucionales, sino mediante Acto Legislativo, paralizando también a la Corte, puesto que todo lo que estuviera tramitado por fuera de esa vía era inconstitucional. ¿Qué hacer nuevamente en un momento de crisis? ¿Parecía que la historia se estaba repitiendo?

Dentro de este ambiente, fue interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia una demanda por el ciudadano Alfonso López Carrascal[34], quien pretendía que se declarase la inexequibilidad del Plebiscito de 1957. Como respuesta a dicha demanda, la Corte se pronunció mediante la sentencia 54 de 9 de junio de 1987, la cual examinaremos en el siguiente apartado. Después, nos detendremos en el fallido intento de Plebiscito de 1988, que se trató de llevar a cabo durante el gobierno de Virgilio Barco. Este no prosperó, pero de seguro sentó las bases y fue la antesala de lo que vendría después con el llamado a la Asamblea Nacional Constituyente, la cual le dio vida a la Constitución Política de 1991.

[33] Los intentos de reforma constitucional estuvieron precedidos por el Acto legisl. 2 de 1977 y el Acto legisl. 1 de 1979.

[34] M. Cajas Sarria, *op. cit.*, pág. 385.

A) *La sentencia 54 del 9 de junio de 1987*

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia 54 de 9 de junio de 1987, "G. J.", t. CXCI, núm. 2340, exp. 1566, págs. 608-617. Magistrado ponente: Hernando Gómez Otálora.

> "Inhibición para que el órgano defensor de la Carta Fundamental profiera sentencia en cualquier sentido sobre la validez jurídica del pronunciamiento nacional, por ser una manifestación del constituyente primario a través de la voluntad ciudadana. Acto Plebiscitario del 1º de diciembre de 1957".

En 1987, Colombia se encontraba en plena guerra frontal contra el narcotráfico y en medio de una profunda depresión política y social que llevó a que se considerara una vez más, que la única salida era un cambio institucional trascendente, el cual debía forzosamente pasar por una reforma constitucional profunda.

Carlos Lleras Restrepo, presidente liberal del Frente Nacional y antiguo miembro de la Comisión de Reajuste Institucional, aquella Comisión Paritaria que había puesto en el Gobierno a la Junta Militar después de la renuncia de Rojas y, a su vez, propuesto el Plebiscito de 1957, planteó la realización de una Asamblea Nacional Constituyente para revisar "las tremendas deficiencias de la administración de justicia en Colombia" y salvar lo que él estimaba quedaba del estado de derecho en nuestro país[35]. Lo sugirió en vista de que dos intentos de reforma constitucional tramitados por el Congreso (sents. de 5 de mayo de 1978 y 3 de noviembre de 1981[36]), habían sido hundidos por la Corte Suprema de Justicia al declararlos inexequibles por violar el procedimiento consagrado en la Constitución[37].

Por eso, la Corte en aquellos años era considerada la principal enemiga de las reformas constitucionales y el símbolo del *statu quo*. Pero esa percepción dio un vuelco radical con la sentencia proferida por el magistrado ponente HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, el 9 de junio de 1987, que parecía abrir una puerta a las reformas constitucionales que no tuvieran obligatoriamente que pasar por el Congreso[38]. Tal vez ya era el momento de hacer drásticas reformas a la Constitución de 1886.

[35] A. CHARRIA ANGULO, *¿Plebiscito, referéndum o dictadura?* Bogotá, Impresores Iberoamericanos Ltda., 1988, pág. 64.

[36] Ibíd., pág. 63.

[37] M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, págs. 385 y 386.

[38] Ibíd.

En la demanda, López Carrascal solicitaba a la Corte que declarara inexequibles los Decretos legislativos 247, "Sobre Plebiscito para una reforma constitucional" y 251, "Por el cual se sustituye el artículo 12 del texto indivisible sobre reforma a la Constitución Nacional, sometido a Plebiscito mediante el Decreto legislativo número 0247 de 1957", así como el propio Acto Plebiscitario, aprobado mediante voto de los ciudadanos el 1º de diciembre del mismo año.

El demandante pedía, además, que en subsidio de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos demandados, se declarara la inaplicabilidad de la norma, con apoyo en el artículo 215 de la Carta, que explicitaba que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales"[39]. Seguramente lo hacía para dejar sin vigencia el Plebiscito del 57 y sus restricciones a las reformas constitucionales. Así pues, el demandante después de decir que la Corte era competente para conocer esta acción de inconstitucionalidad, señalaba que también tenía competencia para dejar de aplicar el Plebiscito por vía de excepción, ya que, según él, se había tratado de un modo extraconstitucional de reformar la Carta. Para el demandante, los argumentos de la Corte en 1957 sobre la existencia de un DERECHO INTERMEDIO que se podía aplicar entre dos momentos político-jurídicos disímiles, no era posible, para este se ha debido aplicar en su integralidad la Constitución Política de 1886, la cual, según él, estaba plenamente vigente.

> "Una cosa es el poder constitutivo de hacer una nueva Constitución cuyo poder político y suprajurídico no están limitados y otros [*sic*] la facultad constituyente de reformar la Carta que debe estar sometida [*sic*] a reglas que la misma Carta señala [...] Manifiesta más adelante que la función constituyente corresponde en forma exclusiva al Congreso y este no puede delegarla en otro organismo ni el ejecutivo está facultado para dictar decretos destinados a ese fin, como los demandados. Dichos decretos, en el sentir del actor, no tienen categoría constitucional y no puede llamárselos «decretos legislativos» ya que no se dictaron con base en los artículos 121 y 122 de la Carta. Señala que los expresados decretos son de carácter «extraconstitucional» y que no puede seguir el país teniendo como reforma constitucional el Acto Plebiscitario del 57, ya que no tenía atribuciones el gobierno para acudir a un texto indivisible en que el lector no podía distinguir. Se pregunta de dónde «se

[39] Ibíd.

> saca» que una votación de 4.169.294 votos afirmativos, 206.804 negativos y 20.738 en blanco «sea suficiente número para hacer una reforma constitucional y menos cuando esa autorización plebiscitaria no la disponía el Congreso». Sostiene la demanda que hubo extralimitación de funciones por parte de la Junta Militar a la que denomina «ejecutivo múltiple», pues como militares y en cumplimiento de sus cargos habían jurado cumplir la Constitución y las leyes de la República. Además, en su opinión, hubo vicios en el procedimiento porque la reforma tenía que sujetarse al sistema reglado por la Carta [...]"[40].

Afirmaba, así mismo, que "el concepto mismo de soberanía radica en la nación y no en el pueblo y de allí que el sufragio sea una simple función constitucional que no impone obligaciones. La población es apenas un elemento de la nación, mejor del Estado-nación, como lo es el territorio y el gobierno. El pueblo ciudadano no es titular de ninguna de las ramas del poder público, ya que no pertenece al gobierno, a los jueces o a la rama legislativa [...]"[41].

Se destaca que el demandante volvía y retomaba la argumentación tradicional de que la soberanía radicaba en la nación y no en el pueblo, a quien asumía como un simple elemento del territorio, pero sin capacidad constituyente. Por todo lo anterior, con el fin de lograr que se cayera el ordenamiento instaurado por el Plebiscito del 57 por vicios en su génesis.

El procurador general estimó que la Corte debía evitar pronunciarse sobre el fondo y declararse inhibida.

La Corte acogió el concepto de la Procuraduría y para sustentar su decisión, distinguió entre actos reformatorios de la Constitución y actos emanados del constituyente primario u originario. Afirmó, además, que la Corte de 1957 había hecho bien en declararse inhibida en ese momento, ya que un pronunciamiento del constituyente originario no podía ser revisado por los poderes constituidos, la validez del acto emanaba del propio poder originario.

> "De la doctrina [...] no se concluye que goce la Corte Suprema de Justicia de competencia para fallar, ya no sobre actos reformatorios de la Carta, sino según lo pide este caso el demandante, respecto

[40] C. S. de J., Sala Plena, sent. 54 de 9 junio 1987, "G. J.", t. CXCI, núm. 2340, exp. 1566, págs. 612-613.

[41] Ibíd., pág. 614.

de actos emanados del constituyente originario, como lo es el llamado Plebiscito de 1957. Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden. Siendo constituido el órgano al cual se encomienda la guarda de la integridad de la Constitución, su competencia depende del marco trazado por el mismo constituyente, de modo que no podría desbordarlo ubicándose en posición de juzgar los actos de ese constituyente a la luz del derecho antiguo [...] La nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental. Cuando se apela a la nación y esta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aún en el caso de posibles violaciones del orden precedente de quienes hubieran convocado al constituyente originario, la manifestación de este hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria [...] Bien hizo la Corte entonces, en declararse inhibida para conocer de las primeras demandas contra los decretos que convocaron el Plebiscito de 1957 [...] Puesto que la Corte estima que el 1º de diciembre de 1957 se produjo en Colombia una manifestación del constituyente primario a través de la votación ciudadana que aprobó el texto único sometido a su consideración por el gobierno de entonces, se configura un caso patente de inhibición para que el órgano defensor de la Carta Fundamental profiera sentencia en cualquier sentido sobre la validez jurídica de ese pronunciamiento nacional. Por las razones anotadas, también resulta improcedente toda decisión sobre constitucionalidad de los actos por medio de los cuales se convocó a la nación para que votara [...] *resuelve*: Declararse *inhibida*, para proferir decisión de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el Acto Plebiscitario de diciembre 1º de 1957 y contra los Decretos legislativos números 247 y 251 del mismo año"[42].

[42] Ibíd., págs. 616-617.

Este pronunciamiento es muy importante porque, como ya lo mencionamos, abría la puerta para que la Constitución pudiera ser reformada por caminos diferentes a los exigidos en la Constitución de 1886, o sea, por el Congreso. Mediante el fallo inhibitorio, la Corte consideraba, desde el punto de vista jurídico, que era posible el recurso a la soberanía popular tal cual como lo había sido treinta años antes y, por tanto, era una práctica que no tenía por qué vulnerar la Constitución de 1886.

El constituyente primario volvía y se convertía, entonces, en una opción viable, o por lo menos esa fue la interpretación que le dio el país jurídico y político[43]. Como dice CAJAS[44], el concepto de nación que esgrimió la Corte, fue más amplio que el que quisieron entender los demandantes al equipararlos al Congreso. Al ser el pueblo el que aprobaba las normas, estas se convertían en una decisión de carácter político contundente y convalidaba, por ese pronunciamiento, cualquier vicio que hubiese podido estar presente.

Aunque el objetivo principal de la sentencia no era impulsar a quienes querían reformar la Constitución Política de 1886 acudiendo al constituyente primario, terminó cumpliendo ese propósito, y se convirtió en la clara antesala para su reforma[45]. Pero antes hubo que pasar por el intento fallido del Plebiscito propuesto por el presidente Virgilio Barco, quien probablemente también, recurriendo al ejemplo vivido por él del Plebiscito del 57, veía en este mecanismo la forma más adecuada de lograr las reformas jurídicas imprescindibles y por ahí, ojalá salir de la crisis en la que estaba sumida Colombia a finales de 1980.

B) *El Plebiscito de 1988*

Sin embargo, la metodología que proponía el presidente Virgilio Barco en 1988 para conjurar la violencia que azotaba al país era difícil de realizar. El pueblo en un primer pronunciamiento derogaría la Constitución de 1886 y luego este volvería a ser llamado para refrendar las reformas a la Constitución que le presentase el gobierno[46], es decir, las decisiones se tomarían en dos tiempos.

> "El presidente [...] recordando los frustrados intentos de reforma a la Carta y en orden a satisfacer la urgencia de una reforma radical,

[43] M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, pág. 386.

[44] Ibíd., pág. 387.

[45] Ibíd.

[46] Ibíd.

> formula la propuesta recomendada por sus asesores de que los ciudadanos en la próxima elección del 13 de marzo decidan, mediante papeleta separada, la derogatoria o no del artículo 13 del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957. Si la respuesta es favorable tendríamos una firme base jurídica y política que nos permitirá entrar sin demora a diseñar y someter de nuevo a la soberana voluntad popular por los caminos de la justicia social y del progreso que se corrijan las grandes desigualdades existentes"[47].

Para llevarlo a cabo, Barco, quien era liberal, en clara consonancia con la tradición bipartidista y frente nacionalista del país, sabía que era necesario contar con el respaldo del partido conservador. Se había reunido entonces con Misael Pastrana Borrero, expresidente de la República y jefe del que se llamaba en esa época partido social conservador. El resultado de la reunión bipartidista se llamó Acuerdo de la Casa de Nariño, firmado el 20 de febrero de 1988 y consignaba lo siguiente:

> "Conscientes del hondo clamor popular en favor de las reformas institucionales que el país necesita con urgencia para hacer frente, con mayor eficacia, a los gravísimos problemas sociales y políticos que actualmente lo afligen, hemos convenido en convocar al pueblo colombiano para que, por medio de un referéndum, exprese su voluntad sobre la reforma constitucional que se elaborará en conformidad con el siguiente procedimiento, con el cual nos comprometemos:
>
> "1) En la semana del 22 de febrero se creará una Comisión preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional que por este acuerdo se pone en marcha, la cual estará integrada así: dos ministros, cinco miembros de la Dirección Nacional Liberal, cinco miembros de la Dirección Nacional del Partido Social Conservador, el director del Nuevo Liberalismo y un miembro de la Dirección de la Unión Patriótica. La Comisión propondrá las materias objeto de reformas de las que habrá de ocuparse una Comisión de Reajuste Institucional a la que más adelante se alude y elaborará los estudios preliminares que juzgue pertinentes.
>
> "2) El gobierno convocará al Congreso Nacional a sesiones extraordinarias a partir del 4 de abril y por el término de dicho mes, para:
>
> "a) Elegir los miembros de la Comisión de Reajuste Institucional.

[47] A. Charria Angulo, *op. cit.*, pág. 87.

> ”b) Estudiar y aprobar la convocatoria al pueblo colombiano a un referéndum para el 9 de octubre de 1988, al cual se someterá al resultado del trabajo de la Comisión de Reajuste Institucional. Los partidos liberal y social conservador se comprometen a votarla afirmativamente. Registramos complacidos el apoyo del Nuevo Liberalismo y de la Unión Patriótica a esta declaración, así como el que ha sido expresado por numerosas fuerzas sociales tanto a la necesidad de la reforma constitucional como a la realización del referéndum.
>
> ”3) La Comisión de Reajuste Institucional estará integrada por 50 miembros elegidos por el Congreso de ternas presentadas por el presidente de la República, elaboradas de listas que le presenten los partidos y que incluirán personas representativas de los distintos estamentos sociales, de las diversas actividades de la comunidad y de las instituciones. El Senado y la Cámara de Representantes elegirán, cada uno, 25 miembros en proporción a la votación que obtengan las listas de los partidos o movimientos políticos para las asambleas departamentales en las elecciones de 13 de marzo de 1988.
>
> ”4) La Comisión de Reajuste Institucional se instalará el 2 de mayo de 1988 y deberá entregar a más tardar el 16 de septiembre de 1988 el proyecto de Reforma Constitucional que se someterá a la decisión del pueblo colombiano en el Referéndum que tendrá lugar el 9 de octubre de 1988”[48].

Pese a los esfuerzos de Barco de convencer a la opinión pública sobre las bondades de su propuesta, las dificultades no se hicieron esperar. La primera estocada al intento de convocatoria popular, la dio el partido conservador, ya que, a pesar de que apoyaba la consulta al pueblo, no estaba de acuerdo con la primera fecha del 13 de marzo para la derogatoria del Plebiscito del 57. Este último condicionó su respaldo a su modificación, pues la que proponía el gobierno coincidía con la primera elección popular de alcaldes en el país[49].

> “1) El conservatismo es partidario del diálogo con el gobierno y le ofrece su respaldo en estos momentos de crisis.
>
> ”2) El partido está en contra de cualquier medida de excepción que se piense adoptar para el 13 de marzo, porque es una interferencia

[48] Ibíd., págs. 109-110.

[49] Vale la pena recordar que el primer alcalde de Bogotá elegido popularmente fue Andrés Pastrana Arango, hijo del presidente Misael Pastrana Borrero.

> al proceso constitucional en marcha. Por tanto, se abstiene de votar el Plebiscito y se podría romper el diálogo nacional.
>
> ”3) Hay entera disposición de dialogar sobre el tema, a discutir mecanismos, a revisar fórmulas que conduzcan a la vía más expedita, pero después del 13 de marzo”[50].

Pero la segunda estocada resultó ser la definitiva. La fuerza jurídica del Acuerdo de la Casa de Nariño empezó a ser cuestionada y la pregunta por la naturaleza jurídica de este comenzó a ser determinante, ya que, si el Acuerdo llegaba a ser catalogado como un acto administrativo, su legalidad podía ser revisada por el Consejo de Estado. Eso en últimas fue lo que ocurrió.

> “El hecho de llevar la firma del presidente de la República hace del texto llamado Acuerdo de la Casa de Nariño un acto jurídico de derecho público, es decir, una manifestación de voluntad del Estado que produce efectos jurídicos. Los actos jurídicos que producen las autoridades colombianas pueden clasificarse en actos constituyentes, legales, gubernamentales y judiciales, según la rama que los dicta y la función en uso de la cual se expiden [...] Sería entonces por sustracción de materia un acto gubernamental”[51].

El Consejo de Estado se acogió a esa interpretación, consideró de esta manera que el Acuerdo de la Casa de Nariño era un acto administrativo y entró a pronunciarse sobre su validez. Así fue que mediante el auto del 4 de abril de 1988 con ponencia del consejero Guillermo Benavides Melo, suspendió provisionalmente el Acuerdo, pues estimó que era un acto que pretendía reformar la Constitución de 1886, y el presidente de la República no tenía la competencia para hacerlo. La Constitución, según el Consejo de Estado, únicamente podía ser reformada mediante Acto Legislativo en desarrollo del procedimiento previsto en el Congreso, como lo estipulaba el artículo 218 de la Constitución vigente, y que había sido reiterado por el artículo 13 del Plebiscito de 1957[52].

> “Conforme a su texto (al Acuerdo de la Casa de Nariño) el mismo establece un procedimiento dirigido única y exclusivamente a la celebración de un referéndum, a través del cual el pueblo colombiano

[50] M. Fonnegra, “El Plebiscito de 1988”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, pág. 190. Obtenido en *https://dialnet.uniroja.es/descarga/artículo/5509527*.

[51] A. Charria Angulo, *op. cit.*, pág. 112.

[52] M. Cajas Sarria, *op. cit.*, págs. 387-388.

> exprese su voluntad y decida sobre el proyecto de reforma constitucional que se le someterá. Ese referéndum es inconstitucional. La Carta Fundamental únicamente puede ser reformada de la manera como ella misma, de modo preciso, determina en su canon 218, en armonía con el artículo 13 del Plebiscito de 1957. No cabe, pues, traer argumento alguno acerca de la forma como pudiera usarse válidamente para producir reformas a la Superley por procedimientos diversos al que trata el citado artículo 218, así fuere alegando las situaciones gravísimas sobre las que atraviesa dolorosamente la patria, pues el desiderátum es: o se acata o no se acata el estado de derecho en nombre del cual se desempeñan las funciones públicas y cuyos postulados se protesta defender desde el instante mismo en que se accede a ellas [...] porque en ese caso su comportamiento a través de los actos administrativos que tales fines inconstitucionales persigan deberá ser anulado o suspendido por la jurisdicción en lo contencioso administrativo"[53].

Como podemos observar, era el Consejo de Estado el que estaba retomando las banderas de la Corte Suprema del 78, apartándose completamente de las sentencias de la misma de 1957 y 1987. Para este, las reformas a la Constitución no podían hacerse de forma diferente a lo previsto en la Constitución de 1886. El Consejo de Estado volvía a reinterpretar de una manera restrictiva el papel del constituyente primario, para quitarle su poder y dejárselo al Congreso como único y verdadero representante de la nación.

De esta manera, la puerta se había cerrado una vez más, no quedando otra posibilidad que la de una reforma radical mediante una Asamblea Nacional Constituyente. Volvió a suceder lo que había pasado con el Frente Nacional, al no haber un diseño institucional que permitiera el cambio dentro de la estructura existente, la única salida era una ruptura definitiva.

Pero, como dijo CAJAS en su texto citando al presidente César Gaviria, *el germen se había sembrado*[54], la urgencia de una evolución constitucional por fuera de la Carta de 1886 era inminente. Paralela y desafortunadamente los hechos violentos siguieron en aumento hasta que el hastío fue generalizado y la Asamblea Nacional Constituyente fue masivamente impulsada introduciendo los cambios trascendentales de

[53] C. de E., auto de 4 abril 1988, *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 197, Bogotá, mayo de 1988.

[54] M. CAJAS SARRIA, *op. cit.*, pág. 389.

la Constitución de 1991 que ya conocemos, entre otros, la posibilidad de utilizar la democracia directa como una de las formas más eficaces de modificación normativa y constitucional.

5. Conclusiones

Después de revisar los dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, el relativo a la constitucionalidad de la convocatoria al Plebiscito de 1957, en el cual se declaró inhibida, y el de 1987, en el que ratificó lo dicho anteriormente, podemos concluir que la Corte Suprema de Justicia en las dos ocasiones leyó acertadamente la coyuntura política y social del momento y se convirtió en importante determinador del cambio que clamaba la opinión pública. La imposibilidad de reforma constitucional que traía en su diseño institucional la Constitución de 1886 con su artículo 218, y que había sido ratificado mediante el artículo 13 del Plebiscito del 57, se había convertido en un impedimento para cualquier renovación normativa. Así lo entendió la Corte Suprema, acudir al constituyente primario se había convertido en la única salida posible para darle legitimidad a las modificaciones requeridas, no era pertinente seguirse aferrando a la exclusiva reforma constitucional mediante Acto Legislativo, vía Congreso. El permitir dicha posibilidad, también hace comprender a la Corte la dificultad que deben enfrentar los poderes constituidos de encarar al pueblo, el cual siempre será más legítimo y en últimas determinará la decisión final.

Aunque las coyunturas de 1957 y 1987 no son necesariamente comparables, sí podemos afirmar que eran momentos violentos y de enorme fragilidad jurídica e institucional, se pensó entonces y creemos que, con razón, un cambio jurídico podría ser motor de paz y por qué no de reconciliación. Algo se logró con el Frente Nacional introducido con el Plebiscito de 1957 frente a las diferencias intestinas entre liberales y conservadores; así mismo, la Constitución de 1991, resultado de una Asamblea Nacional Constituyente, introdujo mejoras sustanciales, sobre todo con relación a la realización material de los derechos fundamentales. Pero muchas mejoras quedaron aún por hacerse, tanto que hubo que recurrir nuevamente a un proceso plebiscitario en 2016 para incorporar en el ordenamiento jurídico el proceso de paz de La Habana con las FARC. Plebiscito que, aunque por una mínima mayoría, no prosperó.

Muchas razones se pueden esbozar para explicar la derrota, pero desde lo que nos arroja lo revisado en este texto, consideramos que las

fallas no fueron jurídicas o desde el punto de vista del comportamiento de la Corte, en este caso de la Corte Constitucional, la cual, mediante la sentencia 379 de 2016, declaró constitucional el acto legislativo 1 de 2016 que permitía el Plebiscito del 2 de octubre. En este caso, el Tribunal Constitucional entendiendo su papel de poder constituido, frente a la posibilidad de un pronunciamiento popular, despejó el camino para que fuera el pueblo como soberano el que tomara la decisión final igual a como lo hizo en 1957 y en 1987. La Corte apoyó, entonces, al gobierno en su deseo de paz y de preguntarle al constituyente primario su parecer frente al proceso de La Habana. En esta ocasión, en comparación con las anteriores, no tuvo que cuestionar el poder soberano del constituyente primario, ya que la Constitución de 1991 había introducido los mecanismos de participación ciudadana mediante el artículo 103 de la Constitución, los cuales habían sido desarrollados, a su vez, por las Leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015. De todas maneras, tuvo una perspectiva flexible, puesto que se habían modificado para la ocasión y por el Congreso mediante Acto Legislativo, los requisitos impuestos por la Ley Estatutaria vigente de 1757 de 2015 para los plebiscitos.

Para nosotros, el problema de la derrota del Plebiscito de 2016 fue netamente político. Tanto en 1957 para que prosperara la convocatoria al Plebiscito, fue necesario primero un acuerdo entre los partidos políticos liberal y conservador lo que garantizó su éxito. En 1987, para el intento de Plebiscito de 1988, el presidente Barco acudió nuevamente al partido conservador para obtener su respaldo; pero, como lo dijimos, el conservatismo a pesar del momento de crisis, no apoyó del todo el mecanismo debido a un tema electoral, lo que le permitió al Consejo de Estado no comprometerse y retomar la tesis de que la Constitución solo podía reformarse mediante Acto Legislativo en el Congreso. No medió, entonces, un verdadero acuerdo político y la opinión pública permaneció así dividida. Cuando el enemigo común —el narcotráfico—, ya fue motivo de unión entre la sociedad civil, se logró un real "acuerdo sobre lo fundamental"[55] entre los partidos políticos, élites liberales y conservadoras, sobre la necesidad de recurrir a una Asamblea Nacional Constituyente para introducir las reformas requeridas. Podemos decir, haciendo un paralelo, que en 2016 no fue posible consolidar un acuerdo previo con la oposición y, por tanto, no hubo suficiente apoyo político al Plebiscito de 2016. ¿Será que para llevar a efecto esta reforma, tendrá

[55] Frase de Álvaro Gómez Hurtado del partido conservador, uno de los presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente.

que pasar por una nueva Asamblea Nacional Constituyente? Veremos si es del caso, cómo se comportará la Corte Constitucional de turno. ¿Se le temerá o no al poder del constituyente originario?

6. Bibliografía

A) *Libros, artículos académicos y documentos oficiales*

Acuerdo de Benidorm. (1956): Recuperado el 28 de noviembre de 2012 de *http://www.elabedul.net/Documentos/acuerdo_de benidorma.php*.

Acuerdo de la Casa de Nariño, *El Tiempo*, 11 de febrero de 1988.

Bermúdez, A.: *Del bogotazo al Frente Nacional. Historia de la década en que cambió Colombia: el 9 de abril de 1948, el 13 de junio de 1953, el 10 de mayo de 1957, el Frente Nacional de 1958*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo, 1995.

Bushnell, David: *Colombia, una nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombinos hasta nuestros días*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Planeta Colombiana, 2002.

Cajas Sarria, Mario Alberto: *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Edic. Uniandes; Cali, Universidad icesi, 2015.

— "La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1990", en *Precedente*, vol. 7, julio-diciembre, 2015, Cali.

— "La justicia constitucional del general Gustavo Rojas Pinilla: entre el Tribunal de Garantías Constitucionales y la Sala de Negocios Constitucionales. Colombia, 1953-1957", en *Revista de Historia Constitucional*, núm. 17, 2016.

Camacho Guizado, A. y Rojas, H.: *El Frente Nacional: ideología y realidad*, Bogotá, Punta de Lanza, 1973.

Cámara de Representantes: *Por qué y cómo se forjó el Frente Nacional*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1959.

Charria Angulo, A.: *¿Plebiscito, referéndum o dictadura?*, Bogotá, Impresores Iberoamericanos Ltda., 1988.

Dávila Ladrón de Guevara, A.: *Democracia pactada: el Frente Nacional y el proceso constituyente de 1991*, Bogotá, ceso-ifea-Alfaomega, 2002.

— "Para una historiografía del Frente Nacional", en C. Caballero Argáez, M. Pachón Buitrago y E. Posada Carbó: *Cincuenta años de regreso a la democracia. Nuevas miradas a la relevancia histórica del Frente Nacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

De la Calle Lombana, H.: "El Plebiscito de 1957: la legitimidad fundacional del Frente Nacional", en C. Caballero Argáez, M. Pachón Buitrago y E. Posada Carbó: *Cincuenta años de regreso a la democracia. Nuevas miradas a la relevancia histórica del Frente Nacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Declaración de Sitges. (1957): Recuperado el 20 de octubre de 2012. Obtenido en *http:/www.elabedul.net/Artículos/Documentos/declaración_de_sitges.php*.

Durán Smela, D.: "El Frente Nacional: ejemplo vigente de montaje dogmático en Colombia. Una aproximación a la relación entre psicoanálisis y derecho desde el pensamiento de Pierre Legendre", 2014, tesis doctoral Pontificia Universidad Javeriana (sin publicar), Bogotá.

Fonnegra González, M.: "El Plebiscito de 1988", en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, obtenido en *https://dialnet.uniroja.es/descarga/artículo/5509527*.

Gaitán Mahecha, B.: *Misión histórica del Frente Nacional: de la violencia a la democracia*, Bogotá, Revista Colombiana, 1966.

Gutiérrez Sanín, F.: *¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958-2000*, Bogotá, Norma, 2006.

Hartlyn, J.: *La política del régimen de coalición: la experiencia del Frente Nacional en Colombia*, trad. de P. Valenzuela, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo —cei— Universidad de los Andes, 1993.

— "La democratización colombiana: reflexiones sobre el impacto del Frente Nacional", en C. Caballero Argáez, M. Pachón Buitrago y E. Posada Carbó, *Cincuenta años de regreso a la democracia. Nuevas miradas a la relevancia histórica del Frente Nacional* (págs. 93-116), Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Lijphart, A.: *Consociational theory: Problems and prospects.* Comparative Politics, 13, abril 1981.

Pizarro Leongómez, E.: *Comienza el Frente Nacional: Paz de partidos*. 2004. Recuperado el 28 de noviembre de 2012. Obtenido de ColombiaLinK: *http://www.colombialink.com/01_index/index_historia/07_otros_hechos_historicos/0280_frente_nacional.html.*

Sáchica, Luis Carlos: *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

Sánchez, G.: "La Violencia: de Rojas al Frente Nacional", en A. Tirado Mejía, *Nueva historia de Colombia. Historia política 1946-1986* (vol. ii, págs. 153-178), Bogotá, Planeta, 1989.

Silva Luján, G.: "El origen del Frente Nacional y el Gobierno de la Junta Militar", en A. Tirado Mejía, *Nueva historia de Colombia. Historia política 1946-1986*, vol. II, Bogotá, Planeta, 1989.

Vázquez Carrizosa, A.: *Historia crítica del Frente Nacional*, (H. Suárez, ed.)., Santa Fe de Bogotá, Foro Nacional por Colombia, 1992.

B) *Jurisprudencia*

C. S. de J., Sala Plena, sent. de 28 noviembre 1957, "G. J.", t. LXXXVI, núms. 2188-2189-2190, págs. 430-448, M. P. Guillermo Hernández Peñalosa.

— Sala Plena, sent. 54 de 9 junio 1987, "G. J.", t. CXCI, núm. 2340, exp. 1566, págs. 608-617, M. P. Hernando Gómez Otálora.

C. de E., auto de 4 abril 1988, *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 197, mayo de 1988, Bogotá.

Capítulo XIV

Entre el 5 de mayo de 1978 y el 9 de octubre de 1990[*]:

Algunas fracturas y tensiones en las nociones de poder constituyente y Constitución en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Esteban Restrepo Saldarriaga[**]

Resumen. Este ensayo describe la transformación en los conceptos de poder constituyente primario y constitución que se producen en el derecho constitucional colombiano entre las sentencias de 5 de mayo de 1978 y de 9 de octubre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia. Mientras que en el primer fallo la Corte declaró inexequible la "Pequeña constituyente" de Alfonso López Michelsen, en el segundo dio vía libre a la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la Constitución Política de 1991. El artículo muestra cómo el Alto Tribunal pasó de defender nociones altamente formalistas y reduccionistas de poder constituyente y constitución, a sostener conceptos propios del constitucionalismo transnacional contemporáneo. Al asumir estas nuevas nociones, la Corte Suprema fijó las bases del talante que asumiría el derecho constitucional colombiano a partir de la Carta de 1991.

Palabras clave: poder constituyente primario y constitución, "Pequeña constituyente", Asamblea Nacional Constituyente, ductilidad constitucional.

Las aventuras constitucionales de los presidentes Alfonso López Michelsen y César Gaviria Trujillo ante la Corte Suprema de Justicia corrieron con suertes radicalmente opuestas. Ambos persiguieron reformar la Constitución Política de 1886 mediante asambleas constitucionales, enfrentando el fantasma común del plebiscito de 1957 y su famoso artículo 13 que prohibía reformar el texto constitucional mediante cualquier mecanismo distinto a los actos legislativos trami-

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.101

[**] Profesor asociado. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, D. C., Colombia.

tados y aprobados por el Congreso de la República. Mientras que en la sentencia de 5 de mayo de 1978, la Sala Plena de la Corte declaró inconstitucional el acto legislativo que convocaba la llamada "Pequeña constituyente", en la sentencia del 9 de octubre de 1990, no solo declaró ajustado a la Constitución el decreto de estado de sitio que convocaba a una asamblea nacional constitucional para reformar la Carta de 1886, sino que también transformó esta convocatoria en la Asamblea Nacional Constituyente que expidió una nueva Constitución para Colombia[1].

En este ensayo no pretendo describir cuáles fueron las circunstancias históricas que condujeron a esos dos momentos constitucionales colombianos, ni analizar cómo las específicas coyunturas sociales y políticas en que estos ocurrieron influyeron en los fallos de la Corte Suprema[2]. Más bien, me centraré en mostrar cómo la reconfiguración radical de dos conceptos fundamentales del derecho constitucional, permitió superar el escollo que implicaba el legado del plebiscito de 1957 para la reforma constitucional por la vía de una convocatoria directa al pueblo colombiano en su calidad de constituyente primario. Dicho de otro modo, la posibilidad de la Corte de leer las particulares circunstancias históricas de 1989-1990 a fin de dar vía libre a la Asamblea Nacional Constituyente, fue posible gracias al modo en que reconceptualizó las nociones de poder constituyente y de constitución. Así, mientras que en la sentencia de 5 de mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia operó conforme a nociones propias de un constitucionalismo formalista y restrictivo, en la sentencia de 9 de octubre de 1990, el Alto Tribunal fundó sus decisiones en conceptos derivados del constitucionalismo progresista de la segunda posguerra. Podría, incluso, afirmarse que, en esta segunda decisión, la Corte presintió el sentido que adquiriría el constitucionalismo colombiano tras la expedición de la Constitución de 1991 y su desarrollo por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

[1] C. S. de J., Sala Plena, sent. de 5 mayo 1978, "G. J.", t. clvii, núm. 2397, 1978, págs. 91-126; C. S. de J., Sala Plena, sent. de 9 octubre 1990, *Gaceta especial Sala Constitucional: la reforma constitucional de 1991*, t. i, núm. 138, 1993, págs. 37-107. Nota: estas dos sentencias serán citadas directamente en el cuerpo principal del texto con una referencia al año seguido del número de página de la *Gaceta* correspondiente.

[2] Sobre el contexto histórico de estos dos momentos constitucionales, véanse, entre muchos otros, Daniel Pécaut, *Crónica de dos décadas de política colombiana 1968-1988*, Bogotá, Siglo XXI, 1989, págs. 284-301; Jaime Buenahora Febres-Cordero, *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo, 1992; Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2009, págs. 79-131; Mario Alberto Cajas Sarria; *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. ii, Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991, Bogotá, Edic. Uniandes-Universidad icesi, 2015, págs. 200-217, 356-409.

A continuación, pongo en diálogo estos dos fallos históricos para destacar cómo de 1978 a 1990 se produjo el cambio antes referido. En la primera parte del ensayo muestro cómo, en la sentencia del 5 de mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia, a partir de una noción altamente formalista del poder constituyente, cerró toda posibilidad para que la Constitución Política de 1886 fuera reformada por cualquier órgano distinto al Congreso de la República. En su segunda parte, el texto muestra cómo, en la sentencia de 9 de octubre de 1990, para dar vía libre a la Asamblea Constituyente de 1991, la Corte, en un gesto poderosamente desformalizador, reconstruye el concepto de poder constituyente como una fuerza que no puede ser limitada por los poderes constituidos y cuyas manifestaciones de hecho tienen el poder de transformar la realidad con independencia de lo que disponga el texto constitucional. Para finalizar, en la tercera parte del ensayo muestro brevemente cómo la noción de constitución propia del constitucionalismo clásico en que se apoya la sentencia del 5 de mayo de 1978, se deja de lado en la sentencia del 9 de octubre de 1990, para abrir el paso a una idea de constitución que se caracteriza como el espacio para tramitar los conflictos característicos de sociedades conflictivas como la colombiana.

I

En la sentencia de 5 de mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado José María Velasco Guerrero, declaró inexequible el Acto legislativo 2 de 1977. A través de esta reforma constitucional, el presidente Alfonso López Michelsen pretendía convocar una asamblea constitucional —que en el momento fue denominada la "Pequeña constituyente"—, elegida por voto popular, con el fin de reformar aspectos de la Constitución de 1886 relacionados con el régimen territorial, el ministerio público, el Consejo de Estado, la administración de justicia y la jurisdicción constitucional. Al menos desde 1976, el presidente López había señalado, por una parte, la necesidad de reformar las administraciones departamentales y municipales, para permitir su mejor gestión financiera y controlar las burocracias clientelistas y, por otro lado, el imperativo de mejorar la eficiencia y moralidad de la administración de justicia[3]. Aunque, tras su aprobación por el Congreso de la República, el acto legislativo fue objeto de varias demandas de inconstitucionalidad, solo una de ellas prosperó y dio lugar a que la norma fuera declarada inexequible[4].

[3] Véanse Pécaut, *op. cit.*, págs. 290-292; Cajas Sarria, *op. cit.*, págs. 200-206.

[4] Véase Cajas Sarria, *op. cit.*, pág. 207.

La Corte Suprema de Justicia encontró fundado el argumento de los demandantes de que el Congreso de la República había violado el artículo 218 de la Constitución de 1886, al delegar su poder de reforma constitucional en la asamblea constitucional. Debe recordarse que, el 1º de diciembre de 1957, el pueblo colombiano votó en un plebiscito una reforma constitucional que, además de establecer el Frente Nacional, señaló, en su artículo 13, que "[e]n adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución". Esta norma significaba, en la práctica, que el constituyente primario colombiano había decidido desprenderse indefinidamente de su poder de reforma constitucional para delegarlo al Congreso de manera permanente. Así, para declarar inexequible la convocatoria a la "Pequeña constituyente", la decisión mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 5 de mayo de 1978, interpretó el artículo 13 del plebiscito de 1957 en el sentido de que el poder de reforma constitucional del Congreso de la República era indelegable, *incluso en una asamblea constitucional electa por voto popular*. En este sentido, el constituyente derivado había excedido su competencia al expedir el Acto legislativo 2 de 1977.

Los argumentos de la mayoría constituyen, en apariencia, una reflexión simple sobre la competencia del Congreso de la República para reformar la Constitución y, en esa medida, podría parecer que la Corte Suprema supedita la elaboración de una teoría del poder constituyente a esa reflexión. Sin embargo, una lectura más detenida de los fundamentos de la sentencia permite derivar una teoría del poder constituyente más compleja de la que surge a primera vista. Para la Corte, en la medida que "la esencia de la función constituyente" radica en asignar competencias, si el "constituyente primario" entregó al Congreso de la República la competencia para reformar la Constitución esta es indelegable (1978, pág. 103). El sustento de este argumento recurre a la autoridad de dos autores que, a juicio del Alto Tribunal, permiten afirmar que, en punto a la indelegabilidad de las competencias atribuidas por el constituyente primario, "ha sido pacífica la controversia entre los doctrinantes" (pág. 104). A continuación, la Corte cita un largo párrafo de la *Teoría de la constitución* de Carl Schmitt y, mucho más interesante, recurre a "un connotado tratadista colombiano" (cuyo nombre no se menciona) que, en un libro titulado *Constitucionalismo colombiano* (cuyo autor se precisa en la cita)[5], reitera la idea de que en un sistema

[5] El "connotado tratadista" era, ni más ni menos, Luis Carlos Sáchica Aponte, cuyo salvamento de voto es, a mi juicio, el más importante de los que acompañan la sentencia

de división de poderes bajo el esquema de frenos y contrapesos ningún poder puede extralimitarse en el ejercicio de sus competencias.

Con variaciones, la idea de que el órgano que delega las competencias que le fueron asignadas por el constituyente primario carece de competencia para hacerlo y, por tanto, el acto de delegación carece de validez jurídica (en lo que, para la Corte, es "una clásica usurpación de competencias" [pág. 106]), se repite, con la obsesión de un mantra, a todo lo largo de los fundamentos de la sentencia del 5 de mayo de 1978. Así, para ejemplificar solo algunas de las variaciones de ese argumento, la Corte Suprema de Justicia afirma en un lugar que "[e]l poder de reforma obliga en su ejercicio [...] a mantener el fundamento de su propia competencia reformadora", lo que implica que al Congreso de la República "le queda prohibido así, expresamente, utilizar el procedimiento que le prescribe el artículo 218 para establecer otro diverso, singularmente facilitado, para que otro haga lo que debe hacer él mismo" (pág. 104). En otro punto del fallo sostiene que la falta de competencia del Congreso para delegar su poder de reforma constitucional determina la ilegitimidad del "contenido material de la totalidad de los actos que expidiera la Asamblea Nacional Constituyente como subdelegataria de un poder de reforma que el primero está obligado a ejercer en forma privativa, pero que delegó sin competencia" (pág. 105); en otro aparte, la Corte indica que debe "declarar inexequible el acto legislativo que el Congreso expidió sin competencia para delegar sus poderes de reforma", y agrega que "[p]or el camino de utilizar el procedimiento contenido en el artículo 218 [...] no puede el Congreso desbordar sus poderes, ni crear otro, igual o superior al suyo" (pág. 105); y, para finalizar, el Alto Tribunal considera que si bien "[e]l Congreso como destinatario del poder de reforma constitucional, derivado del constituyente primario, tiene plena capacidad para expedir actos reformatorios de la Constitución", su poder de reforma no llega al punto de "modificar el contenido y alcance de su propia competencia" (pág. 106).

En suma, la "usurpación de competencia" que opera como argumento central de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inexequibilidad del Acto legislativo 2 de 1977 se funda en un teoría "simple" del poder

---

de 5 de mayo de 1978. La cita proviene de la edición de 1977 de su *Constitucionalismo colombiano*. Véase Luis Carlos Sáchica Aponte, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1977. Más que una casualidad o un error, la referencia de la mayoría a un "connotado tratadista" sin jamás revelar su nombre puede mostrar su deseo (inconsciente, tal vez) de olvidar los argumentos del salvamento de voto de Sáchica.

constituyente que, en el marco del artículo 2º de la Constitución de 1886 que establecía que los poderes públicos emanan de la soberanía que "reside esencial y exclusivamente en la nación" (pág. 105), parece existir y reducirse fundamentalmente a atribuir competencias que se fijan en un texto constitucional y se ejercen conforme a este ("Atribuir competencias es de la esencia del poder constituyente primario" [pág. 106])[6]. A la luz de este argumento, el contenido particular del Acto

[6] La simpleza e insuficiencia de esta teoría resulta confirmada por el salvamento de voto del magistrado Luis Carlos Sáchica Aponte, quien afirmó que "[l]a jurisprudencia colombiana solamente ahora empieza a asimilar la doctrina del poder constituyente" (pág. 115). A juicio de Sáchica, esta doctrina no podía limitarse a señalar que su efecto fundamental, a la luz del art. 2º de la Constitución de 1886, consiste en limitar los poderes constituidos a través de las competencias que les son fijadas por el texto constitucional que los crea. En su opinión, de los arts. 2º, 55 y 218 de la Carta Política entonces vigente, debía derivarse "una teoría completa y clara del poder constituyente" (pág. 116). Para Sáchica, la clave de esta teoría, que es la que sostienen "las más importantes corrientes del pensamiento constitucional", radica en distinguir adecuadamente entre la "constitución política" y la "constitución jurídica". Mientras que la primera es "[l]a estructura real, el ser del pueblo o la nación", la segunda es el "deber ser normativo que pretende encauzar la vida colectiva mediante imperativos jurídicos" (pág. 116). Según Sáchica, esta distinción permite "precisar, en primer término, y diferenciar el poder constituyente primario del derivado y para concluir que todas las disposiciones constitucionales, no la Constitución Política misma, son reformables, aun la que prescribe el modo de hacer esas reformas, por el segundo de tales poderes" (pág. 116). En la teoría de Luis Carlos Sáchica, a diferencia de la sostenida por la posición mayoritaria, la afirmación del art. 2º de la Carta de 1886 de que "la soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación", significa que, por esencia, al constituyente primario le corresponde, "en forma inminente, privativa e indelegable", el "acto creador del Estado" y de su orden jurídico (lo que él denomina la constitución *política*) (pág. 116). En ese acto de creación, el constituyente primario atribuye a un órgano que opera como constituyente derivado el poder de reformar la constitución *jurídica*. Este poder, según Sáchica, es limitado (a diferencia del poder ilimitado de la nación como constituyente primario) y se contrae exclusivamente a la reforma de las disposiciones del texto constitucional. En su opinión, "como las constituciones jurídicas son dadas por un constituyente derivado o propuestas al primario por quien asume la función constituyente, resulta que en realidad las restricciones del poder de reforma son meras *autolimitaciones* que se impone el constituyente secundario, *siendo posible reformarlas y aun eliminarlas*, según se quiera tener un régimen constitucional rígido o flexible" (pág. 117, cursiva fuera de texto). Conforme a lo anterior, bien podía el Congreso de la República, como constituyente derivado, mediante acto legislativo, modificar el régimen de reforma constitucional establecido en la Constitución de 1886 y crear la "Pequeña constituyente". A juicio de Sáchica, negarle al Congreso esta posibilidad equivalía a "privarlo de su competencia reformadora y producir una *petrificación o bloqueo constitucional*" (pág. 117, cursiva fuera de texto). A partir de todo lo anterior, señaló que "[l]a regla reguladora de la facultad de reforma constitucional es una norma más de la Constitución, sin categoría normativa especial

legislativo 2 de 1977, *el hecho de que convocara a una asamblea constituyente electa por voto popular*[7], no modificaba en nada la idea central de la sentencia de que ese acto "acusaba un vicio fundamental" consistente en "una clásica usurpación de competencia" (pág. 106). Para la Corte, la elección popular de los miembros de la Asamblea Constituyente no determinaba, en ninguna medida, una variación de su concepción de ese órgano como subdelegatario del Congreso y no del pueblo colombiano. Como puede verse, en este argumento la peculiar naturaleza del artículo 13 del plebiscito de 1957 y su impacto en el modelo de reforma constitucional, entonces vigente en Colombia, están prácticamente ausentes. Si lo anterior hubiese ocupado un lugar central en los fundamentos de la sentencia de 5 de mayo de 1978, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de declarar inexequible la "Pequeña constituyente" habría sido, tal vez, más comprensible y su teoría del poder constituyente mucho más robusta y atractiva.

En efecto, por lo que se refiere a una teoría de esta clase, ocurrió que en 1957 el pueblo colombiano, como constituyente primario, se privó a sí mismo del poder de reformar directamente la Constitución de 1886 para atribuírselo permanentemente al Congreso de la República. Este particularísimo gesto constituyente bien hubiese podido ser razonablemente utilizado por la Corte Suprema de Justicia para establecer una distinción clara entre las expresiones del pueblo como constituyente primario que ejerce de manera directa el poder de reforma constitucional (que incluye el poder de transferirlo a un órgano constituido) en ocasiones excepcionales y extraordinarias y las expresiones del pueblo como mero elector de funcionarios de corporaciones de elección popular (que no tiene incidencia en el modelo de reforma constitucional). A mi juicio, solo una teoría de esta clase permitiría explicar por qué la idea de la "usurpación de competencia" en que se funda la sentencia de 5 de mayo de 1978, no resulta afectada por el hecho de que el Acto legislativo 2 de 1977 convocara a una asamblea constituyente *de elección popular*. Así, solo a través de una manifestación excepcional y extraordinaria del pueblo como constituyente primario, podría modificarse la competencia del

---

superior o distinta a las demás normas de la Constitución" y concluyó que "[e]l artículo 218 es una norma instrumental que persigue la estabilidad o duración de las disposiciones constitucionales, lo cual no la hace intangible, pues si se quiere un sistema más flexible de reforma puede modificarse" (pág. 117).

[7] Los arts. 2º a 4º del Acto legislativo 2 de 1977 establecían que la "Pequeña constituyente" estaría conformada por "delegatarios elegidos popularmente" en la votación para elegir presidente de la República, que tendría lugar en junio de 1978.

Congreso de la República para reformar la Constitución de 1886. Un tenue destello de este argumento aparece hacia el final del fallo cuando la Corte afirma que "[r]eformar la Constitución *directamente* no es lo mismo que instituir un órgano constituyente", para luego agregar que "[s]olo el constituyente primario puede *crear* ese cuerpo y atribuirle el poder de reforma" y finalizar diciendo que "[a]tribuir competencias es de la *esencia* del poder constituyente primario" (pág. 106) (cursiva fuera de texto).

A mi juicio, con esta cita, el Alto Tribunal reconoce implícitamente el atasco democrático creado por el artículo 13 del plebiscito de 1957, al haber amordazado la voz del pueblo para reformar la Constitución de 1886. La Corte parece sugerir que solo la *producción* de un evento extraordinario que permitiera la manifestación directa del constituyente primario disolvería ese obstáculo. Sin embargo, *quién* debería producir ese evento y cuál sería su *naturaleza* son cuestiones que la sentencia no resuelve. Hasta cierto punto, esta indefinición es comprensible en tanto el Congreso de la República que, en las circunstancias creadas por el artículo 13 del plebiscito de 1957, pareciera ser el productor natural de esta clase de eventos quedó clara y paradójicamente maniatado para producirlos. En este sentido, la sentencia de 5 de mayo de 1978 sería ella misma una prueba clara de que cualquier intento de imaginación democrática del Congreso para salir del *impasse* derivado del modelo de reforma constitucional de 1957, sería indefectiblemente derrotado por la propia fuerza antidemocrática de este modelo. En alguna medida, esta cita podría leerse como una *invitación* a las generaciones futuras a *imaginar* a una salida que, por fuerza, tendría que ser *revolucionaria*, en el sentido de que habría de producir un hecho democrático que derrotara el modelo de reforma constitucional de 1957 *por fuera* de los cauces del artículo 218 de la Constitución de 1886. Los movimientos sociales (y, particularmente, los estudiantes), los partidos políticos y las autoridades públicas que se movilizaron entre 1989-1990, parecen haber aceptado esta invitación, y produjeron los hechos democráticos que permitieron la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y la expedición de la Constitución Política de 1991.

II

En la sentencia de 9 de octubre de 1990, con ponencia de los magistrados Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, la Corte

Suprema de Justicia validó la apuesta política de las movilizaciones políticas y sociales que atendieron su invitación de mayo de 1978. Al declarar parcialmente exequible el Decreto 1926 de 1990, la Corte posibilitó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que expediría la Constitución Política de 1991. Este fallo fue el triunfo de una estrategia jurídica que, en lo fundamental, persiguió disolver el atasco democrático creado por el plebiscito del 1º de diciembre de 1957 y, en particular, por el artículo 13 de la reforma constitucional que el pueblo colombiano aprobó en esa fecha. Debe recordarse que el momento constituyente de 1991 fue fruto, por una parte, de una movilización popular que, en lo fundamental, reclamaba la apertura de canales sustantivos de participación de la ciudadanía en un régimen político caracterizado por la violencia y la cerrazón democrática y, por otro lado, de un andamiaje jurídico que, a través de la figura del estado de sitio, perseguía obligar a la Corte Suprema de Justicia a reconocer que las movilizaciones populares en contra de la violencia y a favor de la apertura del régimen político constituían el tipo de hecho (aquel al que se refería la invitación formulada en la sentencia del 5 de mayo de 1978), cuya monta democrática derrotaba el modelo de reforma constitucional imperante desde 1957[8].

Con fundamento en las facultades del estado de sitio, el presidente César Gaviria expidió el Decreto 1926 de 1990 para convocar al pueblo colombiano a elegir una asamblea constitucional que reformaría la Constitución Política de 1886, de acuerdo con un temario de diez puntos que había sido definido en el "Acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional", suscrito el 2 de agosto de 1990 entre el presidente Gaviria (como director del Partido Liberal) y representantes del Movimiento de Salvación Nacional, del Partido Social Conservador y del Movimiento Alianza Democrática M-19. Este acuerdo fue el resultado del voto mayoritario en favor de la convocatoria a una asamblea constitucional que se produjo en las elecciones de 27 de mayo de 1990. Esta votación, que coincidió con las elecciones para presidente de la República (en las que resultó electo César Gaviria) y que había sido autorizada por el Decreto 927 de 1990, expedido por el presidente Virgilio Barco en uso de los poderes de estado de sitio, tenía por finalidad permitir un

[8] Para un recuento detallado de esta estrategia y de las distintas posiciones teóricas que se han propuesto en Colombia sobre la relación entre la movilización popular posterior al asesinato de Luis Carlos Galán Sarmiento y la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, véanse BUENAHORA FEBRES-CORDERO, *op. cit.*, págs. 89-135; LEMAITRE RIPOLL, *op. cit.*, págs. 79-121; CAJAS SARRIA, *op. cit.*, págs. 391-409.

conteo formal de los votos de la ciudadanía a favor de la reforma de la Constitución de 1886 por medio de una asamblea constitucional[9]. Aquí, debe recordarse que el asesinato de Luis Carlos Galán Sarmiento, el 18 de agosto de 1989, sirvió de catalizador para la formación de un movimiento estudiantil que, tras manifestar coincidencias y divergencias en torno a las soluciones institucionales y jurídicas que debían adoptarse frente a la grave situación de violencia y recorte de las garantías democráticas que afectaban a Colombia, en parte confluyó en la idea de que en las elecciones para Congreso de la República y otras corporaciones públicas de 11 de marzo de 1990, los votantes depositaran una "Séptima papeleta" en la cual expresaran su voluntad de reformar la Constitución por fuera de los cauces fijados por el artículo 218 de la Carta Política de 1886[10]. Sin embargo, esta papeleta no fue contada oficialmente por la Registraduría Nacional de Estado Civil y, hoy en día, solo se tienen estimativos de los votos efectivamente depositados en favor de convocar una asamblea constitucional (alrededor de 1.342.000)[11]. Fue así que se expidió el Decreto 927 de 1990, para "formalizar", en alguna medida, la voluntad popular que apoyaba la convocatoria de esa asamblea en las elecciones presidenciales de mayo de 1990[12].

La estrategia jurídica diseñada por los gobiernos de los presidentes Virgilio Barco Vargas y César Gaviria Trujillo de recurrir a los poderes presidenciales de estado de sitio para posibilitar, primero, el conteo de votos ciudadanos en favor de convocar una asamblea constituyente (Decr. 927 de 1990) y, luego, convocar a esa asamblea y elegir sus delegatarios (Decr. 1926 de 1990), buscaba, por una parte, salir al paso

[9] El Decr. 927 de 1990 fue declarado exequible por la Sala Plena de la C. S. de J. en la sent. de 24 mayo 1990. Véase C. S. de J., Sala Plena, sent. de 24 mayo 1990, *Gaceta especial Sala Constitucional: la reforma constitucional de 1991*, t. I, núm. 59, 1993, págs. 9-20. Para un análisis de esta sentencia y, en particular, de cómo la Corte Suprema de Justicia comienza a confrontar la magnitud de los hechos políticos reflejados por el Decr. 927 de 1990, véase Cajas Sarria, *op. cit.*, págs. 398-402.

[10] Esta es una síntesis muy precaria de un proceso político del que sería imposible dar cuenta justa y detallada en este breve ensayo. Para una narrativa vívida y emocionante de la movilización, los logros y las distintas posiciones del movimiento estudiantil colombiano posterior al asesinato de Luis Carlos Galán Sarmiento, véase Lemaitre Ripoll, *op. cit.*, págs. 79-117.

[11] Véase Lemaitre Ripoll, *op. cit.*, pág. 107.

[12] Existe un debate sobre si la pregunta que se formulaba en la papeleta que depositarían los ciudadanos en las elecciones de 27 de mayo de 1990, tal como aparecía en el Decr. 927 de 1990, reflejaba con fidelidad las intenciones del sector del movimiento estudiantil que propuso la "Séptima papeleta". Véase Lemaitre Ripoll, *op. cit.*, pág. 112.

de los problemas de delegación del poder de reforma constitucional que hubiesen aparecido si la convocatoria hubiese surgido del Congreso de la República (evitando, así, la doctrina central de la sentencia del 5 de mayo de 1978) y, por otro lado, como sugiere Julieta Lemaitre, indicarle a la Corte Suprema de Justicia que la asamblea constitucional expediría una reforma que operaría como una especie de "acuerdo de paz" que pondría fin a la violencia[13]. En la sentencia de 9 de octubre de 1990, la Corte respondió a esta estrategia jurídica proponiendo una nueva concepción del poder constituyente que no solo permitía una apertura del constitucionalismo colombiano a formas importantes de democracia participativa, sino que también establecía novedosas relaciones conceptuales entre poder constituyente, constitución y paz.

Aunque la noción de poder constituyente que propone el Alto Tribunal no se refiere *directamente* ni a los hechos históricos que operaron como detonante de las movilizaciones estudiantiles de 1989-1990, ni al reclamo del movimiento estudiantil y otros actores políticos de reformar radicalmente la Constitución Política de 1886 por fuera del régimen de reforma constitucional de 1957; estos aparecen *implícitamente* reflejados en la aproximación *teórica* de la Corte a los artículos 218 de la Carta de 1886 y 13 del plebiscito de 1957. La transformación que opera la sentencia de 9 de octubre de 1990 en la teoría que sustentaba la noción de poder constituyente buscaba, políticamente, romper la camisa de fuerza impuesta por los artículos 218 de la Carta de 1886 y 13 del plebiscito de 1957 para perseguir una reforma constitucional tramitada y aprobada por un órgano distinto al del Congreso de la República. Así, era necesaria una teoría que permitiera que la tozudez de la historia derrotara la aplicabilidad de estas disposiciones. De lo que se trataba era de superar el formalismo clásico (fundado en una forma de exégesis) en el que se enraizaba la idea de poder constituyente a la que la Corte Suprema había apelado en la sentencia de 5 de mayo de 1978 mediante una interpretación de los artículos 2º, 55 y 218 de la Constitución de 1886, y que lo equiparaba a una fuerza que se reducía a atribuir competencias a través de un texto constitucional, para dar paso a una teoría que, sin apartarse por completo de las visiones teóricas aceptables para la mayoría de los operadores jurídicos en Colombia,

[13] Sobre la relación entre el proceso constituyente de los años 1989 a 1991 con la paz, véanse Lemaitre Ripoll, *op. cit.*, págs. 118-144; Julieta Lemaitre Ripoll, *La paz en cuestión: la guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

permitiese conferir al poder constituyente funciones adicionales a la mera atribución constitucional de competencias.

Esta operación —por fuerza tortuosa— tenía por finalidad mostrar, *sin nunca decirlo abiertamente*, que los eventos históricos y las movilizaciones populares que ocurrían al momento de proferir el fallo determinaban que los artículos 218 de la Constitución Política de 1886 y 13 del plebiscito de 1957 habían sido completamente desbordados por la realidad y, por tanto, habían perdido su validez. En este sentido, el argumento teórico de la Corte Suprema de Justicia comienza por afirmar que "el derecho puede visualizarse desde dos perspectivas: la lógica y la ontológica" (1990, pág. 62). Para ilustrar la primera de estas dimensiones, el Alto Tribunal apela a la distinción entre "ser" y "deber ser" y a los conceptos de validez y eficacia en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. En lugar de seguir obedientemente la teoría kelseniana, la Corte, en un gesto crítico, resalta la contradicción entre las nociones de validez y eficacia que surge del hecho de que esta, al estar basada en elementos "del mundo del ser" (1990, pág. 62), "contraría la pureza metodológica [basada fundamentalmente en la idea de validez y la categoría del "deber ser"] que [Kelsen] quiso lograr con su «Teoría pura del derecho»" (pág. 62). A continuación, cita el aparte de la *Teoría general del derecho y del Estado* en el que Kelsen plantea que la validez de un orden normativo depende de su eficacia y, por tanto, deja de ser válido si "la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado" (pág. 63). La apelación a Kelsen está, a mi juicio, lejos de ser gratuita, en tanto lo que al parecer buscaba el Alto Tribunal era legitimar su gesto político fundamental (derrotar el régimen de reforma constitucional de 1957 por los hechos históricos de 1989-1990) en las categorías centrales de una teoría que, como señala Diego López[14], sirvió como "nuevo núcleo articulador del positivismo local"[15]. Efectivamente, según López, la teoría pura del derecho reformuló el positivismo jurídico colombiano sin dejar por completo de lado el "clasicismo" anterior fundado en un "componente exegético y legalista"[16]. La Corte Suprema de Justicia pudo ver en esta particularidad de la teoría kelseniana una oportunidad inmejorable para justificar

[14] Sobre las particularidades de la lectura local de Kelsen en América Latina y Colombia y la idea de un "Kelsen en Bogotá", véase Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, págs. 341-398.

[15] Ibíd., pág. 376.

[16] Ibíd.

el gesto político de la sentencia del 9 de octubre de 1990: por una parte, parecía justificar teóricamente la apertura constitucional que demandaba la realidad política del momento histórico por el que atravesaba Colombia y, por otro lado, tenía el potencial de convencer de la bondad de esta apertura a los defensores del formalismo jurídico que sustentaba la doctrina de la sentencia del 5 de mayo de 1978.

Pero como si la ruptura del orden de la lógica no bastara para afincar el proyecto político de la Corte, el argumento proveniente de la "ontología" parece desterrar definitivamente el régimen de reforma constitucional de 1957, al fincar la legitimidad del orden jurídico colombiano en la realización de la paz. A este respecto, la Corte asegura que "[e]l derecho *no pertenece al ámbito de lo lógico* ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas" y agrega que "[s]u ser ontológico *se halla en el mundo de los valores* y por lo tanto exige preguntarse sobre la *utilidad* o la *inutilidad* de las normas jurídicas para *realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad*" (pág. 63) (cursiva fuera de texto). A continuación, el Alto Tribunal no solo señala que la paz es una finalidad que debe operar como "criterio interpretativo de sus disposiciones [las de la Constitución de 1886]" (pág. 63), sino que la satisfacción de esta finalidad podía incluso *desplazar* el contenido *textual* de los artículos 218 de la Constitución de 1886 y 13 del plebiscito de 1957. Según la Corte, "*tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales*, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1º de diciembre de 1957 si no *tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz*" (págs. 63-64) (cursiva fuera de texto). Más allá de las reflexiones sobre la doble dimensión lógica y ontológica del derecho y la referencia a la teoría kelseniana (que en este ensayo intenté clarificar y leer del mejor modo posible), las "razones filosóficas y jurisprudenciales" que sustentan el gesto desformalizador de la Corte Suprema no aparecen desarrolladas en la sentencia. Más aún, habría podido esperarse que, dado el tipo de argumentos teóricos ofrecidos por el Alto Tribunal (la validez que depende de la eficacia y la determinación de la paz como una finalidad que debe ser alcanzada por el ordenamiento jurídico), este entrara en un análisis de la situación de extrema violencia por la que atravesaba el país al momento de proferir el fallo (que le habría dado cuerpo a la idea de que en la constitucionalidad del Decr. 1926 de 1990 dependía, en gran medida, de su "virtualidad para alcanzar la paz") y de las movilizaciones populares que reclamaban fervientemente una

enmienda radical a la Carta Política de 1886, por fuera de los cauces del régimen de reforma constitucional de 1957 (que habría ilustrado la idea de que los arts. 218 de la Constitución de 1886 y 13 del plebiscito de 1957 habían dejado de regular la realidad y, por tanto, habían dejado de ser válidos). En lugar de un análisis fáctico de esta clase, la Corte Suprema simplemente deja sentada, en términos genéricos, la teleología de la paz; la idea de la paz como un "significante vacío" al que pueden adscribírsele múltiples significados, pero cuya función general radica en poner al ordenamiento jurídico colombiano al servicio de la erradicación de las violencias que han quebrado la historia de nuestro país[17]. Con este gesto, la Corte dio un paso decisivo hacia un tipo de interpretación judicial de la Constitución propio del constitucionalismo que se afianzaría en Colombia tras la expedición de la Constitución Política de 1991 y que ha caracterizado, en muchas ocasiones, las decisiones más progresistas de la Corte Constitucional.

Si, con los argumentos anteriores, la Corte Suprema de Justicia avanzó en la derrota del régimen de reforma constitucional de 1957, la estocada final provino de una reinterpretación del artículo 2º de la Carta de 1886, que reformulaba radicalmente la teoría del constituyente primario en contra del formalismo de la sentencia del 5 de mayo de 1978, que, recuérdese, limitó la función de ese poder a la adscripción de competencias a los órganos establecidos en el texto constitucional. En la sentencia de 9 de octubre de 1990, el Alto Tribunal parece aproximarse al artículo 2º de la Constitución de 1886, a partir de una postura interpretativa originalista que tiene por finalidad "precisar con exactitud el alcance [de esa norma]" de acuerdo con el "análisis exhaustivo" de la obra de "una de las figuras más destacadas del Consejo Nacional de Delegatarios, que redactó las bases de la Constitución de 1886" (pág. 64). Así, la Corte cita extensamente un aparte del *Derecho público interno de Colombia* de José María Samper, en el que se explica la noción de soberanía contenida en el artículo 2º de la Carta de 1886 y, de ello, concluye, primero, que "la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados"; segundo, que "[c]omo la nación es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba"; tercero, que si las dos conclusiones anteriores no

[17] Sobre la paz como "significante vacío" en el proceso constituyente de los años 1989-1991, véase Lemaitre Ripoll, *La paz en cuestión, op. cit., passim*.

fuesen aceptadas, "se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos, que la reforma constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los dificilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Rionegro (1863) para modificarla"; y, cuarto, que "[s]iendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos" (pág. 65).

La Corte Suprema ofrece, así, una teoría del constituyente primario, que lo presenta como una verdadera *fuerza revolucionaria* que precede y desborda cualquier texto constitucional y *cualquier competencia* que este incluya[18]. Aquí, el Alto Tribunal, de modo mucho más explícito que en otros apartes de la sentencia, lee las movilizaciones populares de 1989-1990 que reclamaban la reforma de la Constitución Política de 1886 como manifestaciones de hecho del constituyente primario que expresaban el "poder mismo de la revolución", que mostraban el "estado de necesidad" en que se hallaba el pueblo colombiano de reformar la Carta de 1886 por fuera del régimen de reforma constitucional de 1957 y revelaban el "ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente". En suma, para la Corte, los eventos que ocurrían en ese momento en Colombia equivalían a un verdadero "momento del pueblo constituyente" que no podía ser desoído y, menos aún, limitado por la Constitución vigente[19]. A su juicio, "[p]or eso es preciso proceder

[18] Las citas jurisprudenciales escogidas por el Alto Tribunal para justificar la idea de que el constituyente primario no tiene límites distintos a los que él mismo se imponga, parecen ratificar la idea de que este opera como fuerza revolucionaria. Así, en la sent. de 28 noviembre 1957, la Corte, refiriéndose al plebiscito de 1957, afirmó que la convocatoria a esta manifestación popular no derivaba del texto constitucional sino "del *poder mismo de la revolución*, del *estado de necesidad* en que esta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como *voluntad constituyente*"; es decir, de un *momento del pueblo constituyente*. C. S. de J., Sala Plena, sent. de 28 noviembre 1957, *Gaceta Judicial*, t. LXXXVI, núms. 2188-2189-2190, pág. 431 (cursiva fuera de texto). La Corte Suprema también cita la sent. de 9 junio 1987, referente al plebiscito de 1957, en la que se indica que los pronunciamientos del constituyente primario sobre un texto constitucional son "la expresión de la *máxima voluntad política*" que, como tal, no están sometidos a ningún tipo de normatividad jurídica previa y "se sustrae[n] a todo tipo de juicio que pretenda compararlo[s] con los preceptos de ese orden". C. S. de J., Sala Plena, sent. de 9 junio 1987, *Gaceta Judicial*, t. CXCI, núm. 2340, pág. 616 (cursiva fuera de texto).

[19] Todas las expresiones entre comillas provienen de la sent. de 28 noviembre 1957, citada por la Corte Suprema en la sent. de 9 octubre 1990.

con toda diligencia y previsión *a interpretar los anhelos de cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo*, primero informalmente y luego el 27 de mayo en forma legítima y avalada por la propia sentencia número 59 de 24 de mayo de 1990 de la Corte Suprema de Justicia" (pág. 67) (cursiva fuera de texto). Según esta particular teoría del poder constituyente primario, en ciertos momentos históricos muy especiales, el pueblo se manifiesta con inusitada intensidad en un sentido que, *de hecho*, reforma la Constitución vigente *por fuera* del procedimiento previsto por el texto constitucional para su enmienda[20]. Con claridad, el Alto Tribunal afirma que "el poder constituyente primario, representa una *potencia moral y política de última instancia*, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de *fijar el curso histórico del Estado*, insurgiendo como tal *con toda su fuerza y vigor creativos*" (pág. 67) (cursiva fuera de texto). Para la Corte Suprema de Justicia, era claro que las movilizaciones populares de 1989-1990 constituían un *momento constituyente* que había convertido "en eficaz un sistema inidóneo", había abierto los "canales obstruidos de expresión" y había establecido "los que le [habían] sido negados" por el régimen de reforma constitucional de 1957 que, de manera contundente, había "llegado a perder vitalidad y aceptación" (pág. 67). Si, a juicio del Alto Tribunal, las dinámicas políticas y sociales del país constituían un momento constituyente, la única decisión consecuente con la teoría del constituyente primario que había formulado consistía en permitir que ese momento constituyente desplegara toda su fuerza transformadora. Fue así como, en la sentencia de 9 de octubre de 1990, la Corte declaró *parcialmente* exequible el Decreto 1926 de 1990. Mientras que la convocatoria a elegir una asamblea constituyente y sus delegatarios fue declarada ajustada al texto constitucional, el temario que originalmente limitaba el ámbito de la reforma fue declarado inexequible por limitar indebidamente al constituyente primario. De esta forma, lo que originalmente se pensó como una asamblea constitucional que reformaría profundamente la Constitución Política de 1886, se transformó en la Asamblea Nacional Constituyente que expediría una nueva Carta Política para Colombia el 4 de julio de 1991 (págs. 67-69).

Consciente del poder de su teoría y de los temores que podría despertar entre sus detractores, la Corte Suprema la complementó con dos

[20] Esta teoría es sorprendentemente similar a la que, poco tiempo después, Bruce Ackerman formularía en los Estados Unidos a través de su influyente idea de la "democracia dualista" y los "momentos constitucionales". Véase Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, Cambridge, ma, Harvard University Press, 1991.

ideas. La primera, de naturaleza consecuencialista, resaltó la importancia y urgencia de la teoría destacando los impactos negativos que podrían derivarse para el orden democrático colombiano de no resultar aplicada a cabalidad. Así, el Alto Tribunal señaló que los intentos por domeñar estas expresiones del constituyente primario, bien por la vía del texto de la Constitución o a través del control de constitucionalidad ("cuando las instituciones adoptan sistemas demasiado rígidos para su reforma"), determinan "crisis y perturbaciones que pueden poner en grave peligro los valores fundamentales de la convivencia y el sistema republicano y democrático" (pág. 67). La segunda idea persiguió generar confianza en la teoría mediante una apelación a la sensatez y sabiduría constituyente demostrada por el pueblo colombiano a lo largo de su vida republicana. Para la Corte, "[c]omo se ha *comprobado históricamente* el constituyente no decide en el vacío, sino que recoge sus soluciones en lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser la nación en una interpretación racional y responsable de su destino jurídico, político, económico y social" (pág. 67) (cursiva fuera de texto). Esta confianza en la sabiduría histórica del constituyente primario colombiano condujo al Alto Tribunal a depositarla, a su turno, en el proceso constituyente que estaba a punto de validar. En este sentido, manifestó con entusiasmo que "*existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático* y que de seguro obligarán a los ciudadanos a proceder con la más elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social" (pág. 67) (cursiva fuera de texto).

Tanto en la sentencia de 5 de mayo de 1978 como en la sentencia del 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia elabora su respectiva teoría del poder constituyente en diálogo con una específica idea de qué significa la constitución en un orden democrático. En ambos fallos, este concepto aparece, con niveles diferenciados de profundización teórica, como el espacio que permite la respectiva elaboración de la noción de poder constituyente. La Corte, en ambos fallos, parece indicar que no es posible conceptualizar el poder constituyente sin elaborar teóricamente, al mismo tiempo, la idea de constitución. En este sentido, en cada una de las decisiones aparece un concepto de constitución que refleja la específica idea de poder constituyente que desarrolla la Corte, como si se tratara de las dos caras de una misma moneda. La última sección del ensayo se ocupa de presentar la noción de constitución que el Alto Tribunal elabora en cada uno de los fallos.

III

En la sentencia de 5 de mayo de 1978, la Corte Suprema de Justicia no se detiene en una elaboración detallada de la noción de constitución. Esta debe ser reconstruida a partir de las distintas afirmaciones sobre la naturaleza y alcance del poder constituyente colombiano y, en particular, de la idea —que la Corte repite una y otra vez— de que la función esencial de este radica en *atribuir competencias* a los órganos que contempla el texto constitucional. En esta medida, podría afirmarse que el concepto de constitución que sostiene el Alto Tribunal, íntimamente relacionado con la idea más clásica del estado de derecho, es altamente formalista, reduciéndolo a un texto que expide el poder constituyente a través del cual limita el poder mediante la distribución de competencias que allí se establece. Así, la Corte afirma, por una parte, que "[e]n un estado de derecho todo poder es una *simple* competencia jurídica [...] porque el estado de derecho *no es otra cosa que la pretensión de racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a una previa planificación y previsión normativas*, en busca del orden, *la estabilidad y la seguridad jurídicas*" y, por otro lado, agrega que "[s]e transforma de este modo el poder político, que es *fáctico e incondicionado*, en una *facultad normada* y, por tanto, *limitada* y en consecuencia, también *controlada y corregible en sus desbordamientos*" (1978, pág. 99) (cursiva fuera de texto). Si bien en este aparte, la Corte Suprema de Justicia no se refiere directamente al concepto de constitución, este aparece en la referencia a la idea clásica de que el poder político "fáctico e incondicionado" se controla mediante el derecho (y, por tanto, por la constitución, que es la forma más intensa de regulación del poder político) que lo transforma en una "simple competencia jurídica". Aquí, la constitución es meramente un instrumento normativo que, mediante la racionalización, planificación y previsión del poder político, genera "estabilidad y seguridad jurídicas". Esta noción de constitución sustenta el análisis de la Corte del artículo 2º de la Carta Política de 1886 que, como se vio en la primera sección del ensayo, en combinación con el artículo 218, es el punto de partida para la elaboración de una teoría del poder constituyente como mera fuerza que establece un texto constitucional mediante el cual se atribuyen las competencias que controlan y delimitan el poder. Como puede verse, un concepto en extremo formalista de constitución conduce, de forma casi indefectible, a una idea igualmente formalista (y reduccionista) de poder constituyente.

Como ocurre con el concepto de poder constituyente, en la sentencia de 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia reconstruye por completo la idea de constitución y, con ello, se distancia, de manera radical, de las ideas elaboradas en la sentencia de 5 de mayo de 1978. El concepto de constitución del fallo de 1990, aparece en el contexto del examen de la conexidad del Decreto 1926 de 1990 con las causas que habían dado lugar a la declaratoria del estado de sitio en 1984, tras el asesinato del entonces ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla (Decr. 1038 de 1984). El análisis del Alto Tribunal tiende a mostrar que la convocatoria a una asamblea constitucional era una medida que contribuía a conjurar los hechos de violencia que afectaban a Colombia desde 1984. La noción de constitución aparece cuando la Corte señala que "[e]sta afirmación encuentra su sustento en las manifestaciones de violencia que continuamente azotan al país, en la ineficacia de las instituciones para enfrentar esas situaciones, en la *necesidad de* «*rediseñar*» *dichas instituciones para ponerlas acordes con los tiempos modernos*, en la decisión de la voluntad popular mayoritariamente expresada el pasado 27 de mayo a favor de la posibilidad de una asamblea constitucional y —sobre todo— en el fundamento de legitimidad que debe tener la organización política" (1990, pág. 61) (cursiva fuera de texto). Nuevamente, como ocurre con la poderosa noción de constituyente primario que elabora esta sentencia, el logro de la paz —o, de manera más general, el "significante vacío" de la paz— aparece como la finalidad primordial a la que debe apuntar no solo el ordenamiento jurídico, sino también la reforma de las instituciones. La función pacificadora que la Corte Suprema adscribe a la asamblea constitucional a partir de la afirmación de "la necesidad de «rediseñar» dichas instituciones para ponerlas acordes con los tiempos modernos" determina, a mi juicio, la reformulación *radical* de la noción de constitución que emprende la sentencia. Para el Alto Tribunal:

> "Dicho concepto [el de constitución] lleva implícito igualmente el «reconocimiento de la evolución del derecho constitucional y del papel de las constituciones en el mundo moderno». Si bien el derecho a darse una constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder, de atribuir competencias, «también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional», por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en

> premisa fundamental para el «restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz», con todo lo que dicho concepto implica, como fin último de la organización estatal" (págs. 61-62) (comillones fuera de texto).

Con estas afirmaciones, la Corte pone el derecho constitucional colombiano a tono con las concepciones más contemporáneas del constitucionalismo transnacional. Para comenzar, a la función tradicional de la constitución como dispositivo de limitación del poder a través de la asignación de competencias (la idea que, como se vio, defiende la sentencia del 5 de mayo de 1978) agrega la de "integrar diversos grupos sociales" y la de "conciliar intereses opuestos". Con esto, el Alto Tribunal reconoce que las constituciones contemporáneas tienen un sustrato sociológico que radica en la *diversidad y el pluralismo* de las sociedades sobre las que irradian sus pretensiones de ordenación normativa. Estas comunidades políticas se caracterizan por estar compuestas por ciudadanos y grupos sociales distintos entre sí, que, en razón de esa diferencia, persiguen visiones diversas —e incluso, contradictorias— de la vida buena. Por supuesto, este rasgo determina que, en las sociedades contemporáneas, el conflicto social sea una realidad constante que no puede ser erradicada. Frente a esta realidad, el papel de la constitución no consiste en solucionar los conflictos mediante la homogeneización o eliminación de las diferencias sociales y la imposición de una visión de lo bueno. Por el contrario, al señalar que las constituciones modernas "integran" y "concilian", la Corte parece indicar que estas operan como un espacio político que puede ser reconocido por todos los ciudadanos y grupos sociales que, pese a sus diferencias, lo reconocen y lo legitiman como el lugar en que pueden resolver pacíficamente sus conflictos. En mi opinión, cuando el Alto Tribunal señala que, hoy en día, las constituciones deben permitir "la búsqueda de lo que se ha denominado consenso constitucional" se refiere, por una parte, a la idea de que, así los ciudadanos y grupos sociales disientan en torno a sus concepciones sobre la vida buena, en todo caso pueden estar de acuerdo en tramitar sus conflictos en el espacio político que ofrece la constitución y hacerlo de conformidad con sus reglas, y, por otro lado, que las normas constitucionales tienen la virtualidad de permitir que se alcance algún tipo de arreglo —temporal y eminentemente inestable— de las disputas que surgen de la diversidad y el pluralismo social.

Como anotamos anteriormente, esta visión de la constitución que propone la Corte Suprema de Justicia parece entrar en diálogo con ideas

bastante afianzadas del constitucionalismo transnacional. En la medida que el Alto Tribunal no hace ninguna cita o referencia a alguna fuente secundaria nacional o extranjera, es imposible saber si los magistrados de la posición mayoritaria se inspiraron en alguna teoría o algún autor en particular. Sin embargo, en 1992, aparece la primera edición en italiano de *El derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky; un libro que, a mi juicio, ofrece una de las mejores descripciones teóricas de lo que este autor denomina "los caracteres generales del derecho constitucional actual"[21]. Aunque aquí sería imposible describir con detalle sus aportes, cabe destacar que todo su aparato teórico parte de la verificación del pluralismo social contemporáneo que determina que la soberanía se haya radicado en la constitución. Por una parte, Zagrebelsky señala que "[l]as sociedades pluralistas actuales [...] asignan a la Constitución no solo la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma" y, por otro lado, apunta que "[d]esde la constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional"[22].

Nótese la sorprendente similitud entre esta idea de una constitución soberana que opera como espacio para la generación del consenso en sociedades plurales y diversas, y la noción de constitución que ofrece la Corte Suprema de Justicia en el aparte de la sentencia del 9 de octubre de 1990, transcrito más arriba. Sin embargo, mientras que la Corte no desarrolla las consecuencias doctrinarias de su concepto de constitución, Zagrebelsky deriva del suyo la idea central de su libro. En efecto, indica que las constituciones soberanas de las comunidades políticas contemporáneas dan cuenta del pluralismo característico de estas sociedades a través de una particular normatividad compuesta por principios y valores de igual jerarquía normativa. Estas normas constitucionales permiten a los jueces constitucionales resolver los conflictos mediante decisiones que se alcanzan mediante la ponderación de los principios en conflicto[23]. Así, según Zagrebelsky, la dogmática constitucional de nuestros días es "dúctil", "líquida" o "fluida", en el

[21] Véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 9-20.

[22] Ibíd., pág. 13.

[23] Ibíd., págs. 14-18.

sentido de que "[l]a coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir"[24].

Si bien en la sentencia de 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema no desarrolló una teoría completa de lo que significaba concebir la constitución como un instrumento que resuelve los conflictos propios de sociedades plurales y diversas y, con ello, conduce a la paz, sí puso los cimientos de una nueva concepción del derecho constitucional colombiano. Nuevamente, como ocurrió con la formulación de su teoría sobre el constituyente primario, el Alto Tribunal —tal vez sin saberlo— presintió el tono de la jurisprudencia que, a partir de febrero de 1992, desarrollaría la Corte Constitucional creada por la Constitución Política de 1991; una jurisprudencia basada en la concepción de los derechos fundamentales como principios y que, a lo largo de veinticinco años, ha dado lugar a una verdadera constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia[25].

CONCLUSIÓN

Entre el 5 de mayo de 1978 y el 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia de Colombia modificó radicalmente sus nociones de constitución y poder constituyente. Sin embargo, antes que cualquier cosa, esta fue una transformación conceptual que permitió una verdadera revolución política. Entre una y otra fecha, Colombia transitó de un régimen constitucional caracterizado por su autoritarismo y su cerrazón democrática, en el que el constituyente primario se había silenciado a sí mismo, a un régimen fundado en la democracia participativa, en la vigencia de los derechos fundamentales y en la posibilidad permanente de activar la fuerza transformadora del constituyente primario. Así, la sentencia del 5 de mayo de 1978 representaba ese régimen que el

[24] Ibíd., pág. 14.

[25] Sobre la idea de una "constitucionalización de la vida cotidiana" en Colombia, véase Esteban Restrepo Saldarriaga, "Reforma constitucional y progreso social: la 'constitucionalización de la vida cotidiana' en Colombia", en Roberto Saba (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, págs. 73-88.

movimiento estudiantil de 1989-1990 persiguió derrocar de manera pacífica a través de la exigencia de una reforma constitucional que hiciera eco de su clamor. En la sentencia del 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema, con decisión y valentía, oyó los reclamos de los estudiantes y permitió la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente que daría vida a la Constitución Política de 1991. De manera inesperada, el Alto Tribunal mostró, así, que la revolución bien puede ocurrir a través de los cauces del derecho constitucional.

Bibliografía

A) *Doctrina*

Ackerman, Bruce: *We the people: Foundations*. Cambridge, ma, Harvard University Press, 1991.

Buenahora Febres-Cordero, Jaime: *El proceso constituyente: de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo, 1992.

Cajas Sarria, Mario Alberto: *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, t. ii, Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991, Bogotá, Edic. Uniandes-Universidad icesi, 2015.

Lemaitre Ripoll, Julieta: *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2009.

— *La paz en cuestión: la guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2011.

López Medina, Diego Eduardo: *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

Pécaut, Daniel: *Crónica de dos décadas de política colombiana 1968-1988*, Bogotá, Siglo XXI, 1989.

Restrepo Saldarriaga, Esteban: "Reforma constitucional y progreso social: la «constitucionalización de la vida cotidiana» en Colombia", en Roberto Saba (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Sáchica Aponte, Luis Carlos: *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1977.

Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

B) *Jurisprudencia*

C. S. de J., Sala Plena, sent. de 28 noviembre 1957, "G. J.", t. LXXXVI, núms. 2188-2189-2190.

Sent. de 5 mayo 1978, "G. J.", t. CLVII. núm. 2397.

Sent. de 9 junio 1987, "G. J.", t. CXCI. núm. 2340.

Sent. de 24 mayo 1990, *Gaceta especial Sala Constitucional: la reforma constitucional de 1991*, t. I, núm. 59.

Sent. de 9 octubre 1990, *Gaceta especial Sala Constitucional: la reforma constitucional de 1991*, t. I, núm. 138.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Ackerman, Bruce: 397.
Alape, Arturo: 274.
Aragón, Arcesio: 3, 4, 5.
Archila Neira, Mauricio: 273, 274.
Arcila González, Antonio: 54, 55, 68, 104, 105, 106, 113.
Arenas, Antonio Vicente: 54, 55, 57, 58, 59, 60, 108, 109, 114, 116.
Arrubla Paucar, Jaime Alberto: 170, 182.

— B —

Barrera Domínguez, Humberto: 60, 66, 68.
Barreto Rozo, Antonio: 270, 302, 303, 318, 323, 340.
Bello, Andrés: 170.
Bértola, Luis: 330.
Betancur, Belisario: 326.
Bianca: 166.
Bolaños: 207.
Bonivento Jiménez: 179.
Bonnecase: 212.
Buenahora Febres-Cordero, Jaime: 383.
Burke, Peter: 341.
Bushnell, D.: 349.

— C —

Cajas Sarria, Mario Alberto: 263, 267, 270, 273, 274, 275, 276, 355, 367, 368, 372, 375, 376, 383, 384, 390, 391.
Cancio Meliá, Manuel: 52, 66.
Cano, Guillermo: 294.
Caro, Miguel Antonio: 10.
Carrara: 102, 112.
Castán Tobeñas, José: 166.
Castro de Cifuentes, Marcela: 125.
Cepeda Espinosa, Manuel José: 324, 325.
Charria Angulo, A.: 368, 373, 375.
Cifuentes, Eduardo: 365.
Claro Solar, Luis: 163, 177.
Clavijo, Sergio: 324.
Concha, José Vicente: 4.
Correa Flórez, María Camila: 51, 52, 62, 64, 65, 66, 72.

— D —

Daza Lora, Juan Felipe: 75.
De Quirós, Constancio Bernaldo: 77, 85.
Delgado, Álvaro: 274.
Díez-Picazo, Luis: 163.
Donadío, Alberto: 327.
Duarte Sáenz, Héctor Alfonso: 272.
Duguit, Léon: 333.
Durán Smela, Diana: 344, 348.

— E —

Escobar López, Édgar: 62.
Escobar Mercado, Rafael Modesto: 76.

— F —

Febres-Cordero, Buenahora: 390.
Ferreira, Francisco José: 62, 66.
Fonnegra, M.: 375.
Frieden, Jeffry A.: 329.
Fueyo Laneri, Fernando: 166.

— G —

García Márquez, Gabriel: 294.
García-Muñoz, A.: 170.
García Sánchez, Enrique: 102, 105, 108, 109, 111, 112, 114, 115.
García Villegas, Mauricio: 270.
Garland, David: 76.
Ghirlandus, P.: 17.
Giraldo Bustamante, Carlos Julio: 162.
Gómez Otálora, Hernando: 368.
González Jácome, Jorge: 270, 295, 323, 331, 337, 345.
Gordon, Robert W.: 333, 336.
Graber, Mark: 266.
Greene, Jamal: 266.

Gutiérrez Gómez: 106.
Gutiérrez Jiménez, Luis: 54, 55, 57, 58, 65.

— H —

Hartlyn, J.: 353, 354.
Hinestrosa, Fernando: 168.

— I —

Iturralde, Manuel: 270, 320.

— J —

Josserand, Louis: 138.

— K —

Kairys, David: 333.
Kelsen, Hans: 360, 393.
Kennedy, Duncan: 334, 341.

— L —

Leal Buitrago, Francisco: 268.
Lemaitre Ripoll, Julieta: 383, 390, 391, 392, 395.
León Atehortúa, Adolfo: 308, 310.
Levinson, Stanford: 266.
Lijphart, Arend: 353.
López Medina, Diego Eduardo: 393.

— M —

Malagón Pinzón, Miguel: 3, 23.
Manzano Manzano, Juan: 7.
Manzini, Vincenzo: 113.
Martínez Méndez, Santiago: 243.
Medina, Medófilo: 274.
Menéndez y Pidal, Ramón: 7.
Molano Camargo, Frank: 274.
Molina López, Ricardo: 3.
Muñoz Laverde, S.: 164, 170.
Muñoz-Segura, Ana María: 219.
Murillo Góngora, José J.: 268.

— N —

Núñez, Rafael: 10, 12.

— O —

Ocampo, José Antonio: 330.
Ortiz Rodríguez, Alfonso: 60, 62.
Osorio Racines, Felipe: 8.
Osuna: 293.
Oviedo Albán, J.: 170.

— P —

Pabón Parra, Pedro Alfonso: 64.
Pacheco Osorio, Pedro: 52.
Palacios, Marco: 273, 293.
Pécaut, Daniel: 264, 274, 383, 384.
Peláez, Carlos: 318.
Pérez, Luis Carlos: 55, 57, 58, 60, 61, 64, 67, 68, 105.
Pío XI: 333.
Pizarro Leongómez, E.: 345.
Porte Petit Candaudap, Celestino: 102.
Posada-Maya, Ricardo: 3, 52.
Puig Brutau: 166.
Puig Peña, Federico: 102.

— Q —

Quintero Milanés, Jorge Luis: 69.

— R —

Ramírez, Socorro: 331.
Rengifo: 163.
Restrepo M., Luis Alberto: 331.
Restrepo Piedrahíta, Carlos: 303, 318.
Restrepo Saldarriaga, Esteban: 382, 403.
Ripert: 139.
Rocco: 105.
Rocha, Antonio: 141.
Rubio Krohne, Laura: 97.

— S —

Saba, Roberto: 403.
Sáchica Aponte, Luis Carlos: 265, 279385, 387.
Salazar Ramírez, Ariel: 184.
Samper, José María: 4, 11, 34, 395.
Sandoval Huertas, Emiro: 5, 9, 11.
Savatier, René: 138.
Schmitt, Carl: 314, 385.
Silva Luján, G.: 350, 366.
Starck, Boris: 138.
Suárez: 193.
Süssmann Herrán, Nicolás: 97.

— T —

Tanco, Mariano: 13.

Tirado Mejía, A.: 350.
Tocora, Luis Fernando: 60, 62.

— U —

Uprimny, Rodrigo: 324.

— V —

Valderrama Andrade, Carlos: 10.
Valencia, Jorge Enrique: 60.
Vargas Mendoza, Ligia María: 75.
Vásquez Carrizosa, Alfredo: 267, 268, 341.
Velasco Guerrero, José María: 275.
Velásquez Rivera, Édgar de Jesús: 268.
Velásquez Velásquez, Fernando: 52, 77, 118.
Vélez, Fernando: 171, 183.
Vélez, Humberto: 308, 310.
Vidales: 288.

— W —

Welzen, Hans: 283.

— Z —

Zabala Ospina, Lilia: 191.
Zagrebelsky, Gustavo: 402.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Nomos Impresores, el día veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete, aniversario del nacimiento de RAFAEL NÚÑEZ (n. 28, IX, 1825 y m. 18, IX, 1894).

LABORE ET CONSTANTIA