

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

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



**Universidad de
los Andes**



Bogotá - Colombia
2017

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

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 hacer¹. 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 definitivo².

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 DIEZ-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 DIEZ-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 bienes 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, respectivamente⁴.

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.