

EL SURGIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS EN COLOMBIA, UN ESTUDIO DESDE UNA HERMENÉUTICA DE LA SOSPECHA

Profesor Carlos Arturo Duarte Martínez¹
Abogado colombiano

(Recibido 24/03/15 • Aceptado 25/11/15)

¹ Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Docente de su Facultad de Derecho y miembro del Grupo de Investigación en Hermenéutica Jurídica de su Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas “Laureano Gómez Serrano”. Correo electrónico: cduarte3@unab.edu.co.

Resumen: Se aborda desde los postulados de los Critical Legal Studies el reconocimiento jurisprudencial de la sociedad de hecho entre concubinos en 1935 por parte de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en el periodo de “la República Liberal”, Se demostrará que esta decisión fue posible tras la vuelta al poder político del liberalismo después de 44 años de gobiernos conservadores, para lo cual se debió abandonar la exégesis para abrir el Derecho a los hechos sociales con la Escuela de la libre Investigación Científica.

Palabras Clave: Concubinato, Liberalismo, Corte de Oro, Exégesis, F. Gény.

Abstract: Jurisprudential recognition of common-law relationship between cohabitating partners in 1935 by the Colombian Supreme Court of Justice during the “Liberal Republic” period is approached from the Critical Legal Studies principles. This analysis will demonstrate that this decision was possible after Liberalism regained power following 44 years of conservative governments, for which purpose they had to leave exegesis and open Law to social events with the Free Scientific Research School.

Keywords: Cohabitation, Liberalism, Exegesis, jurisprudence.

Índice

Introducción

I Los Critical Legal Studies

II La bendición bajo el matrimonio. Nada fuera de éste

A. La negación histórica de cualquier efecto jurídico favorable para el concubinato

B. El enganche en la Regeneración conservadora

C. La exégesis como método de interpretación

III La apertura liberal

A. El ascenso al poder

B. La Corte de oro

IV La Corte de oro al ataque

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Los *Critical Legal Studies* son una importante versión del realismo jurídico para el análisis de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en general y la toma de las decisiones de las altas cortes en particular. Su inquietud en establecer no lo que el Derecho debería ser, sino lo que en realidad es, ataca de frente a quienes niegan la influencia que tienen en los sistemas jurídicos patrios las convulsiones políticas y las tensiones sociales que aquejan a nuestras sociedades.

El reconocimiento que hacen los *Critical Legal Studies* de la relación entre la política y el razonamiento jurídico y judicial, socava la idea de objetividad y apoliticidad en la interpretación jurídica, y abre la puerta a discusiones para entender nuestras instituciones jurídicas y su puesta en práctica por nuestros jueces.

Este *artículo* presenta un episodio colombiano en donde la interpretación jurídica estuvo determinada por el contexto político nacional y la ideología que guiaba el ejercicio del poder político del Presidente de la República.

Se trata del reconocimiento en la Sentencia del 30 de noviembre de 1935 de la Corte Suprema de Justicia colombiana, *de una sociedad comercial de hecho entre dos concubinos*, proferida durante el segundo periodo presidencial de la República liberal². Sin que mediara reforma legal esta decisión se debió al nombramiento como magistrados de la Corte Suprema de juristas antiformalistas y liberales, desligados del ideario católico-conservador bajo el cual algún reconocimiento de efecto jurídico beneficioso entre los concubinos era imposible.

La decisión tomada por la también denominada *Corte de Oro* se debió al compromiso asumido de responder a las necesidades sociales, con interpretaciones más apropiadas con la realidad en un contexto de apertura liberal, sin importar las connotaciones religiosas que lastraban al concubinato, el que fue combatido por el Derecho penal y civil colombiano.

² Así se conoce al periodo comprendido entre 1930 y 1946 en donde se sucedieron miembros del Partido Liberal en la Presidencia de la República, tras 44 años de que lo hicieran los conservadores, en lo que se conoce como la hegemonía conservadora (1886-1930).

Si bien el *estudio* que aquí se presenta no tiene un particular efecto práctico en la actualidad, sí tiene relevancia en cuanto a que evidencia la relación existente entre el Derecho y la política, las contradicciones que negar lo contrario se generan y presenta una fisura a las teorías jurídicas que dominan la cultura jurídica latinoamericana. También es una guía para resolver nuestros problemas actuales, en los que lo religioso o tradicional se enmascara con lo jurídico a fin de cercar los derechos de las minorías.

Para demostrar lo anteriormente dicho, se utiliza una metodología analítico-descriptiva, en virtud de la cual se parte de los aportes de los *Critical Legal Studies* a la comprensión de la dinámica del Derecho, para después elaborar una caracterización y revisión del contexto histórico-normativo durante la hegemonía conservadora alrededor de *la familia* y el matrimonio católico. Después se mostrarán 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 ideológico de la decisión judicial que se analiza.

I. LOS CRITICAL LEGAL STUDIES

*“Lo que trato de hacer en mis clases es ayudar a los alumnos a que se den cuenta cómo elementos del razonamiento jurídico, aparentemente técnicos, son de izquierda, derecha o de centro”*³. De esta manera *Duncan Kennedy*, el principal representante de los *Critical Legal Studies*, defiende su labor como docente, espacio en el que se ha movido como actividad política derivada de sus trabajos jurídicos, en los que además de revelar la influencia de ideología política en la creación judicial del Derecho plantea una agenda o programa de izquierda para anular las falsas legitimidades y las desigualdades que se sostienen con la creencia de que el Derecho es un elemento neutral, objetivo y apolítico.

Auscultar en el rol que la ideología política desempeña en la creación judicial del Derecho recoge sus preocupaciones, y se condensan en

³ DE LA FLOR KOECHLIN, Fernando y BLUME MOORE, Iván. “La controversia política es parte del razonamiento jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy. [en línea]. Lima: 2004. THEMIS- Revista de Derecho, 50. <revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/8781/9169> [Consulta 18 de agosto de 2014]

la denuncia que *“la decisión judicial funciona para asegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses de la clase intelligentsia relacionados con el statuo quo social y económico”*⁴.

Esto es posible porque es común que los jueces deban tomar *“elecciones estratégicas”*, sin importar si en los casos que deciden el Derecho es determinado o indeterminado pues *“siempre es posible para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales”*⁵, [para] *tratar de hacer que signifiquen algo muy distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles*⁶. Para Kennedy el Derecho sólo ata a los jueces que siguen irreflexivamente las reglas y a los que fracasan en la labor de encontrar una interpretación diferente a la que desde el inicio se tiene de la norma jurídica⁷.

Cada elección se deriva de un comportamiento estratégico de la interpretación para un nuevo entendimiento del sistema jurídico, de modo que *“se corresponda con las preferencias extrajurídicas del trabajador intérprete”*⁸ como lo es el Juez. Así pues, el resultado de la interpretación jurídica está determinado por la permanente interacción de las fuentes de Derecho y la actividad estratégica del Juez que responde a su ideología, y no de un proceso hacia lo cognoscible⁹.

Duncan Kennedy reconoce que esta labor, la de direccionar el significado de una norma conforme a un material extra jurídico es considerado ilegítimo por la teoría jurídica dominante¹⁰, pero advierte que negarlo es actuar de mala fe. Él por su parte reconoce legitimidad jurídica a la labor que realiza el Juez de direccionar ideológicamente

⁴ KENNEDY, Duncan. El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica. En G. Moro (Ed.). Izquierda y Derecho. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 29.

⁵ Se refiere a las fuentes del Derecho.

⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁷ *Ibid.*, p. 33. Esto último es posible porque a pesar que se manipule la fuente de Derecho no siempre es posible lograr el objetivo de torcer su significado.

⁸ KENNEDY, Duncan. Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen. En G. Moro (Ed.). Izquierda y Derecho. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 91

⁹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰ *Ibid.*, p. 97.

sus decisiones y reconoce que su postura es anarquista¹¹. Pero lo asume porque con esta actividad los *Critical Legal Studies* han podido mostrar –en el ámbito del Derecho civil– cómo las interpretaciones hegemónicas en una sociedad capitalista como la de Estados Unidos “*tienen un impacto enorme e injusto sobre los grupos oprimidos*”¹².

Para *Kennedy* esa actitud estratégica puede ser consciente o inconsciente, y desarrollarse a través de tres tipos de jueces¹³:

- *El activista restringido*: puede ser liberal o conservador. Se destaca por tomarse el tiempo necesario para plantear una alternativa que responda a su preferencia ideológica, sin importar si es o no acorde a los materiales jurídicos. Si hay concordancia, la sensación de actuar con “fidelidad al Derecho” es de más fácil construcción.
- *El Juez mediador*, que opta por una de las posturas moderadas que existen entre los extremos antagónicos que representan las tesis ideológicas liberal y conservadora. Este tipo de juez permite “*que los ideólogos decidan indirectamente por él al plantear una elección y luego rechazarla eligiendo el medio*”.
- *El Juez Bipolar*. Se caracteriza por tomar unas veces decisiones que desarrollan el ideario conservador y otras el ideario liberal. Se distingue del *activista restringido* porque su compromiso con una y otra ideología no es perdurable, en cuanto que en la toma de decisiones de diferentes casos alterna su postura ideológica.

Así, de cualquier forma “*las facciones de la intelligentsia liberal y conservadora resultan empoderadas, a través de la decisión judicial, para colonizar partes de la estructura jurídica que no pudieron influenciar a través de la legislación*”¹⁴.

Y advierte *Kennedy* que la influencia ideológica en los jueces no se suele determinar con evidencias directas, sino desde una lectura en

¹¹ *Ibid.*, p. 96.

¹² *Ibid.*, p. 101.

¹³ KENNEDY, Duncan. El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica. Op Cit., pp. 38 a 43

¹⁴ *Ibid.*, pp. 44 y 45.

contexto de la decisión judicial, para poder identificar en los jueces “*una predisposición al hacer elecciones en los casos particulares*”¹⁵.

Ante esta situación, el análisis de una decisión judicial debe hacerse desde una “*hermenéutica de la sospecha*” con el objeto de encontrar “*motivos ideológicos ocultos en las decisiones judiciales que se presentan como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutras*”¹⁶

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

A. La negación histórica de cualquier efecto jurídico favorable para el concubinato

La relación marital de un hombre con una mujer sin que medie el matrimonio ha sido repudiada a través del Derecho en occidente a lo largo de la historia. En Roma, sólo hasta la época de Adriano se decide otorgar como medida protectora “un muy reducido derecho a la herencia a favor de hijos nacidos de concubinatos de soldados”¹⁷. Antes se le había negado cualquier efecto jurídico al concubinato. Constantino –primer emperador cristiano– como medida para desestimularlo prohibió la adrogación y las donaciones o legados a favor de los hijos nacidos del concubinato, situación que mejoraba si sus padres celebran un *justum matrimonium*.

Luego bajo el gobierno de *Justiniano* fue posible para el hombre legar hasta la mitad de su patrimonio a su concubina, y se establece como derecho abintestato en favor del hijo nacido de ella, el suceder la sexta parte de la herencia.

Durante el medioevo 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 establecido en el Concilio Tridentino en el siglo XVI.

¹⁵ *Ibid.*, p. 37.

¹⁶ *Ibid.*, p. 36.

¹⁷ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el derecho romano* [en línea]. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, julio-septiembre de 1956. Revista de la Facultad de Derecho de México, 23. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/23/dtr/dtr2.pdf>> [Consulta 15 de mayo de 2014]

También surgen medidas sancionatorias en contra de los concubinatos. Así, en España en el Fuero vejo de Castilla se sanciona a las mancebas con el desheredamiento. En el Fuero Real se permite a los hijos de la barragana heredar sólo hasta el quinto del patrimonio del padre, sujeto 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 que nazcan de estas relaciones. Ya en la *Nueva Recopilación de Castilla* se le da al amancebamiento un trato penal: se establecen como sanciones multas pecuniarias, azotes públicos o incluso el destierro o la cárcel; y en la Novísima Compilación de comienzos del siglo XIX se 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 mortal¹⁸.

B. El enganche en la Regeneración conservadora

Tras ganar la Guerra Civil de 1885, el Partido Conservador con Rafael Núñez a la cabeza emprende la Regeneración del país, tras 22 años de radicalismo liberal en el poder político. Para ello se redactó una nueva Constitución Nacional durante 1886, por medio de la cual el Estado colombiano se reconcilia con la Iglesia católica al reconocer a la “Religión Católica, Apostólica, Romana” como “la de la Nación”.

Esta alianza con la Iglesia 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.

El Código Civil, adoptado por la Ley 57 de 1887 pero vigente en todo el país desde 1873, concibe 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*” (artículo 113). 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*”.

¹⁸ MORALES MENDOZA, Héctor. El Concubinato [en línea]. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, enero-abril de 1981, Revista de la Facultad de Derecho de México, 118. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/118/dtr/dtr9.pdf>> [Consulta 5 de mayo de 2014]

Al poco tiempo, la Ley 153 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*”. Y en la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato celebrado con la Santa Sede, se adopta la institución de la familia de acuerdo con la idea canónica clásica. La familia legítima es producto del vínculo matrimonial católico e igualmente éste es el único territorio en el que aquélla 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 persona¹⁹.

Por su parte, el concubinato se afrontó con la ilicitud civil, de modo que no podía surgir propiedad común de bienes por el trato de los concubinos; y con la ilicitud penal, ya que el legislador conservador²⁰ tipificó como delito en el Código Penal de 1890, el amancebamiento público y escandaloso²¹. Desde luego, si los concubinos se casaban durante el juicio, éste terminaba.

C. La exégesis como método de interpretación

Los conservadores sabían que su producción legislativa debía verse respaldada en la jurisprudencia, y para ello establecieron en la Constitución de 1886 como prerrogativa del Presidente de la República el nombramiento de manera directa y libre a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 119 N° 1)

Este poder del Presidente le permitía manejar con marro de hierro a la judicatura: nombraría como magistrados a personas pertenecientes

¹⁹ Para que un colombiano pudiera celebrar un matrimonio civil hizo falta expedir la Ley 54 de 1924, que establecía todo un proceso para desligarse primero de la iglesia católica.

²⁰ Hasta 1904 no hubo ningún miembro del Partido Liberal en el Senado, la cámara alta del Congreso de la República colombiano.

²¹ Se sancionaba al hombre con “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). Si alguno de los concubinos era casado las penas aumentaban el doble (Arts. 454 y 455).

a su partido, comulgantes de su ideología y que no vieran nada más que lo que la ley les dijera, o que en todo caso prefirieran una interpretación que no molestara al Gobierno.

Coincidiendo con la cultura jurídica dominante por aquella época, se acoge a la exégesis como método de interpretación. La aplicación del Derecho que de ella se pudiera derivar en este contexto conservador, no era un simple seguimiento irreflexivo de las reglas, sino uno muy conveniente.

En gracia de discusión debe recordarse que la exégesis se estableció con un propósito decimonónico burgués muy claro: ser garantía de libertad para los ciudadanos frente como reacción de administración de justicia del *Ancien Régime*, que privilegiaba las prerrogativas del Estado. Pero en la Colombia gobernada por la Hegemonía Conservadora la exégesis fue utilizada para el mantenimiento de su *Statu quo*. 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*”²². Los jueces conservadores por fuerza interpretativa debían seguir a pie juntillas al legislador conservador.

III. LA APERTURA LIBERAL

A. El ascenso al poder

El Partido Liberal ganó las elecciones presidenciales²³, merced a la división de los votos conservadores. Así después de 44 años de gobiernos conservadores²⁴, Enrique Olaya Herrera asumía la Presidencia de la

²² GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico de Colombia* [en línea]. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, diciembre de 2008. Revista Temas Socio-Jurídicos, 55. < <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=view&path%5B%5D=8&path%5B%5D=8> > [Consulta 15 de abril de 2014]

²³ Desde 1922 no presentaba un candidato

²⁴ Después de la Dictadura del General Reyes (1909), las divisiones conservadores eran resueltas por Monseñor Bernardo Herrera Restrepo, arzobispo de Bogotá, pero murió en 1928.

República en nombre del Partido Liberal. Con nuevo partido gobernante, los cambios legislativos en el derecho de familia no se hicieron esperar. Ejemplo de ello es la Ley 28 de 1932, que elimina la desigualdad de la mujer frente al varón en la sociedad conyugal y reconoce su capacidad para administrar y disponer libremente de sus bienes.

Empero al no contar con un respaldo legislativo mayoritario debido a la férrea oposición conservadora en el legislativo, el liberalismo debió esperar otro período presidencial para desplegar de manera integral su proyecto político.

B. La Corte de Oro

Tal labor le correspondió a Alfonso López Pumarejo quien fue elegido sin contendor con casi un millón de votos, situación se replicó en favor del Partido liberal en las elecciones de congresistas. Así, López Pumarejo replanteó la relación del Gobierno Nacional con los demás poderes públicos y con la iglesia, en busca de la laicización de las instituciones políticas y jurídicas. Dijo al Congreso de la República:

(...) 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, colegislador²⁵.

Y ese espíritu renovador se tradujo en importantes reformas constitucionales y legales. Frente al concubinato sólo se derogó su condición de ilícito penal en el Código de 1936. Y he allí un primer inconveniente para el asunto de estudio de este documento: cualquier reconocimiento de efectos jurídicos del concubinato no podía hacerse según la usanza conservadora, esto es siguiendo a la ley.

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 el la exigencia del Presidente López en el discurso pronunciado el 17 de agosto de 1934 ante ella, en el cual precisa:

²⁵ LÓPEZ PUMAREJO, Alfonso. *Obras Selectas Tomo II*. Primera Edición, Bogotá, Cámara de Representantes, 1980, p. 12.

(...) 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.²⁶

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 nosotros²⁷.

Antes de cambiar la forma en que esos magistrados interpretaban la ley, López decidió nombrar a magistrados que no lo hicieran de manera rígida y de espalda a la realidad, y que respaldasen su proyecto político. Esto se empieza a dar desde mayo de 1935²⁸ y por sus valiosos aportes a la jurisprudencia colombiana pasarían a la historia como la “Corte de Oro”.

²⁶ LÓPEZ PUMAREJO. Alfonso. Obras Selectas Tomo I. Primera Edición, Bogotá, Cámara de Representantes, 1979, p. 121.

²⁷ *Ibid*, p. 124.

²⁸ Por la misma época, Roosevelt nombraba como magistrados de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a jueces más propicios a apoyar sus políticas del New Deal.

Los nuevos magistrados pertenecían a la elite liberal y estaban 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*”²⁹.

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”³⁰, y plantea que él es un sistema incompleto, en donde el legislador no prevé una solución para todos los casos por no poder predecir los cambios en la realidad social.

Para los miembros de esta escuela jurídica, el Derecho escapa al control del Estado, en cuanto a que es un producto social y debe constantemente actualizarse para responder a las necesidades sociales en la medida que ella cambie, so pena de fosilizarse y ser inútil. En tal sentido debe acogerse la libre investigación científica cuyo objetivo es “*encontrar la regla de derecho en la naturaleza de las cosas*”³¹.

Géný no pretende destruir la ley escrita, por el contrario trata de ofrecer la que considera es la mejor versión del positivismo jurídico. Tampoco consideró que la jurisprudencia fuera una fuente formal del derecho a la par de la ley y de la costumbre; la consideraba una fuente material del derecho. Sus condiscípulos pregonaron que la jurisprudencia era una fuente capaz de renovar el derecho sin modificar la ley.

La inclusión de elementos sociológicos a través de la jurisprudencia, se hace de dos modos: (i) para aquellos “*casos jurídicos no previstos por*

²⁹ GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico de Colombia [en línea]. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga*, diciembre de 2008. Revista Temas Socio-Jurídicos, 55, p. 23 <
<http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=view&path%5B%5D=8&path%5B%5D=8>> [Consulta 15 de abril de 2014]

³⁰ BERNUZ, María José. François Géný y el derecho, La lucha contra el método exegético. Primera Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 92.

³¹ *Ibid.*, p. 181.

el legislador histórico”, (ii) como origen de cambios en la legislación para su perfeccionamiento. Este apoyo de la actividad judicial a las fuentes del derecho, implica que si bien los códigos y las leyes son las fuentes normativas principales, no son las únicas.

Al pasar el concubinato por las anteriores consideraciones se obtienen dos conclusiones: (i) el concubinato es un caso no previsto por el legislador, pero no se puede a través de la jurisprudencia decidir contra 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) queda abierta la posibilidad de regular el concubinato mediante la jurisprudencia para buscar otro efecto jurídico.

IV. LA CORTE DE ORO AL ATAQUE

Y precisamente en Sentencia del 30 de noviembre de 1935, la Corte Suprema de Justicia con ponencia de Eduardo Zuleta Ángel³³, 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, que son “*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”. Y es que el Código Civil en ninguno de sus apartes prohibía la formación de sociedades de hecho entre concubinos.

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

³³ Visible en Gaceta Judicial, T. XLII, 476-485. También se puede leer en el siguiente enlace [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20\(30%2011%201935\).pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20(30%2011%201935).pdf)

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 también 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, sin que la pareja nunca materializará el anhelo que en principio tenían de constituir una sociedad de Derecho para determinar las condiciones de sus aportes, la intervención de cada uno en el negocio, y la participación de las ganancias.

Lo anterior, según la *Corte de Oro*, puso de manifiesto que en paralelo 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.

Allí donde la exégesis concluiría, bajo el entendido que el Derecho carece de lagunas, que es imposible declarar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos por no ser prevista tal cuestión por el legislador –interpretación plausible por el ideario conservador protector de la integridad de la moral católica–; el antiformalismo de *Gény* recepcionado por los magistrados liberales se abría 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 hecho. 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– exigían 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.

La Sentencia del 30 de noviembre de 1935, fue la única dictada por la Corte de Oro, y en más de 50 años sólo se volvería a declarar la existencia de una Sociedad de Hecho entre concubinos por la Corte Suprema de Justicia en una caso más³⁴. Finalmente, mediante la Ley 54 de 1990 –esto es 55 años después– el legislador colombiano dio una regulación integra al concubinato, al crear la Unión Marital de Hecho. Ya eran muchas más las relaciones maritales de hombres y mujeres solteros de los que la religión católica podía evitar³⁵.

CONCLUSIONES

La forma en que se resolvió la cuestión de la *sociedad de hecho entre concubinos* durante los años treinta se debió indefectiblemente a la entrada a la Corte Suprema de magistrados con una clara ideología liberal, cultores del método sociológico, que entendían que el Derecho debía ser abierto a la realidad, al cambio social y a las necesidades que la vida cotidiana, a costa de las formalidades legales.

Debe reconocerse que les resultaba difícil a los miembros de la Corte de Oro modificar la ilicitud del concubinato en el campo del *Derecho de Familia*. Por su propia formación jurídica reconocían límites de la jurisprudencia frente a la ley. Siguiendo a Kennedy podría decirse que no intentaron variar el entendimiento que las disipaciones de Derecho de familia que lastraban al concubinato, pues serían incapaces de modificar su interpretación para, por ejemplo, igualar los derechos de los concubinos frente a la de los socios conyugales. Y es que no era fácil cambiar de un plumazo casi dos milenios de repulsión hacia el concubinato.

³⁴ Se trata de la Sentencia del 26 de agosto de 1976, visible en la Gaceta Judicial, Tomo CLII, pp. 338-249.

³⁵ Para 1975 una de cada cuatro mujeres de zonas rurales vivían con un hombre sin estar casada, mientras que en las zonas urbanas esa relación es de una a cinco. Ver MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de familia y de menores*. Tercera edición. Bogotá, Jurídica Wilches, 1993, pp. 327 a 333.

Pero de manera audaz, la *Corte de Oro* acudió a una figura del Derecho comercial para dar protección jurídica a quienes voluntariamente decidían no seguir la línea religiosa dominante para la época, al compartir una vida común sin la bendición de un cura católico. Estas personas de haber continuado la hegemonía conservadora sólo habrían obtenido repudio y marginación de parte de las autoridades judiciales.

Puede catalogarse a la *Corte de Oro* como un activista restringido, y se destaca el esfuerzo por mantener la juridicidad de su decisión cimentada en las “*doctrinarias y jurisprudenciales más modernas y autorizadas*”. Bajo dicho manto esconde su real apoyo a la construcción de una República Liberal, como respuesta al llamado hecho por el Presidente López Pumarejo en 1934.

En particular, con esta decisión la Corte de Oro escindió lo católico de lo jurídico en la resolución de cuestiones de Derecho. Así los prejuicios y la tradición que se sostienen en el escenario confesional-religioso quedaron un poco atrás, lo que representó un valioso progreso en el reconocimiento de los derechos de los concubinos, quienes se constituía en una minoría alejada de los órganos de poder. Apostar en una decisión judicial por estas consecuencias desde luego que supone una posición ideológica clara.

Pero que no se niegue que tanto en la hegemonía conservadora como en la República liberal, el Derecho, en particular el Derecho de Familia, se constituyó en un campo de batalla entre las dos grandes ideologías de Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

BERNUZ, María José. *François Gény y el derecho, La lucha contra el método exegético*.

(Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, primera edición).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Eduardo Zuleta Ángel. Sentencia del 30 de noviembre de 1935. Gaceta Judicial, Tomo XLII, pp. 476-485, o en <[http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20\(30%2011%201935\).pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20(30%2011%201935).pdf)>

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

DE LA FLOR KOECHLIN, Fernando y BLUME MOORE, Iván. *“La controversia política es parte del razonamiento jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”*.

(Lima: THEMIS- Revista de Derecho, 2004 <revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/8781/9169>)

[Consulta 18 de agosto de 2014]

FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el matrimonio y el concubinato en el derecho romano*

(México D.F.: UNAM, julio-septiembre de 1956. Revista de la Facultad de Derecho de México, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/23/dtr/dtr2.pdf>>

[Consulta 15 de mayo de 2014]

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico de Colombia*. (Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, diciembre de 2008. Revista Temas Socio-Jurídicos, <<http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=view&path%5B%5D=8&path%5B%5D=8>>

[Consulta 15 de abril de 2014]

KENNEDY, Duncan. *El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica*.

(En: G. Moro (Ed.). *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010)

KENNEDY, Duncan. *Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen*. (En: G. Moro (Ed.). *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2010).

CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ: el surgimiento de la sociedad de hecho entre concubinos en Colombia, un estudio desde una hermenéutica de la sospecha

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Octava Reimpresión. Bogotá, Legis, 2009.

LÓPEZ PUMAREJO, Alfonso. *Obras Selectas Tomo I*.

(Bogotá: Cámara de Representantes, 1979, primera edición).

LÓPEZ PUMAREJO, Alfonso. *Obras Selectas Tomo II*.

(Bogotá: Cámara de Representantes, 1980. Primera edición)

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de familia y de menores*.

(Bogotá: Jurídica Wilches, 1993, tercera edición).

MORALES MENDOZA, Héctor. *El Concubinato*

(México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, enero-abril de 1981, Revista de la Facultad de Derecho de México),

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/118/dtr/dtr9.pdf>>

[Consulta 5 de mayo de 2014]