

LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS Y LA CORTE DE ORO: UN DILEMA JURISPRUDENCIAL¹

CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ
MARIA ANDREA FIGUEROA ALFONZO²

Resumen:

En este texto se muestra cómo el reconocimiento jurisprudencial de la sociedad de hecho surgida entre concubinos, solo fue posible una vez el liberalismo asumió el poder en los años 30, debido al cambio ideológico en la estructura estatal que ello supuso y al nombramiento como magistrados de juristas antiformalistas y desligados del ideario católico-conservador, bajo el cual algún reconocimiento de efecto jurídico beneficioso entre los concubinos era imposible. Se encontró la relación entre la ideología política liberal y el reconocimiento de un efecto jurídico beneficioso del concubinato por parte de la Corte de Oro, protector del ánimo societario, sin importar las connotaciones religiosas que la referida figura generaba; a partir de un análisis descriptivo de la figura jurídica del concubinato, que incluyó la recopilación histórica jurisprudencial, normativa y doctrinaria y corroboró la relación antes expuesta.

Del debate que en su momento suscitó el reconocimiento de la figura del concubinato, se recogen propuestas para analizar el dilema jurídico que se presenta con las parejas homoparentales, sus derechos y la ideología políticoreligiosa de los Magistrados de la Corte Constitucional, las cuales se sintetizan en que aquel no se resuelva ciñéndose solamente a dogmas religiosos.

Palabras clave:

Concubinato, parejas homoparentales, República Liberal, Corte de Oro, hermenéutica jurídica, conservadurismo.

Abstract:

This legal essay shows how jurisprudential recognition of society arisen between cohabitants was only possible once liberalism came to power in the 30s, due to ideological change in the state structure and the change of judges into antiformalist jurists and isolated from the Catholic-conservative ideology, under which any legal recognition beneficial effect among cohabitants was possible.

¹ Ponencia aceptada para participar en el encuentro nacional sobre “DILEMAS DEL DERECHO EN COLOMBIA: Entre lo foráneo y lo propio” organizado por la Universidad Santo Tomás (Bogotá) en octubre de 2012.

² Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, pertenecientes al Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica, Hermes, del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas “Laureano Gómez Serrano” de la UNAB. Correo electrónico: hermes@unab.edu.co.

It was found that the relationship between liberal political ideology and legal recognition of a beneficial effect of concubinage by the Corte de Oro (Lutterloh), protector of corporate profit, regardless religious connotations that this institution generated; from a descriptive analysis of the legal form of concubinage, which included collecting historical jurisprudential and doctrinal rules and confirmed the relationship given above.

From the debate about recognition of concubinage, it was collected proposal to analyze the legal dilemma presented with homo couples, their rights and politicalreligious ideology of the judges of the Constitutional Court, who synthesized that it cannot be resolved Sticking to religious dogmas.

Key Words:

Concubinage, same-sex couples, Liberal Republic, legal interpretation, conservatism.

GENERALIDADES

El trasfondo social que subyace a las decisiones tomadas por los jueces lleva a que cada vez resulte menos probable sostener que las justificaciones dadas por los jueces a sus decisiones, no se ven influenciadas por una ideología o, al menos por preceptos morales.

Sobre todo a partir de la vigencia de la Constitución Política colombiana de 1991 la justicia constitucional ha tenido que decidir sobre cuestiones en los que son perfectamente identificables las posiciones ideológicas –liberal y conservadora– de los magistrados de nuestro Tribunal Constitucional, siendo, por ejemplo, entre otras: la despenalización de la dosis mínima, el homicidio por piedad, el aborto terapéutico y los derechos de las parejas homoparentales, las que se han resuelto con una marcada tendencia liberal. En todos ellos la visión liberal y conservadora presente en la Corte Constitucional se ha replicado en la sociedad, dentro de la cual se han organizado grupos de ciudadanos en apoyo de una y otra posición.

Dentro de todos los temas señalados, el último de ellos merece especial consideración pues aún no se ha saldado en toda su amplitud: si bien las parejas homoparentales han obtenido en sendas sentencias de constitucionalidad el reconocimiento de derechos patrimoniales, el acceso al sistema de seguridad social en salud, a la pensión de sobreviviente, están pendientes dos grandes reconocimientos: la posibilidad de contraer matrimonio civil y de adoptar hijos. Nuevamente los bandos en contienda afilan sus mejores argumentos: el conservador apegado a la religión y a la tradición sostiene que el vínculo entre personas del mismo sexo es tanto inmoral como extraño a toda nuestra tradición jurídica, e identifican al homosexual como depravado al no responder a la visión heterosexual de la pareja católica; por el contrario la visión liberal recuerda que no pueden haber distinciones originadas por la orientación sexual, y que por ésta sola no se puede calificar a alguien como inmoral y por tanto no apto para adoptar. El dilema está pues planteado: la escogencia de cualquier argumentación niega a la otra y conduce a conclusiones diferentes.

Y sin entrar a terciar en este debate a profundidad, en el presente documento, que es resultado del proyecto investigativo “Análisis normativo y jurisprudencial del derecho de familia en Colombia de 1886 a 1991” adelantado por el Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –Hermes– del Centro de Investigaciones

Socio-Jurídicas “Laureano Gómez Serrano” de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, se pretende demostrar cómo el reconocimiento, por parte de la Corte de Oro, de la posibilidad que entre concubinos pudiera surgir una sociedad comercial de hecho, planteó a ésta un dilema jurisprudencial, para, a partir de la resolución dada por ella, se obtengan propuestas sobre cómo debe la actual Corte Constitucional decidir el que ahora se le presenta, frente a las parejas homoparentales.

El dilema que afrontó la Corte de Oro se debe a que según la visión del conservadurismo, y conforme a los criterios históricos, religiosos, normativos y hermenéuticos (representado por la exégesis) de la hegemonía conservadora –proteccionista de la idea católica de la familia–, debía negarse cualesquier efecto jurídico favorable a los concubinos; no obstante lo cual, la decisión de la Corte Suprema en la sentencia del 30 de noviembre de 1935 –dada en un ambiente liberal–, basada en un criterio hermenéutico antiformalista y abierto a la realidad social, se inclinó por proteger el ánimo y la labor societaria de los concubinos.

Para efectos del objetivo plateado, se utiliza una técnica analítica-descriptiva a partir de la cual se hace una caracterización y revisión del contexto históriconormativo-jurisprudencial durante la hegemonía conservadora alrededor del objeto de este documento, para luego mostrar los cambios traídos con la asunción del partido liberal a la Presidencia de la República en tales aspectos, y así realizar un análisis sistemático y crítico con el objeto de trascender al plano teleológico e ideológico de las decisiones jurisprudenciales, a fin de obtener propuestas para saldar los debates que aún subsisten sobre los derecho de las parejas homoparentales. Veamos, pues, cómo fue:

I. LA BENDICIÓN BAJO EL MATRIMONIO. NADA FUERA DE ÉSTE

La negación histórica de cualquier efecto jurídico favorable a los concubinos de los concubinos.

La “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados” ha sido en occidente históricamente repudiada a través del derecho. Floris (1956) recuerda que el combate contra el concubinato viene desde Roma, ya que hasta la época de Adriano cuando se decide otorgar como medida protectora “un muy reducido derecho a la herencia a favor de hijos nacidos de concubinatos de soldados”, se le había negado cualquier efecto jurídico al concubinato. Este rechazo a dejar hijos a la suerte, paradójicamente, llevó a que Constantino –primer emperador cristiano– en busca de desestimularlo, prohibiera la adrogación y las donaciones o legados a favor de los hijos nacidos del concubinato, buscando una mejor situación a éstos si sus padres celebran un *justum matrimonium*.

Sin embargo, esta situación mejora con Justiniano quien posibilita al hombre legar hasta la mitad de su patrimonio a su concubina y establece como derecho abintestato en favor del hijo nacido de ella, el suceder la sexta parte de la herencia. Pero finalmente –prosigue el profesor mexicano– en el siglo X a influencia de León el Filósofo desaparece cualquier efecto jurídico favorable al concubinato en oriente, mientras que en occidente lo mismo sería decidido en el Concilio Tridentino en el siglo XVI.

Adicionalmente empezaron a surgir medidas sancionatorias en contra de los concubinatos.

Así, el Fuero viejo de Castilla –primer esfuerzo recopilatorio de las leyes españolas– se refiere al concubinato como amancebamiento, sancionando a las mancebas con el desheredamiento. Luego en el Fuero Real se permite a los hijos de la barragana heredar solo hasta el quinto del patrimonio del padre, a su voluntad. Por su parte, en las Siete Partidas se prohíbe a los nobles recibir a mujeres “viles”, proscribiendo el derecho a heredar a los hijos de la relación de éstos. Ya en la Nueva Recopilación de Castilla se le da al amancebamiento un trato penal: se establecen como sanciones las multas pecuniarias, los azotes públicos o incluso el destierro o la cárcel; y en la Novísima Compilación de comienzos del siglo XIX, prohíbe el amancebamiento de los casados so pena de la pérdida del quinto de sus bienes. A la par, la iglesia católica consideraba el vivir en amancebamiento, como “pecado mortal” (Morales, 1981).

EL ENGANCHE EN LA REGENERACIÓN

Con el Partido Liberal hecho trizas en el desastre de La Humareda, el Partido Conservador con Rafael Núñez a la cabeza, emprende la *Regeneración* del país. Y como no, el primer paso para el desarrollo de su proyecto político implicó la derogatoria de la Constitución de Rionegro de 1863 y la redacción de una nueva constitución nacional, que vio la luz el 5 de agosto de 1886. Entre los importantes cambios traídos por la nueva carta política resalta la reconciliación del Estado colombiano con la Iglesia católica mediante el reconocimiento de la “Religión

Católica, Apostólica, Romana” como “la de la Nación”, lo cual se contrapone totalmente al anticlericalismo promovido durante los años del Olimpo Liberal.

Esta alianza con la Iglesia se manifiesta en la producción legislativa y va a ejercer una importante influencia sobre la concepción de la familia, que repercutió sobre el instituto jurídico del matrimonio y enlazó la tradición de negar cualquier efecto jurídico del concubinato.

La Ley 57 de 1887, “Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”, adoptó el Código Civil de la Unión de 1873, aún vigente, el cual concibe, en el artículo 113, al matrimonio como “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”, recogiendo así la noción contractualista derivada de la tendencia germana neorromanista característica de los países de tradición continental, entre los cuales se ubica Colombia. La misma Ley 57 estableció en el artículo 12, anticipándose al primer Concordato, la cualidad de “validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebraren conforme al rito católico.

Al poco tiempo, la Ley 153 de 1887, “Que adiciona y reforma, los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”, aclararía, en su artículo 50, que se “reputan legítimos, para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios celebrados en la República conforme al rito católico”.

Por su parte, la Ley 35 de 1888, mediante la cual se aprobó el Concordato con la Santa Sede, consolidó la alianza entre el Estado colombiano y el clero, hecho de trascendental importancia pues se moldearía la concepción de la institución de familia de acuerdo con la idea canónica clásica, es decir que no podía haber familia por fuera del matrimonio. La

familia legítima es producto del vínculo matrimonial católico e igualmente éste es el único territorio en el que aquella es posible.

Dos enemigos se oponían a este ideal católico: la unión civil y el concubinato. Para confrontar al primero se estableció en el artículo 34 de la Ley 30 de 1888 que el matrimonio católico anulaba *ipso jure* el matrimonio puramente civil, celebrado por los contrayentes en cualquier época con otra persona. Para que un colombiano pudiera casarse civilmente hizo falta expedir la Ley 54 de 1924, que establecía todo un proceso para desligarse primero de la iglesia católica.

Por su parte, el concubinato que se consideraba como “contrario a la naturaleza del cristianismo, a las buenas costumbres y al interés del Estado” (Escriche citado por Corte y Gómez, 2009, p. 31), se afrontó con la ilicitud civil, es decir que no podía surgir propiedad común de bienes por el trato de los concubinos; y con la ilicitud penal, ya que el legislador conservador tipificó, en el Código Penal de 1890, a la par de la injuria y la calumnia, la alcahuetería, la corrupción y la bigamia, como tipo penal contrario al bien jurídico “moral pública”, el amancebamiento público y escandaloso, sancionando al hombre a “la pena de confinamiento por uno á tres años en lugar que diste por lo menos nueve miriámetros [90.000 mm] de su domicilio” y a la mujer a “la pena de arresto por cuatro meses á un año” (Art. 451). En caso de que alguno de los concubinos fuera casado las penas aumentaban el doble (Arts. 454 y 455). Y tratándose de empleados públicos se le imponía “además la pena de destitución, y la de inhabilitación otro á ocho años para servir destino público” (Art. 457). Desde luego, si los concubinos se casaban durante el juicio, éste terminaba (Art. 452).

La exégesis como método interpretativo Paralelamente los conservadores sabían que su producción legislativa debía verse respaldada en la jurisprudencia, y en verdad no lo tenían difícil, pues establecieron en la Constitución de 1886 como prerrogativa del Presidente de la República el nombramiento de manera directa a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de ternas que los primeros presentaran (art. 119 N° 1 y 2).

Este poder del Presidente en la “Dictadura Institucionalizada” – apelativo con el que Alfonso López Michelsen (1986) calificó al régimen estatal y de gobierno previsto en la Constitución de 1886– le permitía manejar con marro de hierro a la judicatura: nombraría a personas pertenecientes a su partido, comulgantes de su ideología y que no vieran nada más que lo que la ley les dijera; o en todo caso los magistrados preferirían una interpretación que no molestara a la hegemonía.

Lo anterior se tradujo hermenéuticamente en la adopción de la exégesis como método de interpretación, con una gran particularidad: a contrario del propósito decimonónico burgués, cual era que sirviera de garantía de libertad para los ciudadanos como reacción al modo de administrar justicia en el *Ancien Régime*, ella fue utilizada por la Hegemonía Conservadora para el mantenimiento de su *Statu quo* (Duarte, 2012). En la exégesis la interpretación de la ley no corresponde más que al legislador por lo que cualquier “indagación hermenéutica se limita a encontrar la pretendida ‘voluntad del legislador’ mediante la utilización de técnicas analíticas, dando prevalencia al argumento de autoridad, y construyendo ficciones para superar los vacíos normativos” (Gómez, 2008. p. 20).

II. LA APERTURA LIBERAL

El ascenso al poder

Tras 44 años en el poder, el Partido Conservador no veía con trascendencia las elecciones presidenciales: nuevamente –pensaban– debía cambiar su hombre en el solio de Bolívar. Hacía ocho años que el Partido Liberal no presentaba un candidato, y sus miembros ya se habían acostumbrado a tener pequeños y poco trascendentales cargos en el Gobierno Nacional.

Pese a que la Hegemonía Conservadora cargaba como lastres una seguidilla de problemas, entre ellos la Masacre de las Bananeras y una crisis económica generalizada representada en el plano internacional por el Crack del 29 que hacía sentir sus coletazos al país, no fue ninguno de estos problemas el causante de su fracaso en las elecciones de 1930, en las que de nuevo tuvieron más votos que los liberales. Su error radicó en que no pudieron en causar todos sus votos a un candidato, sino en dos, pues ya no contaban con la mano firme de Monseñor

Bernardo Herrera Restrepo, llamado el “santo elector” capaz de aplacar cualquier divergencia dentro del Partido Conservador, por haber muerto en 1928.

La división de los conservadores posibilitó que un liberal asumiera el primer cargo político del país. Así, el propósito de que el Partido Liberal retornara al poder que había asumido la Escuela del Tolima, surgida en la Convención Liberal de Ibagué de 1922 e integrada por jóvenes dirigentes liberales que se encargaron de dar el cambio generacional a los viejos radicales y renovar el pensamiento y programa político liberal, había sido alcanzado.

Con nuevo partido gobernante, los cambios legislativos en el derecho de familia no se hicieron esperar. Del Gobierno de Olaya Herrera es necesario destacar la Ley 28 de 1932 “Sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio)”, ya que constituye un avance en la reducción de la brecha entre la manifiesta situación de desigualdad de la mujer frente al varón, al otorgarle a la mujer casada la capacidad para administrar y disponer libremente de sus bienes sin necesidad de acudir o de autorización del marido, así como la capacidad para comparecer libremente en proceso judicial; empezando así a ablandar el edificio jurídico conservador.

Empero debido a la guerra con el Perú, que generó la unidad nacional sin precedentes –a tal punto que uno contendor electoral de Olaya Herrera fue el encargado de dirigir las acciones bélicas contra el Perú–, y el no contar con un respaldo legislativo mayoritario debido a la férrea oposición conservadora en el Congreso de la República, el liberalismo debió esperar otro período presidencial para desplegar de manera integral su proyecto político.

LA CORTE DE ORO

Tal labor le correspondió a Alfonso López Pumarejo, quien sin contendor conservador, alcanzó casi el millón de votos en las elecciones presidenciales de 1934; situación ésta que se replicó en las elecciones de congresistas. Con el abrumador respaldo popular, López pudo

no sólo entender a su gobierno como liberal, sino además desarrollarlo como tal. Por ello desde el principio replanteó la relación del Gobierno Nacional con los demás poderes públicos y con la iglesia, buscando la laicización de las instituciones políticas y jurídicas, las cuales se habían petrificado bajo los dictados de la hegemonía católico-conservadora.

En relación con el Congreso de la República, se planteó no una simple relación de respeto, como lo hizo Olaya Herrera, sino de franca colegislación. Dijo López Pumarejo (1980):

(...) yo recibí la Presidencia de la República con el compromiso de renovar las instituciones que fueron moldes insuficientes para una nación más desarrollada y compleja... de examinar sin prevención alguna todos los problemas nacionales que hubieran sido motivo de diferencias entre las corrientes antagónicas (...) El Gobierno quiere ser, más que nunca, colegislador. (p. 12)

Y ese espíritu renovador se tradujo en importantes reformas constitucionales y legales entre las que no se incluyó el tema de los concubinos, salvo su derogatoria como ilícito penal con la expedición del Código de 1936. Y he allí un primer problema: cualquier reconocimiento de efectos jurídicos del concubinato no podía hacerse según la usanza conservadora, esto es siguiendo un criterio positivista, pues no se contaba con norma previa que los consagre.

Y para entender cómo a pesar de lo anterior, bajo la egida liberal sí pudo la Corte Suprema de Justicia reconocer algún efecto jurídico al concubinato, hay que recordar la exigencia del Presidente López en el discurso pronunciado el 17 de agosto de 1934 ante la Corte Suprema de Justicia, en el cual precisa:

(...) la inaplazable necesidad de hacer justicia en los actos de gobierno, en las leyes y en la manera como los Magistrados que las aplican e interpretan. El pueblo colombiano la espera ahora (...) una interpretación más equitativa de las que se vienen aplicando con arbitrariedad, y una actividad constante para mejorar las condiciones en que se mueve la administración de justicia, a fin que pueda gozar de su principal elemento de desarrollo normal: la independencia del poder judicial, a que pesar de haber sido canon fundamental y clásico de nuestra Constitución, por el modo como aquél se forma y por el abandono en que se mantiene a los Jueces, dejó de existir permitiendo que ellos se convirtieran en épocas anteriores... en un instrumento de predominio político, en órganos activos de dominación de un grupo sobre los demás. (López Pumarejo, 1979, p. 121).

Y más adelante contrasta el ambiente judicial bajo el conservadurismo y el que él ofrecía, al recordar que:

Nuestros jueces quisieron defenderse de la influencia política del Ejecutivo y buscaron asilo en una aplicación deshumanizada y fría de la ley. Las interpretaciones vivas, elásticas, comprensivas de los preceptos constitucionales y legales no pueden prosperar en un ambiente de presión ejecutiva... Para que haya una justicia inteligente, que busque siempre adaptarse a los hechos sociales, es necesaria una atmósfera de libertad judicial que no ha existido entre nosotros. (López Pumarejo, 1979, p. 124).

López sabía que no podía esperar nada diferente de los magistrados conservadores que lo ya habían dado: interpretación rígida de la ley y de espaldas a la realidad, así que esperó su momento para nombrar a juristas que respaldasen su proyecto político, lo cual se empezó a dar desde mayo de 1935. Así entrarían como magistrados a la Corte Suprema los juristas Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Ángel, Arturo Tapias Pilonieta, Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón, Juan Francisco Mujica y Miguel Moreno Jaramillo, quienes por sus valiosos aportes a la jurisprudencia colombiana pasarían a la historia como la “Corte de Oro”. De estos “juristas inquietos”, con apoyo en López Medina (2009), se puede decir que en últimas pertenecían a la elite liberal y trabajaban en contra de la visión dada al derecho por sus pares conservadores, y en sus decisiones demostraron que el derecho no debe cerrarse a la ley como fuente, sino que debe quedar abierto al cambio social para poder actualizarse.

Los magistrados de la Corte de Oro se veían influenciados por la Escuela de la Libre Investigación Científica encabezada por François Géný, quien plantó abierta oposición a la exégesis, abogando “por encerrar la ley en sus límites filológicos e históricos, y abrir la vía a otras fuentes, entre ellas la libre investigación científica que permita dar respuesta a los problemas jurídicos planteados (...) sobre fundamentos racionales más que sobre la autoridad” (Gómez Serrano, 2008, p.23).

Esta escuela defiende la idea de que el derecho “[n]o emana de una voluntad soberana titular de prerrogativas absolutas, sino “de la sociedad misma, de su vida, sus necesidades, sus relaciones” (Bernuz, 2007, p. 92), y plantea que él (i) no es un sistema completo en la medida en que el texto de la ley no siempre es claro, lo cual hace que existan lagunas en la legislación; que tampoco (ii) es un sistema cerrado puesto que la legislación no prevé todas las respuestas para los posibles casos que se presenten, ni tampoco puede predecir los cambios de la realidad social que hagan inaplicables las normas proferidas en virtud de determinado contexto, de modo que allí es donde entran a jugar la doctrina y la jurisprudencia como factores de progreso del derecho. En esa medida, (iii) la actividad interpretativa no es un proceso mecánico, aritmético, de simple reproducción del texto de la ley en la mayoría de los casos, puesto que la regla general es la imposibilidad de predicar la diafanidad de la norma; (iv) al mismo tiempo rechazan los métodos interpretativos que persiguen establecer la voluntad del legislador, pues la búsqueda de la aparente voluntad del legislador histórico deja un campo abierto al intérprete para incluir en él ideas propias, cuyo resultado no es sino un proceso permeado de subjetividad; y que (v) al lado de la interpretación literal se empiezan a incluir elementos sociológicos, lo cual inevitablemente conlleva a la inclusión de elementos valorativos en la interpretación (Bernuz, 2007).

Y la vía de inclusión de elementos sociológicos, de actualización y progreso del derecho es principalmente la jurisprudencia, que lo hace de dos modos: (i) para aquellos “casos jurídicos no previstos por el legislador histórico”, (ii) como origen de cambios en la legislación para su perfeccionamiento (López, 2009). Este apoyo en la labor judicial para las fuentes del derecho, significa el reconocimiento de que si bien los códigos y las leyes son las fuentes normativas principales, no son las únicas.

Al pasar el concubinato por la anteriores consideraciones se obtienen dos conclusiones: (i) en los casos previstos por el legislador, no se puede a través de la jurisprudencia decidir contra de la ley, por lo que la relación entre los concubinos *per se* no podía acarrear el

surgimiento de una sociedad patrimonial que de derecho a los concubinos a la mitad de los bienes al momento de terminarse la relación, a la manera de la sociedad conyugal con las modificaciones de la Ley 28 de 1932; pero (ii) pero queda abierta la posibilidad de regulación jurisprudencial a cualquier otro “caso jurídico”.

Precisamente, en Sentencia del 30 de noviembre de 1935, la Corte Suprema de Justicia con ponencia de Eduardo Zuleta Ángel (Gaceta Judicial, T. XLII, 476485.), reconoce estas características en el concubinato: si bien no crea por sí solo comunidad de bienes, con apoyo en trabajos de Marcel Nast, Recueil Dalloz y Hemard, “concepciones doctrinarias y jurisprudenciales más modernas y autorizadas (...) que constituyen un criterio rigurosamente científico para la interpretación”, concluye que nada impide, como ha reconocido la jurisprudencia francesa –cita una sentencia del 18 de diciembre de 1933–: “que la colaboración de un concubino en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer una sociedad de hecho”.

La *litis* en aquella ocasión se trabó entre Alejandro Valencia Arango y Sofía Portocarrero viuda de Luque, alrededor de la existencia de una sociedad para la explotación del “Club Tumaco”, ubicado en la ciudad de Pasto. Del material probatorio, la Corte estableció que la señora Portocarrero trabajaba en calidad de compañera de Valencia, y se encargaba de los quehaceres domésticos cuando su concubino se encontraba presente en el negocio, pero en su ausencia ella era quien lo dirigía; y que en el entre tanto, ella conseguía créditos para el sostenimiento del mismo. Esta y otras acciones, permitieron ver a la Corte una cooperación, de modo regular y permanente para desarrollar los negocios del Club Tumaco por casi siete años, precisamente porque la pareja nunca materializó el anhelo que en principio tenían de constituir una sociedad de derecho para determinar las condiciones de sus aportes, y la participación e intervención de cada uno en el negocio.

Lo anterior, continua la Corte, pone de manifiesto que paralelamente a la relación concubinaria puede desarrollarse una sociedad comercial de hecho, en la que los concubinos hacen aportes de su patrimonio y esfuerzo para la realización de un objeto comercial, y en virtud de tal tienen el derecho a llevar a cabo su liquidación para participar de los beneficios y repartirse los desembolsos, como cualquier particular lo podía hacer. Y en punto de verdad el Código Civil en ninguno de sus apartes prohibía la formación de sociedades de hecho entre concubinos.

Allí donde la exégesis concluiría, bajo el entendido que el derecho carece de lagunas, que es imposible decretar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, por no ser prevista tal cuestión por el legislador –interpretación esta plausible por el ideario conservador protector de la integridad de la moral católica– ; el antiformalismo de Gény recepcionado por los magistrados liberales se abrió paso para determinar los requisitos que llevasen el surgimiento de la sociedad comercial y los límites de los socios.

Así, buscando la voluntad del derecho y no la del legislador, la Corte de Oro fijó seis condiciones de aplicación para determinar si entre los concubinos se había desarrollado una legítima sociedad de hecho. Las cuatro primeras habían sido previamente establecidas para el surgimiento de cualquier sociedad de ello. Estas exigen que la labor emprendida:

- 1° Se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común, 2° Fuera ejercida paralelamente entre los asociados para la consecución de beneficios,
 - 3° Se desarrollara en pie de igualdad, sin que entre ellos pudiese existir una relación de dependencia o subordinación,
 - 4° No se tratara de un estado de simple indivisión, tenencia, guarda o vigilancia de bienes comunes;
- Y las últimas –de mayor importancia– requerían que:
- 5° La sociedad no se surgiera con la finalidad de crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato pues si fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, nulidad derivada de la aplicación de la teoría de la causas; y
 - 6° Que se pudiera distinguir lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa, de lo que es la el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida a la administración de los bienes de uno y de otro o de ambos.

Si bien la Sentencia del 30 de noviembre fue la única dictada por la Corte de Oro, se conservó su herencia en esta figura jurídica, a tal punto que hasta en la última Sentencia que se recopiló en el proyecto de investigación se mantuvo su “doctrina invariable” con casi ningún avance. Es decir que la labor judicial en este asunto no se materializó en reformas legislativas, como si lo fue la posibilidad de declarar judicialmente la paternidad después de muerto el presunto padre, espacio en el que se dio un intenso debate por parte de magistrados de la Corte de Oro y Conjueces conservadores (Contreras y Duarte, 2011).

Por ello, durante las siguientes décadas la Sala Civil de la Corte reiteraría las reglas mencionadas anteriormente para estudiar el caso concreto, y determinar con el acervo probatorio si éste cumplía con tales requisitos.

No sería sino la década del 70 cuando la Corte Suprema pronunció algo nuevo sobre la Sociedad de Hecho entre concubinos, al señalar que la circunstancia que los concubinos combinen sus esfuerzos buscando facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes o crear una fuente de ingresos destinados al pago de las erogaciones que la vida en común demanda, o las que exige la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, no impide que la Sociedad de Hecho pueda ser declarada pues en todos estos fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes (Gaceta Judicial, T. CLII, 338-249.).

CONCLUSIONES

La forma en que se resolvió el dilema vivido durante los años treinta se debió indefectiblemente al cambio de magistrados de la Corte Suprema por unos con una clara ideología liberal, cultores del método sociológico, abierto a la realidad, al cambio social y a las necesidades que la vida cotidiana exigía al derecho satisfacer, sobre las formalidades legales.

La invitación que se deriva al debate que hoy se vive en relación sobre los derechos de las parejas homoparentales para celebrar matrimonios y adoptar hijos, es distinguir entre el orden normativo y el religioso, para que los prejuicios y la tradición del segundo queden atrás y no trasciendan a lo jurídico, ya que de lo contrario se detendría el progreso jurídico y se sacrificarían las necesidades sociales.

Lo anterior se traduce en una exigencia de razonabilidad a la Corte Constitucional para que sus decisiones tengan una justificación válida, esto es que den razones buenas, relevantes y aceptables para defender la postura que se termine adoptando, con un trasfondo normativo acogiendo como guía metodológica la interpretación conforme a la Constitución –laica– y con respaldo científico (en lo a tendiente a la repercusión en la crianza de los menores en este tipo de familia): y no resulten solamente explicadas con argumentos formalmente admisibles sin un contenido de verdad, pues la admisibilidad de la exposición de las motivaciones que trascienden a una decisión no puede depender, en un Estado constitucional, ni de la autoridad que la profiere, ni de la persuasión que se logre frente a un auditorio mayoritariamente comulgante de un credo religioso. Esto por cuanto que la judicatura al momento de decidir lo hace frente a un sistema cerrado dentro del cual debe hallar la solución a la litis del caso, la cual debe respetar los derechos fundamentales, a tal punto que de ser necesario debe fallar en contra del criterio de las mayorías.

Lo anteriormente dicho se puede ejemplificar con la Sentencia T-290 de 1995 – decisión justificada– y un voto disidente de la sentencia C-336 de 2008 –decisión apenas explicada–. En el primer caso la Corte Constitucional conoció la tutela elevada por un trabajador sexual homosexual que había se había hecho cargo de la crianza de un niña que había sido abandonada por sus padres en el inquilinato donde vivía, quien tiempo después inició el proceso de adopción, no obstante lo cual el ICBF finalmente decidió sacarla del hogar de éste y declararla en situación de adoptabilidad, quien solicitaba que se le devolviera a la mejor y se legalizara su relación familiar. Pero, como se desprende de la parte motiva de la decisión, se comprobó que no había sido la orientación sexual del “padre de crianza” el fundamento de la decisión de la autoridad administrativa, sino por el contrario, consistió en las condiciones materiales insalubres y poco adecuadas para el correcto crecimiento de la niña, el cual se enmarca dentro de los deberes de protección que debe el Estado a los menores, razón por la cual se negó el amparo solicitado. Por su parte, en la sentencia de constitucionalidad en la que se le reconoció la posibilidad que los homosexuales afiliaran a su pareja al sistema de seguridad social, se presentó una disidencia parcial de uno de los magistrados, quien apoyó la decisión de la Corte bajo el entendido que estas personas sufren una anomalía que requiere atención psicológica.

Esto último lleva además a comulgar con la idea que no sea el derecho un medio para obtener la obediencia de una ideología o credo religioso. Esto resulta importante, pues una conservatización de la Corte Constitucional, como la que se vive actualmente, no puede traducirse sin más en acoger las voces ciudadanas y eclesásticas que piden desestimar las súplicas de los homosexuales. Si así fuera, la vigencia de las decisiones de la Corte no aguantaría la llegada de una “ola liberal” que desestimare la explicación a ellas dadas, y que por el contrario al dar solución a la litis diera una justificación acorde a la realidad y criterios científicos. Dicho escenario resultaría jurídicamente insostenible pues el simple paso del tiempo no puede convertirse en un criterio válido para el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Que sea la promoción de campañas educativas las que lleven a que los solteros celebren matrimonio católico y no vivan en una unión concubinaria u homoparental, pero que el derecho no termine siendo una herramienta de imposición y exclusión. Debe entonces

desatarse el debate jurídico con una exigencia de razonabilidad que permita una construcción *iusfundamentalista* que sea acorde con la realidad social del país.

Referencias Bibliográficas

Atienza, M. (2009). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.

Bastida, X. (2001). *El silencio del emperador: Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Bernuz, M. (2007). *François Gény y el derecho, La lucha contra el método exegético*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Contreras, J. y Duarte, C. (2011). El Gusano en la Manzana: un caso de filiación visto a la luz de los *Critical Legal Studies*, *Temas Socio-Jurídicos*, 60, 261 – 287

Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 1995. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Eduardo Zuleta Ángel. Sentencia del 30 de noviembre de 1935. *Gaceta Judicial*, T XLII, pp. 476-485.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Germán Giraldo Zuluaga. Sentencia del 26 de agosto de 1976. *Gaceta Judicial*, T CLII, pp. 338-249.

Cortés, M. y Gómez, L. (2010). La Irradiación Constitucional en la jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia. *Temas Socio-Jurídicos*, 59, 15 a 51.

Duarte, C. (2012). Poder y exclusión. Un ensayo introductorio sobre las actuales acciones constitucionales bajo la Constitución de 1886. *Temas Socio-Jurídicos*, 62.

Dueñas, O. (2007). Hermenéutica jurídica de segundo nivel en Colombia. En M. Restrepo (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI* (pp. 582-597). Bogotá: Universidad del Rosario.

Floris, G. (1956). Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el derecho romano. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 19-28.

Gómez Serrano, L. (2008). Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico de Colombia. *Temas Socio-Jurídicos*, 55, 14-38.

Ley 57 del 15 de abril de 1887. Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. D. O. 7.019.

Ley 153 del 15 de agosto de 1887. Que adiciona y reforma, los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. D. O. 7.151

Ley 30 del 25 de febrero de 1888. Se reforma el Código Judicial y varias otras Leyes. D.O. 7.308

Ley 35 del 27 de febrero de 1888. Que aprueba el Convenio de 31 de Diciembre de 1887, celebrado en la ciudad de Roma, entre el Sumo Pontífice León XIII y el Presidente de la República. D. O. No. 7.311

Ley 19 del 18 de octubre de 1890. Por la cual se expide el Código Penal. D.O. 8.346

Ley 54 del 05 de diciembre de 1924. Por la cual se aclara la legislación existente sobre matrimonio civil. D.O. 19.773.

Ley 28 del 12 de noviembre de 1932. Sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio). D.O. 22.139.

López Medina, D. (2009). *El derecho de los jueces* (8ª Reimp.). Bogotá: Legis.

López Michelsen, A. (1986). *El presidencialismo excesivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

López Pumarejo, A. (1979). *Obras Selectas Tomo I*. Bogotá: Cámara de Representantes.

López Pumarejo, A. (1980.). *Obras Selectas T.II*. Bogotá: Cámara de Representantes.

Morales, H. (1981). El Concubinato. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 118, 217-262.

Rodríguez, G. (1981). *Olaya Herrera, Político, Estadista y Caudillo*. Bogotá: Banco de la República.