

C-631-14

Sentencia C-631/14

(Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2014)

CODIGO CIVIL-Incompatibilidad entre la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional” contenida en la norma demandada y la Constitución Política, configura el fenómeno de derogatoria tácita

DESTIERRO Y CONFINAMIENTO-Contexto histórico

IDEA DE PERMANENCIA DEL DOMICILIO CIVIL-Inhibición para decidir de fondo en relación con las expresiones “confinado por decreto judicial a un paraje determinado” y “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional”

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Norma derogada

Referencia: Expediente D-10097.

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil.

Actor: Andrés Chacón Urrego.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

El ciudadano Andrés Chacón Urrego, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad

prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 81 del Código Civil, cuyo texto -con lo demandado en subrayas- es el siguiente:

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS

TITULO I.

DE LAS PERSONAS EN CUANTO A SU NACIONALIDAD Y DOMICILIO

(...)

CAPITULO II.

DEL DOMICILIO EN CUANTO DEPENDE DE LA RESIDENCIA Y DEL ANIMO DE PERMANECER EN ELLA

(...)

ARTICULO 81. IDEA DE PERMANENCIA.

El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.

Así, confinado por decreto judicial a un paraje determinado, o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional, retendrá el domicilio anterior mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios.

2. Pretensión y cargo.

2.1. Pretensión.

El demandante solicita sea declare la inexecutable del segundo inciso del artículo 81 del Código Civil, por vulnerar el artículo 34 de la Constitución.

## 2.2. Cargo.

## 3. Intervenciones.

3.1. Universidad Externado de Colombia: inexecutable. Precisa que el domicilio es un atributo de la personalidad, que se determina a partir de dos elementos: uno objetivo, que es la residencia en un lugar determinado del territorio nacional, y otro subjetivo, que es el ánimo real o presunto de permanecer en dicho lugar. En este contexto, el inciso demandado condiciona la inmutabilidad del domicilio a dos situaciones específicas, que resultaban de condenas penales: la permanencia en un paraje determinado del territorio nacional y el destierro, siempre y cuando el desterrado conserve su familia y el principal asiento de sus negocios en el territorio nacional. Dado que ambas situaciones “perdieron su vigencia por haber sido abolidas por el ordenamiento jurídico nacional, el inciso del artículo 81 del Código Civil consagra una norma vigente e inaplicable por sustracción de materia”. Ante tal circunstancia, solicita que se declare la inexecutable de la norma demandada.

3.2. Intervención extemporánea del ciudadano Carlos Ernesto Quiñonez Gómez: inhibición. El término de fijación en lista venció el 11 de marzo de 2014 y el escrito de intervención del ciudadano se presentó el 21 de abril de 2014, siendo por tanto esta intervención extemporánea. Esta última fecha es incluso posterior a la de presentación del Concepto del Ministerio Público, que fue el 1 de abril de 2014.

## 4. Concepto del Procurador General de la Nación: inexecutable.

4.1. El Ministerio Público, por medio del Concepto 5754, solicita a este tribunal que declare inexecutable el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil.

4.2. Advierte que la pena de destierro está prohibida por el artículo 34 de la Constitución, por el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este contexto destaca que, al interpretar el referido artículo 34, en la Sentencia C-042 de 2004, este tribunal precisó que dicha prohibición “se refiere únicamente a la expulsión del país del cual es nacional [la persona], más no a la restricción de residencia en determinado lugar del mismo”.

4.3. Agrega que, en la Sentencia T-523 de 1997, al estudiar una acción de tutela contra un

cabildo indígena, este tribunal precisó que la prohibición del artículo 34 de la Carta es “un límite explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas”, y que “la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones”.

## II. FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la demanda en los términos del artículo 241.4 de la Constitución.

### 2. Norma y contexto.

2.1. La norma demandada hace parte del Código Civil al menos desde el año 1873. En efecto, en el texto de la Ley 84 del 26 de mayo de 1873[1], dada en los tiempos de los Estados Unidos de Colombia, está incluida en su artículo 81. Al disponer que este código regirá en la República de Colombia desde la promulgación de la Ley 57 de 1887, según lo dispuesto en su artículo 1, no se modificó el texto del referido artículo 81.

2.2. El que la situación del confinado o del desterrado sea relevante en la norma demandada para efecto de regular la idea de permanencia, valga decir, la permanencia del domicilio civil, exige considerar esta situación en el contexto del Siglo XIX y del Siglo XX, para la adecuada comprensión de tal norma.

2.2.1. El destierro y el confinamiento eran penas corporales antes de que existiera el Código Civil. En efecto, estas penas aparecen entre las previstas en el artículo 19 de la Ley del 27 de junio de 1837[2], que es el primer Código Penal de nuestra historia republicana, así:

1. La de muerte.
2. La de trabajos forzados.
3. La de presidio.
4. La de reclusión en una casa de trabajo.

5. La de vergüenza pública.
6. La de prisión.
7. La de espulsion del territorio de la República.
8. La de confinamiento en un distrito parroquial, canton o provincia determinada.
9. La de destierro de un lugar o distrito determinado. (Subrayas agregadas).

Los artículos 54 y 55 de este código precisan que el condenado a la pena de expulsión del territorio “será conducido en calidad de preso hasta ponerlo fuera de él”[3] y que esta expulsión “nunca podrá pasar de quince años”[4]. El artículo 56 ibídem señala que el condenado a la pena de confinamiento en un distrito parroquial, cantón o provincia determinada “será enviado a la autoridad local respectiva, a la cual deberá noticiar su habitacion i modo de vivir, i no podrá salir del lugar señalado para el confinamiento”[5]. El artículo 57 ibíd. prevé que el condenado a la pena de destierro de un lugar o distrito determinado “será sacado de alli en calidad de preso, i en sus límites se le pondrá en libertad”[6].

2.2.2. Casi un mes después de entrar en vigencia el Código Civil en los Estados Unidos de Colombia, en el artículo 27 de la Ley 112 del 23 de junio de 1873[7], que es el segundo Código Penal de nuestra historia republicana, dichas penas siguen haciendo parte de la categoría de penas corporales, así:

1. Presidio.
2. Reclusión.
3. Prisión.
5. Confinamiento a un territorio nacional, distrito, provincia, municipio o departamento determinado de un Estado.
6. Destierro de un lugar o distrito determinado. (Subrayas agregadas).

Los artículos 45 y 46 de este código prevén que el condenado a la pena de expulsión del

territorio “será conducido en calidad de preso hasta ponerlo fuera de él”[8] y que esta expulsión “nunca podrá pasar de diez años”[9]. Los artículos 47 y 48 ibídem disponen que “el confinamiento no podrá pasar de cinco años”[10] y que el condenado a la pena de confinamiento “será enviado a la autoridad local respectiva, a la cual deberá noticiar su habitación i modo de vivir, i no podrá salir del lugar señalado para el confinamiento”[11]. El artículo 49 ibíd. establece que el condenado a la pena de destierro en un lugar o distrito determinado “será sacado de allí en calidad de preso, i en sus límites se le pondrá en libertad”[12].

2.2.3. Durante la vigencia del Código Civil en la República de Colombia, el artículo 39 de la Ley 19 del 18 de octubre de 1890[13], que es el tercer Código Penal de nuestra historia republicana, conserva las antedichas penas corporales, así:

1. La de muerte;
2. La de presidio;
3. La de reclusión;
4. La de prisión;
5. La de arresto;
6. La de destierro;
7. La de confinamiento. (Subrayas agregadas).

Los artículos 68, 69 y 72 de este código señalan que el condenado a la pena de destierro “será conducido fuera de la circunscripción territorial respectiva, y allí se dejará en libertad”[14]; que si se trata de un menor de diez y ocho años, la pena de destierro se cambiará “por confinamiento en el lugar que el Juez crea conveniente, y por igual tiempo”[15]; que si la pena de destierro es por un solo delito, ésta “no puede exceder de veinte años”[16]; y que, cuando por un solo delito se deba imponer más de veinte años de destierro, el tiempo que exceda a estos veinte años “se sufrirá en confinamiento, en un lugar distante quince miriámetros, por lo menos, del en que se cometió el delito”[17]. El artículo 70 ibídem señala que el condenado a la pena de confinamiento “será enviado a la

autoridad local respectiva, a la cual deberá noticiar su habitación y modo de vivir, y no podrá salir del lugar señalado para el confinamiento”[18].

2.2.4. Desde el año 1873 y, al menos, hasta la vigencia de la Ley 19 de 1890, la norma demandada corresponde de manera precisa al contexto normativo penal, pues tanto el destierro como el confinamiento eran penas corporales y, en esa medida, la situación de desterrado o confinado era real y podía ser, como lo era, relevante para el efecto previsto en la norma demandada. En el siglo siguiente, el destierro desaparecerá de las penas principales, aunque el confinamiento todavía permanecerá entre ellas. En efecto el artículo 41 de la Ley 95 del 24 de abril de 1936[19], que es el cuarto Código Penal de nuestra historia republicana, prevé las siguientes penas principales:

Presidio.

Prisión.

Arresto.

Confinamiento.

Multa.

El artículo 49 de este código precisa que “El confinamiento consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado Municipio, distante por lo menos cien kilómetros de aquel en que fue cometido el delito o de aquel en que resida el ofendido o el condenado”. El artículo 45 ibídem dispone su duración será “de tres meses a tres años”.

2.2.5. La norma demandada se torna en anacrónica, valga decir, deja de corresponder a su tiempo, cuando el destierro y el confinamiento dejan de ser penas. Esto ocurre en la segunda mitad del Siglo XX, pues el artículo 41 del Decreto Ley 100 del 23 de enero de 1980, que es el quinto Código Penal de nuestra historia republicana, ya no las prevé dentro de sus penas principales[20], sino que se limita a señalar las siguientes penas:

2. Arresto, y

### 3. Multa.

2.5. Luego de la promulgación de la Constitución Política de 1991, las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación están prohibidas de manera expresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de ésta. Sobre la base de esta prohibición la demanda desarrolla su cargo contra la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 81 del Código Civil.

### 3. Cuestiones preliminares.

#### 3.1. Aptitud de la demanda.

3.1.1. De entrada es necesario advertir que el cargo planteado en la demanda no puede extenderse a todo el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil. En efecto, a partir de la prohibición de la pena de destierro, es posible cuestionar la posibilidad de regular esta situación para efectos de establecer una idea de permanencia del domicilio civil. Sin embargo, no es posible hacer lo mismo respecto de la situación del confinado por decreto judicial, porque si bien esta situación puede ser hoy anacrónica y cuestionable por otras razones, en todo caso, a la luz del parámetro empleado en el cargo, no se puede decir que el artículo 34 de la Constitución prohíba esta pena y, por tanto, respecto de ella no se habría satisfecho el requisito de señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas, previsto en el artículo 2.2. del Decreto 2067 de 1991. La mera alusión que hace la demanda al ostracismo para referirse al destierro y al confinamiento, no es suficiente para remediar esta carencia.

3.1.2. Al no desarrollar en el concepto de la violación de la demanda, siquiera una argumentación mínima para mostrar o demostrar por qué la prohibición constitucional de la pena de destierro sería vulnerada por la pena de confinamiento. En vista de dicha circunstancia, este tribunal encuentra que, respecto de la expresión “confinado por decreto judicial a un paraje determinado”, hay ineptitud sustancial de la demanda. Por lo tanto, se inhibirá de pronunciarse sobre la exequibilidad de la misma.

3.2. Vigencia de la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional”, contenida en el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil.

3.2.1. Si bien, en cuanto atañe a la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del

territorio nacional”, contenida en el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil, la demanda tiene aptitud sustancial, antes de proceder al análisis de su constitucionalidad es menester determinar su vigencia, como se hace enseguida.

3.2.2. Es evidente que, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, la pena de destierro está prohibida expresamente por el artículo 34 de la Constitución, y que ya estaba prohibida antes por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 22.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución hacen parte del bloque de constitucionalidad. A partir de estos referentes normativos, en la Sentencia C-042 de 2004, al fijar el alcance del concepto de destierro, este tribunal puso de presente que el destierro “se refiere únicamente a la expulsión del país del cual se es nacional, mas no a la restricción de residencia en determinado lugar del mismo”[21].

3.2.3. Según la pacífica y reiterada doctrina de este tribunal, el destierro es intolerable, incluso dentro del más amplio consenso intercultural, como también es intolerable la vulneración de derecho a la vida, la tortura o la esclavitud. Por ello, la prohibición de la pena de destierro es un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva del Estado[22] y es, también, un límite a la autonomía de las comunidades indígenas[23], en tanto y en cuanto ésta no es absoluta sino que se encuentra dentro de los límites que le impongan la Constitución y la ley. La prohibición de residir en determinado lugar del territorio nacional o de acudir a él, que puede darse tanto en el contexto de la potestad punitiva del Estado[24] como en el de la autonomía de las comunidades indígenas[25], no constituye destierro.

3.2.4. Como se puso de presente al analizar el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil y su contexto, la expresión sub examine está contenida en el texto de la Ley 84 de 1873[26], sin haber sido modificada o derogada de manera expresa por otra ley. No obstante, pese a la aparente vigencia de la expresión en comento, se pudo constatar, luego de estudiar la historia legal de la pena de destierro en los cinco códigos penales que anteceden en el tiempo a la Constitución Política de 1991[27], que en la actualidad es inaplicable, por sustracción de materia, como lo puso de presente en su intervención la Universidad Externado de Colombia[28]. En efecto, la pena de destierro aparece por última vez en el Código Penal de 1890[29] y desaparece a partir del Código Penal de 1936[30].

Por lo tanto, desde esa época, al no existir la pena de destierro, no era posible establecer la idea de permanencia o fijar el domicilio civil a partir del supuesto de hecho de que el individuo se encuentre desterrado fuera del territorio nacional.

3.2.5. Al cotejar la expresión demandada con la prohibición de la pena de destierro, contenida en el artículo 34 de la Constitución, se advierte que ambas se ocupan del mismo fenómeno. En efecto, la expresión demandada alude dentro de su supuesto de hecho al desterrado, por decreto judicial, fuera del territorio nacional, y la prohibición constitucional, según lo ha precisado este tribunal de manera pacífica y reiterada, se refiere únicamente a la expulsión del país del cual se es nacional[31].

3.2.6. En vista de la anterior circunstancia, al haber una abierta, objetiva y evidente incompatibilidad entre la expresión demandada y la prohibición del artículo 34 de la Constitución, este tribunal encuentra que se configura el fenómeno de la derogatoria tácita y que, por lo mismo, dicha expresión no está vigente. A esta conclusión se debe agregar que, cómo se constató en el análisis histórico legal antecedente, la expresión demandada no está produciendo ningún efecto, incluso desde antes de la vigencia de la Constitución de 1991[32]. Así, pues, se está ante una carencia de objeto y, por lo tanto, este tribunal debe inhibirse de pronunciarse sobre la exequibilidad de la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional”, contenida en el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil.

### III. DECISIÓN.

#### RESUELVE:

Primero.- Declararse INHIBIDA por ineptitud sustancial de la demanda en relación con la expresión “confinado por decreto judicial a un paraje determinado”.

Segundo.- Declararse INHIBIDA para decidir en relación con la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional”, en virtud de su derogatoria por la Constitución de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

archívese el expediente. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA M.

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada (E)

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

A LA SENTENCIA C-631/14

NORMATIVIDAD PRECONSTITUCIONAL-Necesidad de declaratoria de inconstitucionalidad ante abierta contradicción con la Constitución Política (Aclaración de voto)

Ref. Expediente D-10097

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil

Magistrado sustanciador:

Mauricio González Cuervo

Bogotá D.C., septiembre tres (3) de dos mil catorce (2014)

No obstante que comparto la mayoría de las consideraciones y fundamentos expuestos en la sentencia C-631/14, relativos a la existencia de una evidente incompatibilidad entre la expresión normativa “o desterrado de la misma de la misma manera fuera del territorio nacional” contenida en el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil y la prohibición de imponer destierro establecida en el artículo 34 de la Constitución Política, considero que la consecuencia de ello no ha debido ser la de un fallo inhibitorio por carencia actual de objeto, debido a derogatoria efectuada por la Constitución.

A mi juicio, en esta oportunidad, la Corte ha debido proferir una decisión de fondo para expulsar del ordenamiento jurídico, de manera clara y definitiva, una disposición legal abiertamente contraria a la Constitución, mediante una declaración de inexecutable, por efecto de haberse producido una inconstitucionalidad sobreviniente de una norma anterior a la expedición de la Carta vigente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido desde un comienzo, que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no trajo consigo la derogación en bloque de la legislación preexistente, legislación que podría ser acusada de contrariar los nuevos preceptos superiores. De acuerdo con esa jurisprudencia, en caso de comprobarse una contradicción entre la ley y la Carta Política, lo procedente es retirar la norma anterior a la Carta vigente, dada su inconstitucionalidad sobreviniente.

En particular y entre otras múltiples providencias, en la sentencia C-1026/04, este Tribunal reiteró la posición sostenida en cuanto a que pese a que podría considerarse que la incompatibilidad entre una norma legal y un precepto constitucional da lugar a una derogatoria tácita de la disposición acusada, también es cierto que al no haber sido derogada de manera expresa, subsiste la posibilidad de que en una situación concreta un operador estime que la norma está vigente. Por tal motivo, en aplicación del principio de supremacía de la Constitución y por razones de seguridad jurídica, prevalece la inconstitucionalidad sobreviniente sobre la derogatoria tácita. Adicionalmente, se advierte que el juicio de constitucionalidad es un juicio de validez de la norma legal y no de existencia -vigencia- de la misma.

Al respecto, la Corte Constitucional determinó de manera contundente en la sentencia C-571/04, lo siguiente:

“Ahora bien, si la posición dominante es la que propugna por la vigencia de la legislación preexistente, la definición sobre la insubsistencia de una norma anterior que se encuentre en abierta contradicción con la Constitución, requiere necesariamente de la declaratoria de inconstitucionalidad, excluyéndose la posibilidad de dictar un fallo inhibitorio por carencia actual de objeto, ante la presunta ocurrencia del fenómeno jurídico de la derogatoria tácita.

Conforme con la línea de interpretación acogida por la Corte, cuando se genera un conflicto entre normas de distinto rango, siendo la norma superior también la posterior, en estricto sentido no se está en presencia de un caso de derogatoria tácita, sino de invalidez sobrevinida de la preceptiva inferior. Es claro que, aun cuando para resolver tal incompatibilidad convergen los dos principios *lex posterior derogat prior* y *lex superior derogat inferior*, como se anotó, razones de seguridad jurídica impone que tal antinomia se resuelva aplicando preferentemente el criterio jerárquico sobre el temporal, debiendo el intérprete autorizado proceder a declarar la invalidez de la norma que genera el conflicto.

(...)

Bajo estos supuestos, se explica entonces que el órgano de control constitucional haya optado por proferir decisión de fondo en todos los casos de confrontación entre la legislación preexistente y la Constitución del 91, excluyendo de plano el fallo inhibitorio por

derogatoria tácita cuando existe oposición objetiva entre una y otra, caso en cual lo que procede es la declaratoria de inexecutable de la respectiva norma. A juicio de la Corte, es esa la forma de garantizar a los asociados un mayor grado de certidumbre sobre los límites a la protección jurídica de sus actuaciones frente a las normas que le son aplicables, y también, la manera de reconocer el verdadero valor normativo de la Constitución, fundado en los principios de supremacía y eficacia de la Carta Política como norma de normas directamente aplicable, los cuales informan la totalidad del ordenamiento y obligan a todos los órganos del Poder Público.”

En este sentido y por las razones expuestas, aclaro mi voto en relación con la decisión inhibitoria proferida en la sentencia C- 631/14.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÈNDEZ

Magistrada (e)

SALVAMENTO Y ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-631/14

REF.: Expediente: D-10097

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 81 del Código Civil

Magistrado Ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En esta sentencia se falló en relación con una demandada presentada en contra del inciso 2º del artículo 81 del Código Civil, respecto de lo cual la Corte decidió declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda en relación con la expresión “confinado por decreto judicial a un paraje determinado”; e igualmente inhibida para decidir en relación

con la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional”, en virtud de su derogatoria por la Constitución de 1991.

La sentencia fundamenta esta decisión en que (i) encuentra ineptitud en la demanda ya que el actor se centra en la prohibición constitucional del destierro sin avanzar en la relativo a porqué sería inviable la antigua pena de confinamiento; e indica que (ii) en la Constitución de 1991 se encuentra tácitamente derogado el segmento normativo que contiene esta alusión, por la total prohibición a esta antigua pena, por lo tanto la actual falta de vigencia de esa parte de la norma implica para este Tribunal el no poder pronunciarse sobre su constitucionalidad.

2. El suscrito Magistrado no comparte las consideraciones de la parte motiva, ni la decisión adoptada por este fallo inhibitorio por presunta ineptitud sustantiva de la demanda, sino que por el contrario considero no solo que existía cargo, de manera que la Corte ha debido pronunciarse de mérito, sino que el cargo presentado ha debido prosperar, en cuanto la expresión “o desterrado de la misma manera fuera del territorio nacional”, contenida en el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil, es una norma que se encuentra vigente, y que si bien resulta anacrónica, era procedente pronunciarse de fondo sobre su inconstitucionalidad.

Así las cosas, a mi juicio en este caso se configura el fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente, en tanto la expresión demandada prevé como supuesto de hecho una situación que corresponde a una pena expresamente prohibida por la Constitución Política de 1991 en su artículo 34 Superior, en el cual se prohíbe expresamente la pena de destierro: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

En consecuencia, para este Magistrado el mandato constitucional relativo a la prohibición de la pena de destierro causaba necesariamente la inconstitucionalidad sobreviniente del aparte normativo que hacía referencia a esta pena, la cual debió ser declarada inexecutable por esta Corte.

Con fundamento en los argumentos expuestos, salvo y aclaro mi voto a la presente

sentencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-631/14

CORTE CONSTITUCIONAL-Pronunciamiento de exequibilidad en casos de conflicto entre disposición legal anterior a la Constitución y lo consagrado en ésta, lo cual presupone su vigencia o que está produciendo efectos jurídicos (Aclaración de voto)/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DISPOSICIONES PRECONSTITUCIONALES EN OPOSICION A LA CONSTITUCION DE 1991-Razones (Aclaración de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente (Aclaración de voto)/CONSTITUCION POLITICA-Control constitucional o derogatoria de ley anterior en caso de presentarse una antinomia entre ley anterior y un precepto de esta (Aclaración de voto)

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Control constitucional o derogatoria en caso de conflicto entre norma legal preconstitucional y la Constitución (Aclaración de voto)

DEMANDA CONTRA NORMA ANTERIOR CONTRARIA A LA CONSTITUCION-Consecuencia de fallo de inexecutable y cosa juzgada es similar por cuanto resulta inaplicable e inejecutable (Aclaración de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Inaplicación de la doctrina del magisterio moral (Aclaración de voto)/CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Doctrina busca delimitar el objeto del control constitucional por vía de acción a normas vigentes o no

vigentes que produzcan efectos (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10097

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 81 del Código Civil

Magistrado Ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el debido respeto aclaro el voto para exponer las razones por las cuales acompaño la decisión inhibitoria, frente a la demanda presentada contra una norma del Código Civil que se refería al destierro, institución manifiestamente erradicada del ordenamiento constitucional al menos desde la Carta del 91.

1. En el presente proceso, la Corte se inhibió de emitir un fallo de mérito sobre la base de que la norma bajo examen -cuyo contenido alude al destierro - fue derogada por la Constitución y no produce efectos, razón por la cual habría una carencia actual de objeto. Comparto esa decisión, pero quisiera aclarar que, desde mi punto de vista, esta sentencia no desmonta ni es incompatible con la jurisprudencia que ha admitido decidir de fondo acciones públicas contra normas preconstitucionales claramente contrarias a la Constitución. Lo que ocurre es que no ha habido en la jurisprudencia una postura clara y consolidada, suficientemente madura y desarrollada, en torno a lo que debe hacer la Corte cuando se enfrenta al control de una norma expedida antes de la Constitución de 1991, que sin embargo está en ostensible conflicto con lo previsto en esta última. A mi juicio, ante un escenario de esa naturaleza cabe distinguir dos hipótesis, en función de si la norma legal anterior a la Constitución de 1991 produce o tiene la vocación de producir efectos jurídicos. La decisión de la Corte cambia, según si la respuesta a esta cuestión es afirmativa o negativa.

2. La Corte Constitucional ciertamente ha sostenido que en casos de conflicto entre una disposición legal anterior a la Constitución y lo consagrado en esta, nada le impide emitir un juicio de fondo sobre la exequibilidad del precepto legislativo. En tales eventos es entonces posible pronunciarse en torno a la exequibilidad de la disposición controlada, lo cual presupone que el precepto preconstitucional se encuentre vigente o al menos produciendo

efectos jurídicos. Esta opción la ha tomado la Corte por ejemplo en la sentencia C-571 de 2004, en la cual hizo un control sobre normas que aún se referían a categorías territoriales ya sin sustento en el orden constitucional –como las intendencias y comisarías-. Estas disposiciones eran claramente extrañas al nuevo ordenamiento administrativo y político del territorio, pero la Corte dijo en síntesis que no por eso habían sido derogadas, ni era esa razón suficiente para despojar a esta Corporación de sus competencias de control sobre las mismas. El poder de controlar la constitucionalidad de disposiciones preconstitucionales en manifiesta oposición con la Carta de 1991 se fundó en estas razones:

“[...] la tesis que propugna por la vigencia de la legislación preconstitucional, amparada en los principios de seguridad jurídica y certidumbre, le otorga a la Corte plena competencia para proferir decisión de mérito respecto de tales preceptos, siendo ésta de inexecutable en todos los casos en que la ley acusada produce consecuencias contrarias a la propia Carta, es decir, cuando no es posible que coexistan la ley y la Constitución por presentarse una abierta oposición de la primera con los postulados materiales que gobiernan la segunda, dando paso a la inconstitucionalidad sobreviviente. En estos casos, los efectos de la decisión son fijados de manera privativa por el órgano de control constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que rodean la situación sometida al análisis de constitucionalidad.”

3. No obstante, esta no parece ser la única alternativa posible en el ordenamiento, tal como este ha sido entendido por la jurisprudencia. Esta Corte ha señalado que aún está vigente, y sigue produciendo efectos en el ámbito del control constitucional, el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, en virtud del cual “[l]a Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”.<sup>[33]</sup> En virtud de esta disposición, ante el caso de una clara antinomia entre una ley anterior a la Constitución y un precepto de esta última, cabe no solo efectuar un control constitucional de fondo, sino también concluir –en ocasiones como paso previo, en otras como definitivo – que ha ocurrido una derogatoria, posiblemente tácita, de la ley anterior. La misma consecuencia se obtiene a partir de una aplicación de ciertos principios generales de resolución de antinomias y de problemas de vigencia, como son los que consagran la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, y de la superior sobre la inferior. Estos principios son convenciones plausibles, positivizadas en algunos ordenamientos, que se

usan para solucionar conflictos entre normas.

4. Ahora bien, a pesar de que, según lo anterior, aparentemente hay en todos los casos de conflicto entre una norma legal preconstitucional y la Constitución una disyuntiva entre la primera de las opciones y la segunda, lo cierto es que en la propia jurisprudencia hay una doctrina que permite aclarar las hipótesis de aplicación de una y otra. Se trata de la carencia actual de objeto, en virtud de la cual la Corte debe en principio inhibirse de emitir un fallo de mérito cuando la norma bajo control se encuentra derogada y no produce efectos,[34] o es transitoria y ha perdido vigencia antes de la demanda y ha dejado de producir efectos,[35] o nunca ha producido efectos ni tiene vocación de producirlos.[36] Con fundamento en esta doctrina, una norma anterior a la Constitución que es claramente contraria a los preceptos de esta última puede ser controlada de fondo siempre y cuando haya elementos para concluir que produce efectos jurídicos. Si no es así, entonces se impone declarar la derogatoria de la disposición sometida a control, la carencia actual de objeto, y proferir un fallo inhibitorio. En este caso, lo que ocurrió fue justamente esto último, y por ese motivo la Corte se inhibió.

5. Es cierto que la Corte ha invocado importantes principios constitucionales para fallar de fondo demandas contra normas anteriores a la Constitución que contrarían clara y ostensiblemente lo dispuesto en esta última. La seguridad jurídica y la certidumbre en torno a las normas válidas dentro del ordenamiento, son dos principios que parecen aconsejar la expedición de una sentencia de inexecutableidad (de mérito). Al expulsar definitivamente la norma del ordenamiento, se asegura que esta no pueda aplicarse y se evitan así disputas al respecto. En esa medida, un fallo de fondo parece una opción mejor que un pronunciamiento inhibitorio. No obstante, lo cierto es que incluso una decisión de la Corte en la cual declare la derogatoria (así sea tácita) de una ley por parte de la Constitución, en tanto presupone una contradicción manifiesta entre el precepto legal y el texto superior, también presta una contribución positiva igual de importante a la satisfacción de la seguridad y la certeza jurídicas. Una sentencia de esa naturaleza señala precisamente que la norma legislativa es contraria al orden constitucional, y en virtud del artículo 4 Superior debe inaplicarse. La consecuencia de un fallo de esa clase es entonces similar, en sus proyecciones sociales, a la cosa juzgada a la cual hace tránsito una sentencia de inexecutableidad por razones de fondo. En ambos eventos, la sociedad entiende que un contenido normativo como el que se considera derogado es incompatible con el orden

constitucional y, por lo mismo, que resulta inejecutable.

6. Declarar la carencia actual de objeto no supone entonces un sacrificio relevante para la seguridad y certeza jurídicas. En contraste, sí tiene un buen efecto en la optimización de los recursos necesarios para adelantar un control adecuado de constitucionalidad, en tanto impide que todo el pasado constitucional de la República se convierta en una pesada e innecesaria carga para los jueces del presente. La Corte Constitucional, lo mismo que la Corte Suprema de Justicia en su momento, desechó desde muy temprano la doctrina del magisterio moral.[37] En virtud de esta, le correspondería al guardián de la Carta pronunciarse sobre la constitucionalidad de todas las normas demandadas - estén o no vigentes, produzcan efectos o no-, con lo cual habría un enorme universo de normas potencialmente controlables, integrado por la totalidad de las disposiciones legislativas expedidas al menos en la época republicana. La decisión de no acoger tal postura tiene un doble fin: darles un manejo óptimo a los recursos y al talento humano, sin sacrificar al tiempo la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución. La Corte limita entonces los fallos de mérito a las acciones contra normas que presenten amenazas reales y latentes contra la vigencia del ordenamiento constitucional. La doctrina de la carencia actual de objeto, por medio de la cual se busca delimitar el objeto del control constitucional por vía de acción a las normas vigentes, o no vigentes que produzcan efectos, cumple con ambos propósitos de manera adecuada.

En este caso la Corte la aplicó, a mi juicio de forma correcta, y por lo mismo suscribí el fallo.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Este texto puede consultarse en:  
[http://www.bdigital.unal.edu.co/6835/60/libro1ro.\\_de\\_las\\_personas\\_pte.1.pdf](http://www.bdigital.unal.edu.co/6835/60/libro1ro._de_las_personas_pte.1.pdf)

[2] Esta ley puede consultarse en la Recopilación de Leyes de la Nueva Granada, cuya edición más reciente fue hecha por la Academia Colombiana de Jurisprudencia en el año

2012. El texto de la edición original se puede consultar en <http://www.bdigital.unal.edu.co/5729/>

[3] Art. 54. El reo condenado a espulsion del territorio de la República, será conducido en calidad de preso hasta ponerlo fuera de él.

[4] Art. 55. La espulsion del territorio de la República nunca podrá pasar de quince años.

[5] Art. 56. El sentenciado a confinamiento de un distrito parroquial, canton o provincia determinada, será enviado a la autoridad local respectiva, a la cual deberá noticiar su habitacion i modo de vivir, i no podrá salir del lugar señalado para el confinamiento.

[6] Art. 57. El que fuere condenado a destierro de un lugar o distrito determinado, será sacado de alli en calidad de preso, i en sus límites se le pondrá en libertad.

[7] El texto original de la Ley 112 de 1873 se puede consultar en <http://www.bdigital.unal.edu.co/5716/>

[8] Art. 45. El reo condenado a espulsion del territorio de la República, será conducido en calidad de preso hasta ponerlo fuera de él.

[9] Art. 46. La espulsion del territorio de la República nunca podrá pasar de diez años.

[10] Art. 47. El confinamiento no podrá pasar de cinco años.

[12] Art. 49. El que fuere condenado a destierro en un lugar o distrito determinado, será sacado de allí en calidad de preso, i en sus límites se le pondrá en libertad.

[13] El texto original de la Ley 19 de 1890 se puede consultar en <http://www.bdigital.unal.edu.co/5673/>

[14] Art. 68. El condenado a destierro será conducido fuera de la circunscripción territorial respectiva, y allí se le dejará en libertad.

Puede omitirse la custodia, si da fianza de salir del territorio y enviar prueba de ello para agregar a los autos.

Si se tratare de un menor de diez y ocho años, y de destierro fuera del país, se cambiará la pena por confinamiento en el lugar que el Juez crea conveniente, y por igual tiempo.

[15] *Ibíd.*

[16] Art. 69. La pena de destierro por un solo delito, no puede exceder de veinte años.

[17] Art. 72. Cuando por un solo delito deban imponerse más de veinte años de destierro, el resto se sufrirá en confinamiento en un lugar distante quince miriámetros, por lo menos, del en que se cometió el delito.

[18] Art. 70. El sentenciado a confinamiento será enviado a la autoridad local respectiva, a la cual deberá noticiar su habitación y modo de vivir, y no podrá salir del lugar señalado para el confinamiento.

Si el confinado diere fianza de trasladarse al lugar del confinamiento, se prescindirá de enviarlo custodiado.

[19] Este texto se toma de la primera edición editada, concordada y anotada por José Antonio Archila del Código Penal de 1936, publicada en Bogotá en 1938, por la Editorial Cromos.

[20] Esta situación se mantiene en la Ley 599 del 24 de julio de 2000, que es el actual Código Penal, y que tampoco prevé entre sus penas principales el destierro y el confinamiento, sino que se limita a enunciar, en su artículo 35, como penas “la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial”.

[21] Cfr. Sentencias T-523 de 1997, C-110 de 2000 y C-046 de 2001.

[22] Cfr. Sentencias C-013 de 1997, C-840 de 2000, C-034 de 2005, C-468 y C-853 de 2009.

[23] Cfr. Sentencias SU-510 de 1998, T-030 de 2000, T-048 de 2002, T-1253 de 2008, C-882 de 2011, T-001 de 2012 y T-659 de 2013.

[24] Cfr. Sentencias C-110 de 2000 y C-046 de 2001.

[25] Cfr. Sentencias T-254 de 1994, T-523 de 1997 y T-1294 de 2005.

[27] Supra II, 2.2.

[28] Supra I, 3.1.

[29] Supra II, 2.2.3.

[30] Supra II, 2.2.4.

[31] Supra II, 3.2.2. y 3.2.3.

[32] Supra II, 3.2.4.

[33] Sentencia C-014 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón. Unánime). En esa ocasión dijo la Corte: “por las razones aducidas, la regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia. Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9o de la ley 153 de 1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto”.

[34] Sentencia C-505 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero. Unánime). La Corte se inhibió entonces de emitir un fallo de fondo, porque la norma demandada había sido derogada y no estaba produciendo efectos. En contraste, en la sentencia C-194 de 1995 (MP. José Gregorio Hernández Galindo. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte se pronunció de fondo sobre normas modificadas por otras, que producían efectos al momento del juicio de constitucionalidad.

[35] Autos 169 de 2005 y 266 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis). En ambos, la Corte confirmó autos de rechazo de acciones interpuestas contra una norma con carácter transitorio. El rechazo se fundaba en que la norma había dejado de surtir efectos. La Sala Plena de la Corporación ratificó el auto de rechazo, no sólo porque la norma atacada había

perdido vigencia, sino también porque no producía efectos.

[36] Auto 073 de 2013. Sala Plena de la Corte Constitucional. Confirmó un auto de rechazo de una acción pública de inconstitucionalidad, dirigida contra un proyecto de reforma constitucional, que nunca había producido efectos jurídicos, ni tenía vocación de producirlos en el futuro.

[37] Sentencia C-467 de 1993 (MP Carlos Gaviria Díaz).