

UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **Legítima Rigurosa**

## **Un legado cuestionable**

**María Alejandra López Hernández**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales  
Departamento de derecho  
Bogotá, Colombia  
2020

# **Legítima Rigurosa**

## **Un legado cuestionable**

**María Alejandra López Hernández**

Tesis de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título de:

**Maestría en Derecho de Familia**

Director (a):

**Luis Arturo Suárez Pacheco**

Línea de Investigación:

Maestría en Derecho de Familia

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales  
Departamento de derecho  
Bogotá, Colombia  
2020

## **RESUMEN**

Es el principio de la autonomía de la voluntad y por tal, el de la libertad dispositiva, uno de los principios más relevantes en el derecho privado, pues es en los mismos, que el derecho privado sienta las bases para constituir normas jurídicas que le sean concordantes. Sin embargo, existen límites a dichos principios y derechos, que permean las diferentes especialidades derivadas del derecho privado, lo que en teoría no generaría conflicto alguno siempre que se encuentren debidamente justificadas; sin embargo, en lo que respecta al derecho sucesorio, se establece una institución denominada Legítima Rigurosa, que pareciera responder a un respeto irrefragable y melancólico de una historia jurídica ajena, que en absoluto responde al contexto socio cultural y jurídico colombiano, motivo por el cual carece de fundamentos reales que le permitan delimitar derechos tan importantes como la libertad dispositiva del testador.

**Palabras clave: Legítima Rigurosa, Asignaciones Forzosas, Libertad Testamentaria, Sucesiones.**

## **ABSTRACT**

It is the principle of the autonomy of the will and thus that of freedom of operative freedom, one of the most relevant principles in relation to private law, since it is in them that private law lays the foundations for constituting legal rules that are Concordant. However, there are limits to those principles and rights, which permeate the different specialties derived from private law, which in theory would not generate any conflict as long as they are duly justified; however, with regard to inheritance law, an institution called Legítima Rigorous is established, which seems to respond to an irrepressible and melancholy respect for a legal history of others, which in no way responds to the socio-cultural context and And thereby, it lacks real grounds for delimiting rights as important as the pro-operative freedom of the testator

**Keywords: Rigorous Legítimate, Forced Assignments, Testamentary freedom, Succession.**

## Contenido

RESUMEN .....	3
LISTA DE TABLAS .....	7
INTRODUCCIÓN .....	8
I. PRIMER CAPITULO.....	10
SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.....	10
1. De la Sucesión por Causa de Muerte.....	10
1.1. Antecedentes del derecho Sucesorio .....	13
1.1.1. Sucesiones en el Derecho Germano y en el Derecho Romano.....	14
1.1.2. Proyecto de código civil en Latinoamérica.....	19
1.2. El derecho sucesorio en el Código civil de Colombia .....	22
1.2.1. Antecedentes .....	22
1.2.2. Regulación Actual en ordenamiento jurídico colombiano.....	25
1.3. Sistemas Sucesorios .....	28
1.3.1. Sistema de Libertad Testamentaria.....	29
Libre disposición en el derecho comparado Latinoamericano .....	29
1.3.2. Sistema de Freno o de Libertad restrictiva de testar .....	38
II. SEGUNDO CAPITULO.....	42
SISTEMA SUCESORIO COLOMBIANO .....	42
2.1. Sistema Sucesorio en Colombia.....	42
2.1.1. Normas en materia de Derecho Sucesorio .....	44
2.1.2. Clasificación de las sucesiones .....	46
2.2. Sistema Sucesorio de Colombia y el Código Civil Colombiano. ....	63
Antes de la Reforma de la Ley 1934 de 2018 y los Fundamentos de la Corte Constitucional. 63	
2.3. Reforma de la Ley 1934 de 2018. ....	69
De un sistema de Legítima con Mejora, a un sistema de Legítima Fija. ....	69
III. TERCER CAPITULO. ....	76
DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS.....	76
3.1. De los alimentos como asignación Forzosa .....	76
3.1.1. Naturaleza Jurídica y caracterización de la obligación alimentaria.....	77
3.1.2. Los alimentos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	81

3.1.3. Los titulares del derecho Alimentos en el Código Civil Colombiano .....	84
3.2. De la porción Conyugal como asignación forzosa.....	84
3.2.1. Naturaleza Jurídica y caracterización de la porción conyugal.....	85
3.2.2. La porción Conyugal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano .....	88
3.2.3. Los titulares de la porción conyugal en el Código Civil Colombiano.....	90
3.3. De la Legítima como asignación forzosa .....	91
3.3.1. Naturaleza Jurídica y caracterización de la legítima rigurosa .....	91
3.3.2. Antecedentes históricos de la legítima rigurosa.....	93
3.3.3. Andrés Bello y la Legítima Rigurosa.....	98
IV. CUARTO CAPITULO. ....	100
LA LEGÍTIMA RIGUROSA. Un legado cuestionable. 4.1. La Legítima rigurosa y el Derecho Colombiano	100
4.1.1. La Legítima en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	102
4.1.2. De la Ley 1934 de 2018. Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano.....	106
4.2. Otras formas de trasferir el dominio y contravenciones a la legítima rigurosa.....	112
COROLARIO. ....	116

## LISTA DE TABLAS

<b>Tabla 1</b> .....	51
<b>Tabla 2</b> .....	53
<b>Tabla 3</b> .....	109

## INTRODUCCIÓN

La libertad dispositiva es en efecto, uno de los fundamentos sobre los cuales se instituyen los actos jurídicos que dentro de la amalgama de escenarios del derecho privado pueden desarrollarse; por lo que se presumiría sin más reparo, que ésta actúa como génesis en los actos inter vivos, estipulaciones post mortem (libertad dispositiva *mortis causa*), entre otros.

No obstante, al revisar por ejemplo, los preceptos legales que sobre la sucesión testamentaria se establecen a partir del Libro Tercero, Título III del Código Civil colombiano, queda claro que la libertad dispositiva *mortis causa* de quien será considerado como el *de cuius*, se encuentra infranqueablemente limitada por el legislador, al punto que las disposiciones testamentarias que en vida el causante estableció, pueden reformarse (Código Civil, 1887) abruptamente cuando procedan las circunstancias constitutivas de la sucesión en primer o segundo orden hereditario y se prescinda de lo que aquí será el objeto de estudio, esto es, las asignaciones forzosas, especialmente la legítima rigurosa.

En el primer orden hereditario (es decir, cuando concurren descendientes del causante a la sucesión) y hasta antes de la Ley 1934 de 2018 (por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano), se acaparaban por el legislador tres cuartas ( $\frac{3}{4}$ ) partes de la masa hereditaria –por la existencia de la legítima rigurosa (aún vigente) y la cuarta de mejoras - de las que no se podían disponer en acto testamentario alguno, pues en caso contrario, se reformaría (y reforma aún) en miras a respetar aquellas asignaciones forzosas; por su parte, en el segundo orden hereditario (es decir, cuando concurren los ascendientes– padres, abuelos, bisabuelos, entre otros- a la sucesión) será reservada la mitad ( $\frac{1}{2}$ ) de la masa hereditaria, por concepto de legítimas rigurosas; todo ello incluso contrariando la voluntad expresa del testador, a quien en últimas le posibilitan vagamente y a costa de éste, el desheredamiento, siempre que converjan las escasas causales de ley (Código Civil, 1887, art. 1266).

Este contexto, es sin duda un caldo de cultivo para la constitución de disputas de todo tipo, pues como lo señala Carlos Lasarte en su texto intitulado *Derecho de Sucesiones*, la incuestionable confrontación entre las asignaciones forzosas como la legítima y la libertad testamentaria “hace que, en cualquier momento histórico, dicha cuestión se haya planteado como una decisión básica de la política jurídica” (Lasarte, 2011, p. 188).

Cabe indicar que los límites impuestos por el legislador no pueden soslayar el debate merecido en este tema, pues la libertad dispositiva *mortis causa* es evidentemente restringida por la noma civil, y los cuestionamientos que de esta circunstancia surgen, no pueden ser zanjados de manera superflua, pues de lo contrario los preceptos que emerjan de la libertad de configuración legislativa no tendrían mayor control que el de su propio querer.

Indubitable importancia comporta entonces, el estudio que nos proponemos, pues como lo expreso Torres García:

Toda investigación sobre la legítima debe replantearse teniendo en cuenta la voluntad del testador máxime en un sistema como el nuestro donde ésta se dice actúa como un freno a la libertad dispositiva del causante y aunque sea sin querer acotar a cuál de los actos atribuye este freno sin duda estos no se reducen a los *mortis causa* vía testamento (...) **sino que se extiende también a los de título gratuito inter vivos** (Torres, 2012, p. 21) (Negrilla fuera de texto original).

Así, el presente trabajo de investigación se propone aportar al debate que se desarrolla frente a la evidente tensión entre la libertad testamentaria y el modelo de restricción testamentaria (de legítimas); partiendo de los antecedentes históricos de esta última, de su implementación y desarrollo en Colombia, enfatizando además en el trámite y resultado de la reciente norma por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano, la Ley 1934 de 2018 (norma que además, fue expedida con posterioridad a la iniciación del presente trabajo), todo con un último fin, determinar si los fundamentos jurídicos del sistema de legítimas en Colombia son suficientes para justificar la limitación de la libertad dispositiva del testador.

Cabe resaltar que éste proyecto se realiza para optar por el título de Magister en Derecho de Familia; la metodología utilizada es la recolección y análisis de libros y normas que tratan la materia en Colombia y países vecinos, así como los pronunciamientos de las altas cortes colombianas.

## **I. PRIMER CAPITULO.**

### **SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE**

En el presente acápite trataré lo relativo a la sucesión como modo derivativo de adquirir el dominio que por tal solo puede darse por causa de muerte, ya que de modo contrario (ejm. Partición en vida), sería considerada una tradición, estimada ésta como un “modo de adquirir [el dominio] entre vivos” (Aguado, 2001, p. 8). De manera que a lo largo del mismo, me referiré únicamente a la sucesión (sin el “por causa de muerte”, en la medida que se sobrentiende), no en el sentido amplio que podría suponerse como “todo cambio de sujeto en una relación jurídica” (Verbel, 2007, p. 25) -sentido que abordaremos inicialmente y de manera genérica-, sino en el estricto sentido de la sucesión por causa de muerte.

#### **1. De la Sucesión por Causa de Muerte.**

Suceder, puede ser entendido epistemológicamente como la sustitución que se realiza de una persona a otra en cuanto a la “titularidad de una determinada relación” (Mora, 2014, p. 7); así, como lo indica Gete-Alonso (2011, p. 73), la sucesión “provoca la modificación del elemento subjetivo de la relación sin que se produzca la novación extintiva; solo la meramente modificativa”. Es decir, la Sucesión implica una subrogación de una persona (heredero o legatario) por otra (el causante), frente a determinados bienes y derechos transferibles, con ocasión a la muerte del segundo, sin reparo de que se generen nuevas relaciones jurídicas; así entonces, puede ser considerado como un modo derivativo, a título universal, mortis causa.

Fallecida una persona, su patrimonio no desaparece ni se extingue sino que se transmite a sus herederos, quienes por delación de la herencia, se sustituyen al difunto en sus relaciones jurídicas y adquieren un derecho real y posición legal sobre ese patrimonio, considerado como una universalidad jurídica. (Mora, 2014, p. 14)

El suceder puede entenderse entonces, como la circunstancia en la que una persona (heredero) sustituye a un tercero (causante) una vez sobrevenga la muerte de éste último, adquiriendo los derechos reales (pues la sucesión recae sobre el ~~patrimonio del causante~~) que en él mismo se constituían; es por eso que la sucesión puede ser entendida como un modo derivativo de adquirir el dominio por causa de muerte, en la medida que el dominio “no nace espontáneamente para el asignatario sino que se

transmite del causante al heredero o legatario” (Aguado, 2001, p. 7), esto es, el derecho se deriva del que se constituía en el causante.

Sin embargo y a pesar de la claridad que las afirmaciones anteriores nos permiten frente al tema de la sucesión, resulta del todo interesante incursionar en los motivos (así sea de manera general) que dan paso a la creación y desarrollo de esta figura, pues los mismos podrían llegar a explicar los fundamentos que dan pie a la inmersión de la legítima rigurosa en el derecho civil colombiano; para esto, vale la pena empezar refiriendo lo que Andrea Zoppini en su texto *Las Sucesiones en el derecho comparado* señaló a la luz de los antecedentes históricos del derecho de sucesiones, pues acertadamente indicó:

Las reglas de la sucesión se insertan en el código genético de toda sociedad y permiten la auto perpetuación (...) En efecto, es posible comprobar en el plano histórico, así como en términos socio-culturales, una considerable variación (...) [en las] modalidades de la sucesión hereditaria (Zoppini, 2013, p. 71)

Dejando entrever, que la sucesión se encuentra sujeta a una realidad social específica, que le da origen y un desarrollo determinado; no obstante e incluso cuando las coyunturas heterogéneas puedan significar una diversidad de sistemas sucesorales diferentes, todos los sistemas responden a lo mismo, a “la necesidad de garantizar la continuación de la existencia de las ~~relaciones jurídicas~~ de una determinada persona tras su muerte con el objeto de que no se vea afectado negativamente el tráfico jurídico” (Gete-Alonso, 2011, p. 74), es decir, a la seguridad jurídica de las relaciones patrimoniales; y es que como Ramiro Rodríguez López (2012) señaló en su texto *Las Sucesiones en el Siglo XXI*, la necesidad de establecer un marco de distribución de bienes, una vez sobrevenga el fallecimiento de una persona determinada, ha sido una de las causas principales de la configuración de varias instituciones jurídicas, aún incluso, mucho antes del derecho romano, al punto tal que, como lo aseguró el autor, en Egipto<sup>1</sup> y Babilonia ya los hijos participaban, por cabezas, en la herencia de sus progenitores.

En este sentido, queda claro que las normas contentivas del régimen sucesorio, responden a la necesidad de mantener incólume las relaciones jurídicas (patrimoniales) de las que el causante era

---

<sup>1</sup> “En Egipto, fruto de la idea absoluta de copropiedad familiar, que rigió probablemente hasta los tiempos de Darío I, imperaba la igualdad perfecta entre todas las personas llamadas a la sucesión. De este modo, dado que existía el derecho de representación, los hijos y descendientes heredaban por estirpes partes totalmente iguales” (Madriñán, 2008, p.16)

titular; en otras palabras y a modo de resumen de lo dicho, el derecho sucesorio resulta siendo una institución con propósitos regulatorios sobre la situación jurídicopatrimonial del causante, por lo que resulta claro que asume fundamentos del derecho privado y, en especial, lo correspondiente a la propiedad privada, de la cual resulta ser su extensión, tal como lo aseguró Gete-Alonso, quien indicó además que son heredables “todos los bienes susceptibles de dominio y también los bienes de producción en un ordenamiento en que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”(Gete-Alonso, 2011, p. 73).

En este sentido, se pensaría que el sistema sucesorio parte de la autonomía de la libertad y de la libertad dispositiva misma de las personas, frente a las relaciones jurídico patrimoniales que se constituyen a su nombre, en la medida que, como ya lo aseguramos, apalea al derecho privado y por tal, a sus principios. Sin embargo y tal como lo manifiesta Andrea Zoppini (2013) al desarrollar el tema en comentario, el análisis en diversos contextos (incluyendo el colombiano) se ha realizado desde dos puntos de vista, a saber, la propiedad, por un lado, y la familia, por el otro.

**La propiedad**, porque “no puede ponerse en duda que la referencia a la propiedad constituya un dato indispensable para comprender la evolución histórica del derecho de las sucesiones” (Zoppini ,2013, p. 87) y **la familia**, en la medida que, como lo señala Zoppini, existen por lo menos cuatro modelos sucesorios que pueden llegar a establecerse en relación de las diferentes legislaciones nacionales, partiendo de aquella institución: i) La sucesión familiar y no propietaria; ii) La sucesión que no es ni familiar ni propietaria; iii) La sucesión propietaria y “no familiar” (En el caso de Inglaterra, en donde existe plena libertad testamentaria) y por último, iv) la sucesión conjunta (“familiar” y propietaria), del cual Colombia es un ejemplo claro.

Frente a la propiedad y su relación indubitable con el derecho sucesorio, no existe mayor reparo. Quedó expuesto ya, que la última se nutre de la primera, que podría resultar siendo determinada como la piedra angular del derecho sucesorio, al punto tal que para hablar de sucesión se requiere de un causante, de unos herederos y de un patrimonio; sin embargo, el problema surge cuando se hace referencia a la familia, pues este concepto resulta tan amplio como ambiguo. Fijar una institución que pretende prever seguridad jurídica a las relaciones jurídico-patrimoniales, con la institución familiar (limitadamente concebida en Colombia) resulta problemático y aún más, cuando concurren instituciones

aparentemente acrónicas, como es el caso de la legítima rigurosa que, como veremos, parte de una concepción de familia tradicional<sup>2</sup>.

### 1.1. Antecedentes del derecho Sucesorio

Para empezar el estudio de la legítima rigurosa como asignación forzosa, es necesario realizar una exposición general del desarrollo histórico del derecho de sucesión. Recordamos al lector que incluso cuando los antecedentes del derecho sucesorio son aún más antiguos que el del derecho Romano, como bien queda evidenciado en el texto intitulado *Las Sucesiones en el Siglo XXI* de autoría de Ramiro Rodríguez López (2012), la intención del acápite que nos proponemos a desarrollar ahora, es la de realizar una descripción generalizada de los antecedentes del derecho sucesorio en el marco de la construcción del derecho de sucesiones en Colombia, motivo por el cual se abarcaran únicamente los antecedentes del Derecho Germano y del Derecho Romano a modo de comparación, haciendo énfasis en este último por ser antecesor del nuestro.

Así mismo, se efectuará una breve exposición sobre el código de Napoleón y su inmersión en la obra de Andrés Bello, para referir por último al proyecto de código civil en Latinoamérica. Cabe aclarar que la idea de exponer los antecedentes del derecho sucesorio que hoy ocupa lugar en el ordenamiento jurídico colombiano, no se hace con motivos distintos al de hallar fundamento actual de la legítima rigurosa, pues como lo señaló Manuel Espejo Lerdo:

Lo más peligroso a la hora de profundizar en una materia sucesoria es dejarse llevar por la inercia histórica que tienen todas sus instituciones, pues este defecto de planteamiento puede conducir a la aceptación de soluciones acuñadas tradicionalmente, sin advertir que estas conclusiones podrían provenir de sistemas legales no exactamente concordantes con el que hoy se contempla. (Espejo, 1996, p. 54)

Es por ello, que la descripción de los antecedentes históricos del derecho sucesorio, se realizará de manera general y breve, atendiendo la necesidad expositiva requerida para comprender los capítulos

---

<sup>2</sup> Al respecto, me permito citar a Galvis (2011), quien señala acertadamente: “Empezamos por la desacralización de los vínculos en la composición de las familias. La mirada de la familia, desde la perspectiva de los derechos, le otorga un carácter civil a su estructura, a los vínculos, a los espacios ocupados por ellas. **Las relaciones intrafamiliares están reguladas por el orden jurídico y no por los mandatos de la religión.** Ésta es la primera puerta para el ingreso de la **democracia en la familia.** (Galvis, 2011, p.106) (negrilla fuera de texto original)

posteriores que se relacionan con el derecho sucesorio colombiano, y especialmente con la constitución de las legítimas, como asignación forzosa que limita el derecho dispositivo del testador.

### **1.1.1. Sucesiones en el Derecho Germano y en el Derecho Romano**

La distinción entre el derecho germano y el derecho romano, podría hacerse evidente por cuestiones de ubicación geográfica y por la raíz misma del lenguaje, sin embargo y como se anotará, en términos de derecho de sucesiones, ambos sistemas la entienden como la sustitución del causante por parte de un tercero frente a, entre otras cosas, las relaciones jurídico patrimoniales; incluso, claro está, cuando la regulación diste un tanto entre cada uno de los orígenes (Romano y Germano), en términos de construcción y manejo de la institución sucesoria.

Cabe señalar, que mayor descripción se realizará frente a lo relacionado con el Derecho Romano, pues es uno de los antecedentes más importantes del derecho privado colombiano, y evidentemente del derecho sucesorio.

#### **1.1.1.1. Sucesiones en el Derecho Germano**

En los inicios del derecho sucesorio germano se anulaba la posibilidad de disposición de los bienes *mortis causa* (y también en vida) por parte del jefe familiar (*Hausvater*), en la medida que no existía la posibilidad de realizar un testamento por parte del causante, puesto que el conjunto de bienes (por lo menos, los de relevancia económica), eran *per se*, del núcleo familiar.

El jefe familiar (*Hausvater*) había de limitarse a detentar, eso sí vitaliciamente, la *Gewere* sobre los bienes familiares, siendo sustituido a su muerte por otro *Hausvater*, pero careciendo de posibilidad de destinación *mortis causa* del patrimonio familiar. (Lasarte, 2011, p. 189)

Es decir, incluso cuando el jefe familiar (*Hausvater*) ostentaba la *Gewere*<sup>3</sup>, es decir, la investidura o presunción a su favor sobre los bienes inmuebles o de ostensible importancia patrimonial, él no podía, en inicio, disponer de aquellos, pues dicha titularidad era relevada de un *Hausvater* a otro *Hausvater*,

---

<sup>3</sup> Esto es, la “presunción de existencia del derecho por ella exteriorizado, protegiéndose al que la ostenta como si realmente fuera titular, con una situación que puede explicarse como de legitimación respecto al derecho real” (Díez-Picazo, 1996, p.540, 541)

quien a la muerte del primero, proseguiría a ostentar dicha *Gewere* (figura que se asemeja a la posesión).

Tal fue la limitación del derecho dispositivo del patrimonio *post mortem* que, como asegura Ossorio (2001, p. 13), la idea de copropiedad familiar y la idea de la sucesión como una institución de carácter propiamente familiar, “dificultó y retrasó extraordinariamente la introducción del testamento”, al punto tal que se caracteriza al derecho germano, como carente de testamento, en contraposición con la costumbre romana.

Sin embargo y como es elemental, el modelo no fue sostenible, y como asegura Lasarte (2011, p. 189) “con el paso del tiempo y de forma paulatina, fueros y costumbres medievales empiezan a introducir en la matriz germánica la facultad de disposición a favor del causante”, desarrollo que requerirá en estudio diferente, todo el análisis del caso.

Ahora, la importancia de la breve descripción de los antecedentes del derecho sucesorio germano parte de lo siguiente: el derecho sucesorio romano ostenta antecedentes, no del todo diferentes con el germano, pues como lo señala Lasarte (2011, p. 189), el derecho romano partió, “conforme a las ideas sociopolíticas que le servían de fundamento” del principio de la continuidad familiar para, posteriormente darle entrada a la libertad testamentaria absoluta por parte del *pater familias*, quien podía disponer como bien deseara de su patrimonio, y finalmente darle paso a la limitación de ésta con la constitución de instituciones romanas que referiremos en acápite posterior.

En este sentido, el interés de mantener incólume relaciones familiares tradicionales no es una idea únicamente del Derecho Romano, sino que además se desarrolla, como lo vimos, en otras tradiciones jurídicas; lo que evidentemente no implica que la restricción testamentaria se encuentre plenamente justificada en la historia de la humanidad, pero si evidencia la importancia que comportó (y tal vez, comporta) la acepción personal y patrimonial de la herencia.

#### **1.1.1.2. Sucesiones en el Derecho Romano**

Como se manifestó con antelación, en el derecho romano la sucesión también se manifestaba como una manera de continuar “la personalidad del causante que a la repartición de sus bienes”

(Rodríguez,2012, p. 37)<sup>4</sup>; así bien, los herederos a título universal, eran continuadores de la personalidad del *de cuius*, teniendo tal institución, como lo afirma Rodríguez (2012, p. 37) una connotación eminentemente religiosa y familiar; es por eso además, que se afirma que el derecho sucesorio romano, en su forma más primitiva, fue la sucesión legítima<sup>5</sup>.

En este sentido, el heredero no solo sucedía el patrimonio del causante, sino que además, sucedía los atributos esenciales de la personalidad del mismo, “representándolo y ocupando su misma situación jurídica” (Rodríguez, 2012, p. 37); lo que pronto significó implicaciones evidentes como que la condición de heredero era irrevocable, y que éste (el heredero) heredaba el patrimonio del *de cuius* con todos sus privilegios y vicios, generando en ocasiones confusión de patrimonios, pues apenas fallecía el causante, su patrimonio y el de su heredero serían el mismo, tanto en lo relativo a los bienes (activos), como en las deudas (pasivos).

Durante el conocido como período arcaico (...) el heredero (...) era, ante todo, un **continuador en la personalidad del causante**, que se erigía como nuevo cabeza de familia a través de una sucesión, desprovista de carácter patrimonial, en la jefatura doméstica del clan familiar agnaticio, asumiendo todos los deberes del difunto y, señaladamente, dando cumplimiento las obligaciones del culto familiar. (Barria, 2013, p. 55) (Negrilla fuera de texto original)

Nótese la importancia que la sucesión representaba en el derecho sucesorio latino desde el punto de vista de la continuación de la personalidad del causante, más allá del sentido netamente patrimonial, que pudiera llegar a concurrir en dicho proceso; al punto que, como señala Ribas-Alba en Barrio (2012, p. 44), “El derecho romano sucesorio nació marcado por la idea de perpetuación del culto sucesorio por la idea de perpetuación del culto familiar”; idea que coadyuva Castán Tobeñas en Barrio (2012, p. 44) en los siguiente términos: “La sucesión mortis causa en sus formas primitivas, va asociada a la realidad de la familia, a las exigencias de su perdurabilidad y continuación y a las necesidades del culto doméstico”, culto que, como Yuval Noah Harari (2015) indica en el libro intitulado “De animales a dioses” sería un elemento determinante para la formación misma de la familia, como ficción legal.

---

<sup>4</sup> Lafont (2019) también indica que “la sucesión (...) para el derecho romano fue aquel fenómeno que conlleva la sustitución de uno o varios sujetos por otro u otros ocasionado por un acto entre vivos (...) o por el hecho de la muerte (...) con lo cual se trasfiere directa (...) o indirectamente (...) un bien (...) [o] una universalidad” (p. 12)

<sup>5</sup> “Solo más tarde se reconoció la posibilidad de disponer *mortis causa* por testamento” (Ossorio,2001,p.13)

El derecho sucesorio romano, se encontró marcado desde tiempos remotos por una fuerte tendencia religiosa y familiar, al punto que erigió una forma de sustituir, no solo en las relaciones jurídico patrimoniales, al causante en su propia persona, en la medida que “el heredero sucedía al difunto no solamente en sus bienes, sino también en los atributos esenciales de su personalidad, representándolo y ocupando su misma situación jurídica” (Valencia Zea en Rodríguez, 2012, p. 37), es por tal, que como aseguran Cardona (2004) y Valencia Zea en Rodríguez (2012), dicha institución tendría una connotación más familiar y religiosa que patrimonial.

Sin embargo, una vez finalizado éste primer período que se desarrolló desde el siglo VIII A.C. hasta finales del siglo IV A.C.<sup>6</sup> y con la enajenación de algunos de los poderes políticos del *paterfamilias* a la *civitas*, la costumbre antes descrita, que pretendía de una u otra manera la continuidad personal del *de cuius* en cabeza del heredero que ocuparía su lugar en todas las relaciones jurídicas y personales-familiares, se vio alterada por la creación paulatina de sociedades domésticas, pues con la muerte del jefe familiar, surgía el *consortium mercatorum*, “una comunidad constituida con los bienes del *pater*” (Colmenares, 2017, p. 236), con lo que podían constituirse tantos grupos como *filiifamilias* surgieran con el causante; sin embargo, en estas nuevas estructuras familiares, el *paterfamilias*<sup>7</sup>, seguiría siendo quien ejercía su poder sobre la descendencia masculina (y los miembros de la familia en general), además de ser el titular de los bienes familiares.

No obstante, para el siglo V a.C., la creación y desarrollo de las XII tablas y la entrada en el Segundo período desde el siglo III a.C. hasta mitad del siglo III d.C., se generó un giro interesante en la historia del derecho romano en relación con las sucesiones, pues el mismo permeó el acto testamentario de libertad dispositiva, que además ya no se encontró sujeta necesariamente, a las relaciones familiares y al culto familiar. En este sentido, el testador tenía la posibilidad de disponer del futuro *post mortem* de su patrimonio, y asignar como herederos o a familiares –invariables herederos en la sucesión intestada- o a persona diferente, siempre que contara con la capacidad de hacerlo *-testamenti factio-*. A lo anterior se sumó que con el tiempo las mujeres liberadas, los *filiifamilias* y los esclavos, tuvieron la posibilidad

---

<sup>6</sup> La época *precívica*, se caracteriza entre otras cosas, porque la familia *communi iure* (el grupo agnaticio), “concentraba los poderes políticos, religiosos y jurídicos en cabeza de su jefe (*paterfamilias*), quien en virtud de dichas potestades casi absolutas al interior del órgano, designaba antes de morir a uno de sus descendientes como sucesor, de acuerdo con sus aptitudes para servir como continuador del poder principal de la estructura familiar en todos los aspectos” (Colmenares, 2017, p. 236)

<sup>7</sup> Quien era el encargado de “custodiar los cultos, direccionar o corregir a los sujetos a su potestad y representar los intereses familiares al exterior del grupo” (Colmenares, 2017, p. 237) en la *proprio iure*.

de testar; las mujeres a través del *coemptio testamenti causa*, los *filiifamilias* sobre el peculio castrense y cuasicastrense y los esclavos con relación al peculio.

No obstante lo anterior y aunque la costumbre de realizar un testamento se suponía de todo buen *pater familias* púber, “con la finalidad de no verse obligado a tener que acudir a la sucesión ab intestato” (Ortuño, 2013, p. 451), de manera paulatina, se fueron implementando figuras tales como la querrela *testamentii inofficiosi* (origen de las legítimas) en contravención del principio de libertad testamentaria, pues como asevera Cardona (2004, p. 250) los hijos sometidos a patria potestad, sobre los cuales el *pater familias* tenía potestad absoluta y omnímoda sobre la vida y patrimonio, se encontrarían facultados para demostrar que la disposición testamentaria del *de cuius* de excluirlos de la posibilidad de recibir herencia, se encontraba injustificada. Así “si el hijo demostraba que no había causa justa para tal decisión y además que no había recibido parte conveniente de la herencia (fijada en la cuarta de la misma), ejercitaba dicha acción y al triunfar, derrumbaba el testamento” lo que implicaba que la sucesión variara de testada a intestada.

El modelo sucesorio de libertad testamentaria absoluta, fue modificado entonces con el reconocimiento, en un primero momento, de la legítima formal, que implicaba mención dentro del testamento de los *sui*, y posteriormente de la legítima material, “con necesaria atribución de bienes a los *sui heredes*” (Lasarte, 2011, p. 189), el cual a su vez, fue ascendiendo en términos de cuantía, con el paso del tiempo, al punto que en la época de Justiniano, la legítima equivalía ya “a un tercio o a la mitad de la herencia (según el número de hijos que fueran, respectivamente, inferior o superior a cuatro)” (Lasarte, 2011, p. 189). Lo anterior, porque incluso cuando la ley de las XII Tablas, consagraba la libertad testamentaria del *pater familia* (“*pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*”. Tabla V), refiriéndose a las disposiciones testamentarias como ley, la facultad absoluta e ilimitada provocó que el patrimonio se agotara con legados que desterraban justa o injustamente, cualquier posibilidad de percibir el dominio sobre los bienes de la masa sucesoral por parte de algunos miembros de la familia, motivo por el cual, comenzó a emerger una “*política de restricciones a la voluntad del testador*” (Costa, José Carlos en Berenguer, 2012, p. 17), incluso cuando el testamento significó para Roma, un movimiento patrimonial y económico para nada despreciable<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ver Colmenares (2017).

De modo tal, se promulgaron las leyes Furia, la ley Voconia y la ley Falcidia (y posteriormente las reformas de Justiniano), las cuales tenían como fin, limitar los legados y como consecuencia, la libertad testamentaria del *de cuius*; limitaciones legales que, como señaló Berenguer (2012, p. 19), no se nutrían únicamente de argumentos jurídicos, sino también y especialmente, de argumentos morales (*officium pietatis*), estimando que el testador que ignoraba a sus familiares “había realizado el testamento bajo los efectos de una perturbación mental. Esta argumentación, por ser Moral y no legal, permitía a los jueces apreciar cada caso en concreto y conforme a las circunstancias podían libremente decidir si se había afectado el deber de la pietas o no”, riesgo evidente que se constituyó en contra de la libertad dispositiva del testador (no puede negarse que las ambigüedades jurídicas generan inseguridad, pues permite al fallador decidir conforme a criterios subjetivos), quien en últimas, había adquirido con su trabajo el patrimonio del que ahora “disponía” un tercero (juez) versado en la usanza (además, religiosa) de la época.

Finalmente, para la época de Justiniano, el derecho sucesorio estimaba ya al heredero, no como continuador de la personalidad y representante del *de cuius*, sino como heredero, únicamente de los bienes del causante, “al punto que se acento el carácter patrimonial del Derecho Sucesoral y se atenuó el aspecto sacramental” (Rodríguez, 2012, p. 37, 38). Es entonces desde aquel tiempo, que la posibilidad de testar sin restricciones fue limitándose sin especial justificación. Francia, entonces, acogería un sistema sucesorio con instituciones restrictivas en relación a la libertad testamentaria y correría la misma suerte la obra de Andrés Bello con relación al Código Civil chileno, el cual prontamente se extendería por gran parte de América Latina.

### **1.1.2. Proyecto de código civil en Latinoamérica**

Una vez abandonada la idea del viejo régimen monárquico de Luis XVI (Francia) y de todos sus antecesores, la revolución francesa de 1789 posibilitó la idea de un cambio de paradigmas y de normas jurídicas que corresponderían a un nuevo modelo de Estado; deseo éste, que pudo ser llevado a cabo por el militar Napoleón Bonaparte, quien recibió una Francia devastada por el régimen del terror (respuesta de Maximiliano Robespierre, a sus delirantes miedos de traición) y desprovista de un sistema jurídico consolidado.

Generar una legislación francesa mucho más atractiva, mejoraría la posición del derecho francés en todo el resto de Europa, permitiendo además la entrada de nuevos actores que acrecentaría la posición

francesa como centro financiero “frente a otras posibilidades como Dublín, Ámsterdam, Milán, Zúrich o Luxemburgo” (Tabares, 2017, p. 159). Es por eso que en Europa, el primer cuerpo normativo relativo únicamente a aspectos comerciales y de derecho privado, fue el que se generó con Napoleón Bonaparte.

En materia sucesoria, por ejemplo, una de las novedades más importantes que el código civil francés introdujo, fue la de entender las sucesiones y los contratos como **modos de adquirir el dominio**, “abandonando (...) principio[s] romano[s] clásico[s]” (Guzmán, 2009, p. 31); recordemos entonces que la sucesión por causa de muerte es un modo derivativo para adquirir el dominio, y su título será el testamento o en su defecto, la ley; sin embargo y al tenor de los anteriores, el derecho francés consideraba aún “como única verdadera sucesión hereditaria la que se defiere *ab intestato*, viendo en el testamento un medio de disponer legados”(Ossorio, 2001, p.16), pero de ningún modo, de crear herederos.

Y es que incluso cuando la labor que Napoleón Bonaparte se propuso para su época, fue la de constituir un sistema normativo global que promoviera una mínima restricción de los derechos individuales, incluyendo por ejemplo, la libertad de circulación de los bienes y la autonomía e independencia de contratación, entre otros, pues “en Francia la demolición del Derecho del Antiguo Régimen estuvo a cargo de la Revolución, y el diseño legislativo del nuevo derecho para la sociedad sin condicionamientos corrió por cuenta del *Code Civil*” (Guzmán, 2009, p.29), el sistema sucesorio fue permeado vagamente por las libertades propias que se disponían en el derecho civil. Aunque claro, reiteramos que es la creación de éste nuevo sistema jurídico, una de las bases promotoras de la libertad y de los derechos individuales que, incluso incluidos en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, no habían sido materializados aún en la Francia del siglo XVIII.

El primigenio Código Civil de Francia se introdujo a través de la Ley del 30 Ventoso XII, es decir de 21 de marzo de 1804. Este Código Napoleónico que buscó regular las relaciones sociales, hasta ahora no establecidas en un cuerpo normativo único, no sufrió ninguna modificación de importancia durante más de dos siglos. (Tabares, 2017, p. 158)

El código civil de Napoleón, fue uno de los códigos que aportó las ideas más relevantes para la formación de sistemas jurídicos a nivel de Europa, pues dentro del continente “el derecho privado francés fue el primero en instaurar un cuerpo único regulatorio de los aspectos centrales del comercio y de las relaciones sociales” (Tabares, 2017, p. 159). Dicha innovación sería apreciada por juristas de

importancia latinoamericana, que sin dudarlo acogerían e implementarían sus aportes en los correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales. Es así como en los códigos civiles de algunos países latinoamericanos, entre estos, Colombia, pronto replicarían las innovaciones francesas que en el código civil chileno de Andrés Bello<sup>9</sup> se establecieron.

Ahora, Frente al tema que nos ocupa, se asevera en diversos documentos que Andrés Bello, promotor de la codificación del código civil chileno, era defensor de que en el sistema sucesorio que permitiera la libertad absoluta de testar, idea ésta que sería abandonada por sus colegas, quienes priorizaron un sistema de freno para el ordenamiento jurídico chileno (que es sin duda, uno de nuestros antecesores) por encima del sistema de libertad testamentaria.

Nuestro Código (...) optó por el sistema de la división forzosa, combinando con la libertad de hacer ciertas mejoras en el orden de los descendientes legítimos y de disponer libremente de una parte del patrimonio, y estableció lo que se llaman asignaciones forzosas, siendo estas las que el testador está obligado a hacer y que se cumplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. (Suárez, 2015, p. 168-169).

Así, incluso cuando Andrés Bello dejó constancia de su desacuerdo con la institución de las legítimas y cuarta de mejoras en el código civil, sus colegas, desde una perspectiva tradicionalista, decidieron acogerlas dentro del ordenamiento jurídico chileno, quedando entonces un sistema de límite del derecho de disposición testamentaria. Este último escenario sería entonces, en el que se desarrollaría prontamente la legislación colombiana en materia del derecho sucesorio.

Colombia, como se evidenciará a lo largo del documento, se inclinó por la regulación que el Derecho Romano, condensado en el código civil de napoleón y trasladado al chileno, efectuó sobre la sucesión, al punto tal que se establece que los asignatarios a título universal, incluso aun cuando en el testamento se les denomine legatarios, serán herederos, y por tal representarán al *de cuius* “para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles” tal como se evidencia en el artículo 1155 de la Ley 57 de 1887.

---

<sup>9</sup> “En general puede decirse que todo el liberalismo jurídico que resume el Código chileno es de inspiración francesa” (Guzmán, 2009, p.359).

No obstante, partiendo de lo citado, es preciso inmiscuirse en las razones o en los **fundamentos** que dan existencia a uno u otro sistema, teniendo claro que en Colombia, como se señaló en la cita que antecede y tal como consta en el código civil colombiano (Artículo 1274 y ss. del C.C. colombiano; Ley 1934 de 2018 - por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano-), prevalece el sistema de legítimas.

Antes de continuar, debe señalarse que no se hará crítica alguna en el presente trabajo a los alimentos ni a la porción conyugal, ya que incluso cuando hacen parte de las asignaciones forzosas, son una “prestación sui generis de carácter alimentario” (Mora, 2014, p.70) que no tiene como consecuencia la limitación de la libertad del testador, sino únicamente el cumplimiento de las obligaciones familiares; esto, a diferencia de las legítimas y la cuarta de mejoras (hoy extinta), que son en palabras de Cardona (2004, p. 228), “las únicas asignaciones forzosas, constitutivas de verdaderas restricciones de la libertad de testar” para el testador, con relación a sus bienes.

## **1.2. El derecho sucesorio en el Código civil de Colombia**

Vistos ya los antecedentes más remotos del derecho sucesorio que tomamos de referencia, sentaremos las bases propias de los antecedentes que preceden a nuestro actual Código Civil (Ley 57 de 1887), para poder comprender los motivos que dieron pie al ordenamiento que hoy nos regula en material civil y así también, comprender los fundamentos de las legítimas, que con posterioridad se analizará con mayor detenimiento.

### **1.2.1. Antecedentes**

Colombia se encontraba regulada, para la época de la colonia y claramente hasta antes de la independencia que tuvo lugar en el año de 1819, por las leyes españolas y las leyes indianas, especialmente por “las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima, recopilación y la Recopilación de Indias” (Hinestrosa, 2006, p.5). Una vez consumada la independencia, el diecisiete (17) de diciembre de mil ochocientos diecinueve (1819), se expidió por parte del Congreso de Angostura una ley denominada “Ley Fundamental de la Republica de Colombia”, instituida por los, para ese momento, departamentos de Venezuela, Quito y Cundinamarca (la anterior “Nueva Granada”), quienes para el año de mil ochocientos veintiuno (1821) crearían otra ley fundamental, dentro de la cual se manifestó la vigencia, “fuerza y vigor” de las leyes que hasta dicha época habían venido

rigiendo en todas las áreas del derecho, siempre que las mismas no se opusieran de alguna manera a la constitución o a las nuevas normas del ordenamiento jurídico para la fecha, existentes.

Es así que Francisco De Paula Santander, en su papel de vicepresidente de la Gran Colombia y junto con la intención del “Gobierno[de] emplear todos los medios posibles, a fin de presentar al futuro Congreso un proyecto de Código Civil y Criminal que facilite la administración de justicia en la República, sin las trabas y embarazos que ofrece la actual legislación española” (Hinestrosa, 2006, p. 6) se dio a la tarea de crear una comisión de letrados, para la constitución de un código civil y uno criminal que respondiera a las necesidades de la República, partiendo de los códigos civiles y penales de mayor relevancia en el territorio europeo; comisión ésta que se constituyó a partir del Decreto del cinco (5) de enero de mil ochocientos veintiuno (1821), y que con desafortunada suerte incumplió su cometido<sup>10</sup>, tal como sucedió con la labor requerida por Bolívar en el año de mil ochocientos veintinueve (1829) con relación al Código de Napoleón para la presentación de un proyecto al Congreso.

Dichos antecedentes del territorio nacional, se generaron en paralelo con los esfuerzos de Bernardo O’ Higgins (1822) en Chile, quien a partir de la ruptura con la corona española y con “el ánimo de afirmar la soberanía reciente, análogamente a como lo habían venido haciendo los nuevos Estados nacionales europeos” (Hinestrosa, 2006, p. 6) creó la iniciativa de traducción del Código Civil francés.

Para 1831, con la Ley Fundamental de la Nueva Granada, desaparece La Gran Colombia, fruto de la separación de Ecuador y Venezuela y los esfuerzos por generar una legislación propia continuaron con mayores ansias. Para mayo de 1843 se exhortó por el poder ejecutivo, una recopilación de leyes y decretos vigentes, expedidos por la República, disposición que se publicó en 1845 y presentó ante el congreso en 1854 sin ningún éxito; fecha en la que ya se encontraba vigente la Constitución de la República de la Nueva Granada (1853).

Con el agotamiento de esfuerzos y la mezcla de normas que se encontraban aún vigentes para la época en el territorio nacional, en 1858 y por disposición de una ley del 29 de junio del mismo año, la Confederación Granadina se dispuso a establecer el orden en el que se debían aplicar las leyes en el territorio, empezando por las expedidas por el Congreso de la Federación, luego por las consignadas

---

<sup>10</sup> O por lo menos de la que no se tiene registro alguno de la labor.

por los congresos de la Nueva Granada (1845 -1857), las propias a la Recopilación de Granadina, “las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español en el territorio que forma la Confederación Granadina; (...) Las de la Recopilación de Indias; (...) Las de la Nueva Recopilación de Castilla” (Hinestrosa, 2006, p.7), y finalmente las de las Partidas.

Sin embargo y a partir de la creación de los nuevos estados, especialmente los de “Panamá, Antioquia, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar, Magdalena, Tolima” (Hinestrosa, 2006, p. 7), se expidieron de Códigos Civiles propios, cada uno de los cuales contaba con características y disposiciones de todo tipo.

Cabe señalar que para el año de 1856, Manuel Ancízar había remitido ya una solicitud a Andrés Bello con el fin de solicitar ejemplares del recién creado Código Civil chileno; solicitud que fue atendida con prontitud y sobre la cual se fijaron bases para la ley de la Asamblea Legislativa del Estado de Santander del 6 de noviembre de 1858 (año posterior al de su constitución como estado), expedida el 12 de octubre y sancionada el 18 del mismo mes, la cual sentaría también antecedentes para lo que hoy se conoce como el Código Civil colombiano.

Uno a uno, los Estados de la Confederación Granadina, que luego pasaron a ser parte de los Estados Unidos de Colombia, adoptaron paulatinamente el Código Civil del Estado de Santander (la ley el 18 de octubre de 1858). Continuando inmediatamente el Estado de Cundinamarca, que en enero 8 de 1859 lo adopto, “y cuando se erigió la República unitaria, el Código Civil de la Unión de 1873, una versión bastante próxima al original del señor Bello, fue adoptado para toda la Nación” (Hinestrosa, 2006, p. 9). En este sentido quedando claro que fue el Estado de Santander en 1858, el promotor de la adquisición, ajuste y apropiación del Código Civil chileno, con modificaciones relativas al matrimonio y a la filiación; las cuales tendrían variaciones en cada uno de los territorios independientes de los Estados Unidos de Colombia y sentarían las bases para el posterior Código Civil de la Unión (1873).

Ahora, una vez subrogada la Constitución Federal por la constitución de 1886 (constitución política que antecede de manera inmediata a la actual) que instituyó una República unitaria y centralista, se expidió la Ley 57 de 1887, Código Civil colombiano que aún hoy nos regula en los asuntos civiles y de familia y que además instituyó pautas temporales<sup>11</sup> y de interpretación de la norma y reglas generales

---

<sup>11</sup> “Resultado del cambio político y constitucional del país en 1886 fue dicha adopción del Código Civil de la Unión, como Código Nacional, por la Ley 57 de 1887, seguida a los cuatro meses de la Ley 153, que, fuera de establecer los

del derecho que entre otras novedades, son tenidos en cuenta en la actualidad por los diversos sectores del derecho.

### **1.2.2. Regulación Actual en ordenamiento jurídico colombiano**

Actualmente y con pocas modificaciones en materia sucesoria, se encuentra vigente el Código Civil colombiano de 1887, el cual contiene la regulación normativa de la sucesión en su libro tercero (de la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos), especialmente los títulos I (definiciones y reglas generales), II (reglas relativas a la sucesión intestada), III (de la ordenación del testamento) IV (de las asignaciones testamentarias), V (de las asignaciones forzosas), VI (de la revocación y reforma del testamento), VII (de la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario), VIII (de los ejecutores testamentarios), IX (de los albaceas fiduciarios) y siguientes de la misma disposición. Como lo anotamos la regulación colombiana en materia de derecho de sucesiones, es un producto de la recopilación del trabajo de Andrés Bello, que a su vez contenía (y aún hoy contiene) el derecho francés de napoleón e indudablemente el derecho Romano de Justiniano.

Al igual que sus antecesor próximo, la sucesión es consideada o abintestado) o el testamento (testamentaria), de las cuales se hará claridad en el segundo capítulo del presente trabajo<sup>12</sup>.

Ahora, es importante anotar que la regulación sucesoria se estructuró en Colombia con los limitantes propios del derecho romano - y francés, del que es familia- que se configuraron, como bien lo vimos, en su última etapa; por lo que, como se anotará y desarrollará con posterioridad, el establecimiento y desarrollo normativo de las legítimas debe sus fundamentos en los ordenamientos jurídicos que nos anteceden, que esgrimen especialmente cimientos morales, más que en jurídicos.

Frente al sistema sucesorio colombiano muchas cosas se han dicho, pero pocas se han aclarado con exactitud, o por lo menos en lo relativo a lo que nos compete en el presente trabajo: La legítima rigurosa. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que para entender el sistema sucesorio colombiano y por tal, la legítima, debe hacerse un recorrido por las líneas de argumentación en la

---

linderos de la vigencia de la ley en el tiempo, con incorporación de las más de las disposiciones de la Ley chilena del 7 de octubre de 1861 sobre “el efecto retroactivo de las leyes” (Hinestrosa, 2006, p.14)

<sup>12</sup> Cabe aclarar que en el sistema jurídico colombiano, es permitido realizar sucesiones parte testada y parte intestada, al tenor del artículo 1009 del Código Civil Colombiano, especialmente el inciso segundo.

materia, a saber, las que la Corte denomina de tendencia individualista, las socialistas y las que designa como “de protección de la familia”.

En relación con la primera línea de argumentación, señala la Corte Constitucional en Sentencia C- 660 de 1996, que la misma halla sustento en “los derechos del *de cujus* a la propiedad y la autonomía de la voluntad”, permitiéndose al mismo, la libertad de disposición testamentaria con relación a su patrimonio, sin considerar necesariamente como asignatarios/herederos, a los integrantes del núcleo familiar; es decir, es una línea de argumentación mucho más permisiva con relación a los derechos del testador, especialmente con la libertad dispositiva.

Ahora, frente a la línea de argumentación que denomina de corte socialista, se permite manifestar que es aquella que “busca que los bienes regresen a la sociedad, por ser ella quien concede los derechos de propiedad, y por ser éste un mecanismo que, además, permite redistribuir la riqueza”; sin embargo, indica la Alta Corte que su configuración es casi nula en el estado actual de las cosas a nivel mundial, por lo que en el presente trabajo no se hará referencia a la misma.

Finalmente, la Corte constitucional en la sentencia señalada, esgrime manifestaciones generales con relación a la tercera línea de argumentación, que ella misma denomina – a mi modo de ver, de manera apresurada- de protección a la familia, indicando “que es la ley la que ha de determinar qué familiares, en qué proporción y en qué orden, han de heredar (Corte Constitucional, C-660, 1996) del patrimonio del *de cujus* y determinara que:

En el Código Civil colombiano de 1887 se consagraron tanto la visión voluntarista imperante, como los límites a la autonomía de la voluntad que por entonces se aceptaban: el ***orden público y la buenas costumbres*** (...) los límites impuestos a dicha autonomía se incrementaron al incluir dentro de la noción de orden público, no sólo la esfera política, sino también la económica y los derechos humanos. (...) mal puede considerarse a la autonomía de la voluntad como un poder omnímodo en cabeza de los particulares; los múltiples límites que se le imponen, la reducen a un simple ejercicio de potestades reglamentarias que el legislador otorga a los ciudadanos (...) Las limitantes que se imponen a esta garantía se originan en razones de interés público. (Corte Constitucional, C-660, 1996)

Así como proclamará ocho años más tarde, bajo el precepto de la “*voluntad responsable*” de conformar una familia y en defensa de las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras, la importancia que supone “la primacía del interés general, los derechos de los demás, y el amparo y protección debidos a valores supremos de rango constitucional” (Corte Constitucional, 2004) como límite de los derechos de cada persona, al tenor del Estado Social de Derecho. Recuerda la Corte Constitucional en esta oportunidad, que “la protección del interés general y del bien común”, son “postulados fundamentales” del Estado Social de Derecho.

Percepciones de la Corte Constitucional sobre las que se debemos detenernos con posterioridad, para hacer especial énfasis en lo que implica el Estado Social de Derecho, el orden público, las buenas costumbres y solidaridad familiar; pues como notará el lector sensato, consecuente y reflexivo, los argumentos argüidos por la Alta Corte en los fallos suscitados, resultan insuficientes en la medida que no desarrollan los términos señalados y parecieran ser entonces, indeterminaciones justificativas del derecho; y claro, una de las múltiples intenciones debe ser siempre y necesariamente, “la comprensión de una juridicidad racionalmente expresada mediante un lenguaje en el que no todo está en una zona de indeterminación y de penumbra” (Mora, 2014, p. 16), pues de lo contrario sería el fallador quien determine el significado, de acuerdo a sus propios criterios.

Claro, la elección de una o de la otra línea, aunque es un tema de antiquísima disputa, depende del contexto cultural, social y económico, ya que como lo señaló Fernández-Hierro

El debate sobre la libertad de testar no se puede decir que sea un tema nuevo en la Historia del Derecho, ni que se haya suscitado sólo en estos últimos años, pero sí que es un tema actual, tanto por las reformas legislativas (...), como por las posturas doctrinales favorables a una legislación más permisiva, en aquellos otros lugares donde últimamente no se ha producido ninguna reforma legislativa en ese sentido (Fernández-Hierro, 2010, p. 19,20)

Por lo que la decisión de continuar o de modificar las normas constitutivas de derecho sucesorio y en especial, las que se permiten limitar el derecho de la libertad dispositiva del testador, deben ser debatidas a la luz del contexto colombiano, y a la luz también, de los derechos humanos.

### 1.3. Sistemas Sucesorios

Para poder aportar al debate que se desarrolla frente a la evidente tensión entre la libertad testamentaria y el modelo de legítimas, así como para determinar si los fundamentos jurídicos del sistema de legítimas en Colombia son suficientes para limitar el derecho de libertad dispositiva del testador, hace falta realizar un comparativo con el panorama –así sea general- Centro y suramericano, con respecto al sistema sucesorio que se aplica en los países vecinos.

Ahora, de la categorización de estos sistemas y de conformidad con los criterios de la Corte Constitucional colombiana, frente a las tres líneas de argumentación (o tres sistemas sucesorios), pueden configurarse dos clasificaciones generales que facilitan el estudio de las regulaciones en términos de sucesiones, a saber, los “ordenamientos jurídicos [que] consagran libertad absoluta de testar. [y] Otros (...) [que], contemplan una libertad relativa, esto es, que el testador debe respetar determinadas asignaciones para ciertas personas” (Parra, 2015, p. 37); o como lo señaló el proyecto de ley 066 de 2016 la Cámara de Representantes de Colombia (la actual Ley 1934 de 2018, por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano), *los sistemas legitimarios clásicos*, que incluyen el sistema de legítimas o de reserva (Colombia, Francia, Italia, España, Finlandia, Suecia, Grecia, entre otros), el de derecho de crédito frente a los herederos (Alemania, Austria); y otros novedosos en los que “existen herederos legitimarios, pero solo cuando están en estado de necesidad” (Cámara de Representantes, 2016), caso de Estonia, Lituania, Eslovenia, Polonia, así como también, **un sistema de libertad testamentaria**. Frente a este último se señaló en dicho proyecto:

Muchos países han establecido la libertad de testar sin que con ello hayan visto a las familias disolverse o a los hijos alzarse contra sus padres o madres. En los países anglosajones (Reino Unido, países de la Commonwealth y Estados Unidos de América) la libertad de testar se reconoce desde hace mucho tiempo, aunque en algunos casos con ciertas restricciones que este proyecto también ha respetado: se trata de los alimentos forzosos y la porción conyugal. En México se ha reconocido desde 1939 la libertad de testar con estas mismas limitaciones. Así ha ocurrido igualmente en diversos países centroamericanos (Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua). (Proyecto de Ley 066, 2016)

Y al respecto Fernández-Hierro (2010, p. 25) indica “En cuanto a la libertad de testar y la forma de limitarla legalmente, podemos de entrada hacer dos grandes distinciones entre los sistemas legitimarios clásicos y los que reconocen la libertad de testar.”, estos dos como representantes de las corrientes o sistemas sucesorios existentes hoy en día, pues como señaló el autor, los mismos reconstruyen los sistemas sucesorios de Francia, Alemania y Estados Unidos; dichos sistemas son, como ya lo habíamos anticipado, “*dependientes del contexto social, cultural y político que se toman con arreglo a objetivos particulares y criterios de conveniencia que cada nación ha considerado como los más idóneos para enfrentar los problemas de su respectivas coyunturas históricas*” (Cámara de Representantes, 2016).

Finalmente cabe señalar que incluso cuando “la sucesión intestada (...) fue el primer sistema que el derecho admito para regir la atribución a otra persona de los bienes del causante” (Fernández, 2004, p. 1), la postura que hemos de escoger debe alejarse de la evocación a la costumbre, para poder decidir a favor del sistema que hoy en día, cuenta con mayor sentido para su aplicación.

### **1.3.1. Sistema de Libertad Testamentaria.**

#### **Libre disposición en el derecho comparado Latinoamericano**

En principio, es la voluntad del testador “la ley que rige el Derecho de Sucesiones” (Lledó, 2017, p. 97), pues esa libertad dispositiva sucesoral “otorga la posibilidad de disposición del patrimonio que se le ha reconocido a las personas naturales para que tenga efecto después de su muerte”(Lafont, 2019, p.304), sin embargo, dicho “reconocimiento a la autonomía de la voluntad mortis causa tiene sus límites en normas (...) que vienen a restringir el «*ius disponendi*» del testador” (Lledó, 2017, p. 97); restricciones al derecho dispositivo que se encuentran estipuladas hoy, en algunos ordenamientos jurídicos como el colombiano. Sin embargo, dichas restricciones *ex - lege* cuentan con opositores desde hace ya varios años; basta con leer las manifestaciones expresadas en el año de 1748 por Montesquieu en el “Espíritu de las Leyes”, para concebir que “La ley natural manda a los padres que alimenten a sus hijos, pero no que éstos sean sus herederos” (Montesquieu, 1748, p. 432), en el escenario del derecho natural.

La libertad de testar es un principio básico de la regulación clásica testamentaria (...) En desarrollo de las ideas liberales que inspiraron el derecho clásico, especialmente el francés con el Código Napoleónico de 1804, la libertad tuvo una gran aplicación en materia de contratos y actos jurídicos, pero de manera muy especial en materia testamentaria (...) [pues] es, desde el

punto de vista jurídico, la última voluntad que expresa una persona antes de morir. (Lafont, 2019, p. 203)

Es importante resaltar que, como ya lo expresé en párrafos anteriores, al referirnos a la libertad dispositiva o testamentaria, no excluimos en sentido alguno las asignaciones propias al derecho de alimentos o a la porción conyugal, pues como lo expone Alonso Martínez “los padres no pueden desentenderse de su deber de alimentos hacia los hijos” (Fernández-Hierro, 2010, p. 7); además, las anteriores carecen de naturaleza restrictiva en relación con la disposición testamentaria del patrimonio.

Ahora, para abordar por lo menos los ejemplos que me permito compartir en relación con el sistema sucesorio que aboga por la libertad testamentaria, quiero invitar al lector a realizar una búsqueda de la autora Galvis (2011), quien invita a constituir una reflexión constante en torno al modelo alternativo de familia, como antípoda del modelo tradicional basado en relaciones de poder entre sujetos dominantes y dominados, permitiéndose entender la institución familiar como aquella que se conforma de personas libres. Las constituciones contemporáneas, indica la autora “parten del reconocimiento de la dignidad de las personas sin ninguna consideración específica.[y de las] Las libertades fundamentales [que] son, para unos, el propósito final” (Galvis, 2011, p. 109); Esta manera de entender la familia, constituye el mejor escenario para democratizar el vínculo familiar y, además permite vislumbrar los ejemplos que me permito compartir, sin sesgo alguno relativo a los preceptos religiosos o aún más, a la costumbre.

La desacralización de los vínculos familiares, permite un análisis de las instituciones que hoy día la atraviesan, desde el derecho; esto, porque “La familia tiene esa compleja dimensión de ser ámbito de realización de los derechos de sus miembros individualmente considerados y de ser sujeto colectivo titular de los derechos colectivos” (Galvis, 2011, p. 118), sin que lo último implique la eliminación de los derechos de los que son titulares cada uno de sus integrantes<sup>13</sup>; En este sentido, la libertad de testar parte, sin lugar a duda, del desarrollo de las libertades individuales que como bien lo señala la autora, son base de un estado democrático fundado en derechos.

Sin embargo, la línea tradicional insiste que la libertad testamentaria podría generar problemas en la medida que la libertad de disposición de los bienes después de la muerte por parte del *de cuius* no

---

<sup>13</sup> “Cuando los modelos políticos propenden por el fortalecimiento personal y colectivo de todos los miembros de la sociedad, se puede afirmar que vivimos en la democracia fundada de los derechos” (Galvis, 2011, p.118).

mantiene la igualdad entre los hijos y por el contrario “genera envidias y fomenta pleitos” (Fernández-Hierro, 2010, p. 22); manifiestan además que “favorecer a un extraño antes que a la familia es injusto, y puede dar lugar a abusos por parte del padre” (Fernández-Hierro, 2010, p. 22)<sup>14</sup>, y sostienen que mantener un sistema de legítimas evita la concentración de las propiedades y evita la desatención de los deberes alimentarios de los padres, ignorando que el derecho de alimentos, que además parte de la necesidad del alimentario, es del todo distinto a la asignación forzosa de la legítima.

No obstante, carece de sentido y justificación que la libertad dispositiva en vida y el derecho al patrimonio, se restrinja con ocasión a la muerte; además, entre muchas otras justificaciones, bien se entiende que las condiciones naturales y circunstanciales de los herederos son distintas, por lo que una repartición (si así lo deseará el testador) equitativa<sup>15</sup> - y no la exacta y matemáticamente igual que propone la ley- , sería lo más adecuado para la armonía familiar, escenario que dista del todo, con lo exigido por el Código Civil; es por eso que desde hace tiempos “la doctrina civilista viene discutiendo, con posiciones muy enfrentadas, a veces viscerales, sobre la necesidad o no de mantener la legítima, así como su proporción y los destinatarios de tal beneficio” (Acedo ,2014, p. 155), dando como resultado en algunos doctrinantes, motivos evidentes para su eliminación, pues entre otras cosas, la legítima, actualmente “no tiene cabida en una concepción de la persona y la familia propias del siglo XXI, que nada tienen que ver con la que existía en los tiempos de la Codificación” (Acedo, 2014, p. 155, 156).

Finalmente aclararé, que el principio de solidaridad familiar y de protección de la familia, se desarrolla en vigencia de la misma, con la figura de los alimentos y la protección paterna y materna que en vida se ofrece a los descendientes. Por eso, sistemas sucesorales como el de China, EEUU (Salvo el estado de Luisiana) e Inglaterra, entendieron perfectamente que las legítimas son una “reliquia que los ordenamientos modernos se verían tarde o temprano abocados a suprimir” (Vaquer, 2013, p. 105), en la medida que el concepto de familia ha variado, y ya no se concibe una institución que cumpla a cabalidad los preceptos de aquella familia tradicional, en donde tenía sentido la constitución de la legítima; es por eso que en los países en donde se ha suprimido la figura de las legítimas rigurosas y la

---

<sup>14</sup> Como lo señala Rodríguez (2012), refiriéndose al derecho romano, “la voluntad individual claramente expresada encarnaba el ideal de justicia, reservándose la operancia de la ley únicamente para cuando el causante no hubiera dejado testamento” (p.188)

<sup>15</sup> “El sistema legitimario es un corsé que impide la distribución equitativa del patrimonio.” Fernández-Hierro, 2010, p.23)

cuarta de mejoras, como es el caso de México, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua, no se desconocen en absoluto (o por lo menos, por imperio de la ley), los derechos mínimos que poseen los integrantes de la familia -esto es, los alimentos y la porción conyugal-.

Por cercanía aparente de contextos, me permitiré evidenciar solo algunos contextos normativos de países que hoy mantienen un sistema sucesorio de libertad testamentaria<sup>16</sup>, como es el caso de Guatemala, México, Honduras, Salvador, Costa Rica, Nicaragua, entre otros<sup>17</sup>; países estos –en su gran mayoría- que constituyeron en la época prehispánica lo que se conoce como Mesoamérica y en donde confluyeron los legendarios pueblos mayas<sup>18</sup> y nahual.

Bajo este panorama y para comenzar, me permito abordar inicialmente y de manera general, el contexto histórico y normativo (en el tema que nos ocupa) de Guatemala, por ser el primer país que introdujo dentro de su ordenamiento jurídico la posibilidad de testar con libertad absoluta<sup>19</sup> y sin embargo, de manera sorprendente, también por ser el último, dentro de los países nombrados, en establecerla en su código civil nacional.

Para empezar, debe resaltarse que Guatemala hizo parte de lo que se renombró por los españoles como la Capitanía General de Guatemala “integrada por el territorio que hoy ocupan las repúblicas de Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, el estado mexicano de Chiapas (...) y El Salvador —antes corregiduría de San Salvador” (Estrada,2015, p14), territorio que sin duda alguna se reguló por las leyes españolas, de carácter principalmente religioso y económico que, entre otras cosas, sirvieron de excusa para suprimir las costumbres de los pueblos indígenas que en dicho territorio se asentaban.

En 1812, se declaró vigente en los virreinos y capitanías generales la Constitución de Cádiz aprobada para el reino de España. Para regular el derecho sucesorio, se implantó la legítima

---

<sup>16</sup> “Costa Rica lo hizo en 1881, Honduras en 1880, Panamá en 1916, Nicaragua en 1904 y El Salvador en la reforma al Código Civil promulgada en 190.” (Estrada,2015, p.15)

<sup>17</sup> Cabe señalar que tal como lo manifestó Estrada en su texto, “La historia legislativa de la libertad de testar se desarrolla a la par que el nacimiento de los Códigos Civiles en México, Honduras, Guatemala, Panamá, Nicaragua, El Salvador y Costa Rica” (2015, p.9), motivo por el cual y en relación con el tema que nos ocupa, se debe generar un esbozo general de dichas codificaciones – o por lo menos, de algunas- en tanto que las mismas pueden ayudar a la comprensión de lo que en el presente trabajo se propone.

<sup>18</sup> En total, seis pueblos mayas dentro de los cuales se encontraban “los quiches, los cakchiquels, los zutuhis, los chajomas, los mams y los pogomams” (Estrada, 2015, p13) y uno nahual: los pipils, sin límites geográficos determinados.

<sup>19</sup> En el texto de Estrada (2015) queda claro que dicha posibilidad se constituyó desde el año de 1834, con algunas interrupciones históricas.

castellana de cuatro quintos prescrita en la ley I, título V, libro IV, del Fuero Juzgo, que se mantuvo vigente durante los trescientos años de dominación española y prolongó su vigencia en América Central hasta que los estados integrantes de la República Centroamericana publicaron e incluyeron en sus códigos la libertad de testar. En el caso de Guatemala, el derecho sucesorio castellano estuvo vigente, salvo por una breve interrupción liberal durante el gobierno de Gálvez y Morazán, hasta el término del periodo conocido como «El régimen de los treinta años» (Estrada, 2015, p.15)

En el caso de Guatemala y como se indicó en párrafos precedentes, se configuró la que se denominaría como la Ley Doce, primera norma que permitía disponer libremente al testador, como han de repartirse sus bienes *mortis causa* de manera absoluta. Fue entonces, la primera ley que constituyó absoluta libertad testamentaria en el territorio nacional, garantizando, claro, los alimentos de los hijos, indistintamente de su filiación<sup>20</sup>.

Sin embargo la dicha no duro tanto como merecía, pues con el poder en manos de Mariano Rivera Paz y de sus partidarios, Rafael Carrera, los conservadores, “las comunidades de religiosos, los diezmos y el fuero eclesiástico” (Estrada, 2015, p.57), la Ley Doce fue suspendida con un decreto que así lo dispuso, y los códigos de Livingston y la Ley Perro derogados. Guatemala se vio sumergida en un sinsabor normativo.

La Ley Doce de Sucesiones del estado de Guatemala fue el primer cuerpo normativo de América Latina donde apareció por primera vez la libertad de testar más amplia. Antes de esta ley de 1837, solo existe registro de un proyecto de ley presentando en México en 1822, que no fue ni siquiera pasado a estudio ante la correspondiente Cámara de Diputados. La Ley Doce tuvo una muy breve vigencia (...) Debido a la brevedad de su vigencia y a la situación convulsionada que se vivía en el país, no se pudo realizar un estudio específico sobre el impacto de la libertad de testar en la sociedad guatemalteca de principios del siglo XIX. No obstante, el

---

<sup>20</sup> Entendiéndose la filiación como la “relación jurídica, basada en un lazo biológico” (Parra, 2008, p.9) o de adopción. “Del latín filiu-filii que quiere decir hijo, se ha entendido como el vínculo de parentesco de consanguinidad entre dos personas, en donde una es padre o madre de la otra. Si se establece frente al primero se le llama paternidad y ante la segunda, maternidad (...) es un estado juicio, asignado por la ley a un determinado sujeto (...), deducido de la relación natural de procreación de sus progenitores” (Arias,1993,p. 81)

estudio conjunto de las reformas y movimientos de la época pueden acercarnos al porqué de su breve vigencia. (Estrada, 2015, p.83, 84)

Con posterioridad y culminado el mandato de Mariano Rivera Paz, se constituyó un consejo de gobierno con miras al proyecto de constitución del año de 1845, en donde se establecía como una país libre, soberano e independiente al Estado guatemalteco, declarándose la independencia en el año de 1847, y “ratificada el 15 de septiembre de 1848 por el presidente Juan Antonio Martínez”(Estrada, 2015, p.59) quien fungió como presidente interino una vez constituida la dimisión voluntaria y posterior exilio de Rafael Carrera.

Para el mandato de Justo Rufino Barrios y con la expedición del Decreto No. 240, se estableció de nuevo la libertad testamentaria que había sido esgrimida por la Ley Doce, sin embargo, son muchos los doctrinantes que indican que los argumentos empleados por el mandatario, fueron superfluos y no correspondieron al llamado de los demás países que en el desarrollo y avance de sus sistemas jurídicos, permitieron el ingreso de la libertad absoluta testamentaria, respetando siempre el derecho de alimentos de los menores de edad; por lo que fue con posterioridad que se estableció concretamente dicha libertad dispositiva dentro del ordenamiento jurídico nacional.

El sistema sucesorio testamentario planteado en el Código Civil fue reformado mediante el Decreto n.º 15 de 13 de abril de 1881. La exposición de motivos de este decreto consideró que, aun cuando por Decreto de 21 de julio de 1879 se estableció la libertad de testar dentro de la familia, la convivencia pública y el bienestar social demandaban que se consagrara esa libertad sin otra restricción que el derecho de algunas personas a ser alimentadas, y reformaba esta disposición en el sentido de que toda persona capaz podía instituir heredero de sus bienes a cualquiera que no tuviera incapacidad o prohibición legal de heredar. (Estrada, 2015, p.68)

En esta disposición legal de 1881, se suprimen los herederos forzosos (los legatarios en el caso colombiano) y se da lugar al reconocimiento y pleno desarrollo de la libertad testamentaria del causante, con relación a sus bienes y la disposición de los mismos después de la muerte, disposiciones que se mantienen *grosso modo* en el actual Código Civil de la República de Guatemala, el Decreto Ley 106 de 1963, que en su Libro III regula lo relativo a la Sucesión Hereditaria incluyendo por supuesto

la libertad de testar (artículo 934<sup>21</sup>), siempre respetando “el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas” tal como lo establece el artículo 936 de la misma disposición.

Exceptuando a los contenidos por el artículo 945 del Código Civil de Guatemala, todas las personas pueden transmitir libremente sus bienes por testamento. El testador es libre para designar herederos o legatarios y disponer del 100 % de sus bienes teniendo que atender únicamente a la limitación que se le impone de dejar alimentos en el caso de que tuviera obligaciones alimentarias. La obligación de alimentos está también garantizada por la Constitución la negativa a proporcionarlos es punible. El hijo póstumo o nacido después de dictado el testamento también cuenta en el derecho guatemalteco con una especial protección. (Estrada, 2015, p.78)

Alimentos éstos, que se encuentran establecidos en el Código Civil de la República de Guatemala y que convergen con lo que se instituye en favor de los alimentos entre vivos a menor de edad o quienes se encuentran habitualmente enfermos, impedidos o interdictos; los alimentos comprenden “todo lo (...) indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica (...) educación e instrucción del alimentista” tal como lo establece el artículo 278 del Decreto Ley 106 de 1963 y pueden ser fijados, bajo el principio de celeridad y de acuerdo con los presupuestos normativos y singulares probados del caso, por un juez, siempre que no se haya establecido en el testamento disposición alguna con relación a los alimentos debidos por ley. Cabe resaltar que corre igual o mayor suerte el hijo póstumo, pues en él se configura protección legal para la constitución y el desarrollo real de sus derechos hereditarios.

Por su parte, en México, la libertad de testar fue constituida desde el año de 1939, esto es, once años después de la configuración del Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial en cuatro partes<sup>22</sup>, en el año de 1928.

Las sucesiones, se encuentran reguladas por el Código Civil del Distrito Federal de México, especialmente en el libro tercero denominado “de las sucesiones” (art.1281 – 1791), en donde se

---

<sup>21</sup> ARTICULO 934.- (Libertad de testar).- Artículo 71 del Decreto-Ley número 218.- Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar. \*(ms157)\*.

El testador puede encomendar a un tercero, \*(ms158)\* la distribución de herencias o legados que dejare para personas u objetos determinados.

<sup>22</sup> Los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928

señalan, entre otras cosas, que la herencia se definirá por la voluntad del testador, quien podrá disponer de todo o parte de su patrimonio a partir de legados, quienes serán considerados herederos en caso de que toda la herencia sea repartida en legados; ahora, a falta de dicha voluntad, la herencia se puntualizará por disposición de la norma.

Al igual que Colombia, el testamento es considerado un “acto personalísimo, revocable y libre” (Art. 1295 del Código Civil del Distrito Federal de México) y las disposiciones testamentarias se entenderán en el sentido literal de las palabras<sup>23</sup>; no obstante y a diferencia de Colombia, en México, el testador tiene la obligación de respetar los alimentos solo en beneficio de las personas que al tiempo de su muerte se configuren los supuestos de los artículos 1368 (que cuenta con Fracciones reformadas por DOF 31-12-1974) y hasta que el interesado deje de estar en las condiciones descritas, tal como lo indica el artículo 1371 de la misma disposición.

Ahora, entre las personas que son merecedoras del derecho de alimentos, al tenor de los artículos citados, se encuentran los descendientes menores de 18 años, siempre que al momento de la muerte existiera obligación *ex – lege* de dar alimentos; así como los descendientes que se encuentren imposibilitados a trabajar y cuenten con la misma suerte que los primeros, esto es, la obligación legal de los alimentos. También debe descontarse del patrimonio del *de cujus*, a favor del cónyuge supérstite o el compañero permanente –“Artículos 1368. V. a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte” – y en razón de los alimentos, siempre que cumplan con los requisitos estipulados en la ley, entre estos, encontrarse impedidos para trabajar y carecer de patrimonio suficiente; así como también a los parientes colaterales dentro del cuarto grado, siempre que estén incapacitados o no tengan más de 18 años, siempre que carezcan de bienes suficientes para cubrir sus necesidades.

No obstante, en caso de no requerir la configuración de los alimentos (por falta o imposibilidad de los parientes de grado más próximo, estipulado en el artículo 1369 del Código Civil del Distrito Federal de México), no existe asignación forzosa alguna por parte del legislador, ni siquiera las que coartan la libertad dispositiva del testador, esto es, la legítima rigurosa; pues cabe señalar, que en México no

---

<sup>23</sup> Artículo 1302 del Código Civil del Distrito Federal de Méjico. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados.

existe la legítima rigurosa y como se denota, la única asignación forzosa constituida por el ordenamiento jurídico mexicano, son los alimentos, que se deben incluso aún si los herederos poseen bienes<sup>24</sup>, siempre que con los mismos no se iguale la cuota que ha de corresponderles como alimentos. Sin embargo, reiteramos que los alimentos son asignaciones forzosas que no limitan la libertad dispositiva del testador, con relación al destino de sus bienes *mortis causa*.

En relación con el caso Honduras, las sucesiones se encuentran estipuladas el Código Civil nacional, en su articulado 390 y siguientes, en donde se percibe sin mayor reparo que la libertad dispositiva es absoluta, pues al igual que el caso mexicano, solo se configura asignación forzosa (Artículo 1147) por concepto de alimentos y porción conyugal, debidos únicamente a las personas establecidas por ley, tal como lo establece el artículo 979 del Código Civil de Honduras<sup>25</sup>, siempre que (al igual que el caso mexicano) constituyan los requisitos exigidos.

Por su parte, los alimentos debidos por ley, gravaran, al igual que el caso colombiano, la masa hereditaria, con la excepción de que él se haya permitido asignar dicha obligación a alguno de los partícipes de la sucesión. En cuanto a la porción conyugal -que como lo dijimos, al igual que los alimentos carecen de naturaleza limitante del derecho dispositivo del testador-, la misma se dispone a favor del cónyuge sobreviviente que carezca de lo necesario para su subsistencia (caso en el cual recibirá la cuarta parte de los bienes del cónyuge premuerto); y al igual que el caso mexicano y colombiano, si el cónyuge sobreviviente “tiene bienes, pero no de tanto valor como los de la porción conyugal, sólo (...) [tendrá] derecho al complemento (arts. 1150 a 1156)” (Carrascosa & Martínez, 2015, p. 200); finalmente cabe señalar que en relación con la nulidad de las disposiciones y del testamento, éstas se configurarán, la primera si se consagran “disposiciones otorgadas a favor de indigno para suceder (...) e interviniendo vicio de la voluntad” (Carrascosa & Martínez, 2015, p. 202) y la segunda cuando se haya otorgado mancomunadamente, haya concurrido inhabilidad para testar, omisión de las formalidades requeridas por ley y/o se haya realizado sin los requisitos del artículo 1021 del Código Civil de Honduras.

---

<sup>24</sup> Artículo 1370 del Código Civil del Distrito Federal de México. No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

<sup>25</sup> Artículo 979 del código civil de honduras. La testamentificación es libre. No hay más asignaciones forzosas que los alimentos debidos por ley a ciertas personas y la porción conyugal.

Por su parte, en el caso de la República de El Salvador y al igual que en Colombia, disponía de normas que limitaban el derecho dispositivo de testar, pues en el ya derogado Código Civil de 1860, el testador podía disponer únicamente de un cuarto de sus bienes, toda vez que los otros tres cuartos eran dispuestos por el legislador, para cubrir lo relativo a las asignaciones forzosas; Ahora, si el testador vulneraba o prescindía de su obligación legal, dicha omisión se suplía con la reforma del testamento, acción copiada del Código Civil chileno y vigente en la actualidad, en algunos de los códigos latinoamericanos.

Sin embargo, para el año de 1902, el legislador introdujo en el ordenamiento jurídico nacional, la libertad testamentaria, respetando en cualquier caso y al igual que los países ya esbozados, los alimentos debidos por ley, los cuales se fijarán de acuerdo a la capacidad del testador y la necesidad de quienes deben ser alimentados; en caso de que así no pasara, el juez tendrá potestad para fijar (incluso provisionalmente) el monto que corresponda a la pensión de alimentos mensual, “suma que no debe exceder de la tercera parte del acervo líquido de la herencia para todos los alimentarios” (Art. 1141 del Código Civil de Salvador); finalmente es importante resaltar que si concurren varios alimentarios, el operador judicial deberá distribuir de forma proporcional y equitativa, aun modificando la cuantía acordada previamente, así como también debe indicarse que al tenor del artículo 1141 los acreedores de dicha cuota podrán ser separados de ella, si cumple con alguna de las causales señaladas en el artículo indicado.

### **1.3.2. Sistema de Freno o de Libertad restrictiva de testar**

Los sistemas de freno o de libertad restrictiva de testar, tienen en común una misma asignación forzosa que les da dicha caracterización: La legítima.

La legítima, como se desarrollará en el tercer capítulo del presente trabajo, tiene un origen doble, en el derecho Romano y en el derecho Germano, no obstante, por ser nuestro ordenamiento una consecuencia de la tradición Romana, solo se hará referencia a la misma.

Partiendo de este hecho, resulta importante reiterar que en una etapa del derecho romano se permitió absoluta libertad testamentaria por parte del *de cuius*; sin embargo el sistema sucesorio fue modificándose paulatinamente con base en las manifestaciones de desaprobación por parte de los hijos de las familias romanas, basadas en fundamentos exclusivamente morales (*officium pietatis*), bajo el deber de la *pietas* del testador; pues además, el sistema de legítimas, de freno o de libertad restrictiva

de testar, tiene fundamento en la continuidad de las relaciones jurídico patrimoniales y aún más de continuación de la personalidad del causante (El *pater familia*), en el marco de una organización familiar patriarcal, en donde el *pater familia* adjudicaba la jefatura domestica *del clan familiar agnaticio* a su descendiente varón (copropiedad familiar), para que este asumiera los deberes del causante, bajo la idea de la *perpetuación del culto familiar o culto doméstico*, pues “la sucesión mortis causa se refería no solo a la transmisión del patrimonio del fallecido (...), sino a que el heredero sucedía al causante en su propia personalidad.” (Cardona, 2004, p. 2).

Ahora, la perspectiva clásica de libertad restrictiva de testar en Roma, además de prever la institución indeleble de la unidad familiar, la continuidad de la copropiedad familiar y por tal la “protección” de la familia romana (familia absolutamente patriarcal y tradicional), se basa en el factor del parentesco y se fundamenta en lo verte al día de hoy discretos pero insostenibles cimientos para su sustento, esto es: la “piedad familiar”. Cabe señalar que bajo los preceptos que imprimen el mensaje cristiano, surgió la necesidad moral de limitar la libertad testamentaria absoluta que se encontraba estipulada en las XII Tablas (Roma). La legítima no tiene, como indica Berenguer (2012, p. 18), un “fundamento en el privilegio de la familia sobre los bienes sino en consideraciones de piedad”, asegurando a los parientes de mayor proximidad, una partición de sus bienes y así un sustento para después del fallecimiento del *pater familia*.

En este orden de ideas, la solidaridad cristiana y de protección familiar, son los fundamentos propios que le dieron origen; fundamentos que hoy se repiten en los diversos ordenamientos jurídicos que le dieron paso en sus territorios, como es el caso Colombiano, pues como indicó Pedro Lafont (2019) “Las legítimas, como asignación (...) descansaban en el interés de protección de la familia tanto en la sucesión testada como en la intestada por su vinculación familiar” (p.305).

Señalan algunos autores que la legítima se instituye “en guarda de la justicia que sus integrantes deben observar recíprocamente” (Ramírez, 2003, p. 153) y es por eso que incluso aun cuando el testador “no lo desee o lo considere injusto o inapropiado en su caso (y puede, ciertamente, no faltarle razón), ha de respetarla a favor de sus herederos forzosos” (Lasarte, 2011, p. 190); indican además que por tratarse de una deuda legal que “suple el perjuicio u omisión” (Cardona, 2004, p. 227) del testamento, tiene la posibilidad de sobrepasar y hasta trasgredir, con adquisicencia de la ley, los atributos del derecho de propiedad con las que cuenta el testador.

Ahora, es claro que en la actualidad son pocas los sistemas que imposibilitan absolutamente al testador disponer en parte de sus bienes dentro del acto testamentario, sin embargo, los que mantienen aún un sistema de frenos no siguen siendo pocos, pues han tenido una defensa común que predica que aquellas se establecen “para evitar que actos meramente caprichosos del testador dejen sin herencia a sus parientes más cercanos” (Rodríguez, 2012, p. 38, 189), así como también que son de orden público y que parte de las buenas costumbres (Corte Constitucional, 1996).

Por su parte, en el caso de los países latinoamericanos, debe señalarse que en la mayoría de territorios, se mantiene un sistema de freno o de libertad restrictiva de testar, que se desenvuelve en dos modalidades distintas: El sistema de legítimas puro que se caracteriza por la asignación entre asignatarios, tal como lo dispone la ley, casos como el de Venezuela, Perú y Paraguay; y el sistema de legítimas y mejoras (como el caso de Chile y Puerto Rico), que a su vez evoca dos modalidades distintas:

- a. Aquella en que la mejora forma parte de la legítima.
- b. Aquella en que la mejora constituye una asignación distinta a la legítima y la porción de libre disposición.

Este último como escenario en el que se desarrolló la legislación colombiana<sup>26</sup> en materia de derechos de sucesiones hasta antes de la reforma establecida por la Ley 1934 de 2018, pues como lo indica Rodríguez (2012, p. 38) “El Código Civil francés de 1804 y posteriormente el colombiano, se inclinaron por la concepción del Derecho Romano en su última época y es por ello que el artículo 1155 del estatuto colombiano ha sido interpretado por la doctrina como una manifestación clara de esta última concepción”.

Ahora, es importante resaltar que en este acápite no esbozaremos ni siquiera de forma genérica, las normas jurídicas de los países latinoamericanos que aún conservan el sistema legitimario, pues como se evidenciará más adelante, los motivos de institución de la legítima son análogos a los colombianos y mal haríamos en incluir razones manidas a nuestro objeto de estudio, además, los motivos han sido

---

<sup>26</sup> “La libertad dispositiva ha sido, entre nosotros, formal y materialmente restrictiva” (Lafont, 2020, p.

bosquejados desde los inicios del presente trabajo, en especial cuando nos referimos a los antecedentes del derecho sucesorio<sup>27</sup>.

Finalmente debe señalarse que en virtud de lo anterior, se procederá en el capítulo que sigue a caracterizar el derecho sucesorio colombiano, haciendo hincapié en las asignaciones forzosas y realizando un análisis general a la última reforma del código civil que, como se indicó desde un inicio, fue expedida con posterioridad a la iniciación del presente trabajo.

---

<sup>27</sup> Hipotéticamente resguardar, como lo indica Uguarte (2007), “el patrimonio familiar y, por tanto, la unidad y solidez de la familia (p.251)

## II. SEGUNDO CAPITULO.

### SISTEMA SUCESORIO COLOMBIANO

#### 2.1. Sistema Sucesorio en Colombia

Al tenor de las modificaciones que de las sucesiones se fueron constituyendo a lo largo de la historia (desde el derecho romano), ésta deja de tener un carácter personal, para pasar a adquirir un sentido, por lo menos, mayoritariamente patrimonial<sup>28</sup>; es así que Sonia Esperanza Segura (2016) se permite afirmar que “con ocasión de la muerte de una persona se transfiere el patrimonio integro de este (...) la transmisión se proyecta sobre todos los derechos y obligaciones patrimoniales y no sobre los derechos de contenido personal” (p.40), habiendo sustitución de la titularidad de los derechos patrimoniales que le son propios, pues como lo establece además el artículo 665 del Código Civil colombiano, la herencia es un derecho real, más no personal, incluso cuando, como complementa Gásperi (1953), se basa “en el parentesco nacido de la vinculación (...) por la sangre” ( p.9), civil o por adopción.

Es por eso que, frente a la clasificación histórica de la sucesión a título universal y a título singular, cabe señalar que ya no tiene relevancia ni cabida aparente, pues la primera considera al heredero como continuador de las relaciones del difunto, es decir “como continuador de la posesión de las cosas y del conjunto de los derechos hereditarios, y, por lo tanto, como proyección o prolongación de la personalidad del difunto, cuyo lugar entraba ocupar” (Azpiri, 1991,p.1), y tal como lo afirmó Sonia esperanza Segura (2016, p.62), en el actual derecho hereditario son únicamente los derechos patrimoniales los que han de trasmitirse<sup>29</sup>.

Ahora, la herencia o las relaciones jurídicas patrimoniales que se configuran en la sucesión, formarán una unidad jurídica transmisible, que pasará a liquidarse y adjudicarse a los sucesores una vez se haya cancelado el pasivo. Ésta nace únicamente cuándo acontece la muerte del causante, concepción constituida para asegurar a los acreedores el pago de las deudas, así como también, para facilitar la distribución de los mismos. Es por ello que la sucesión es considerada como un modo de adquirir el

---

<sup>28</sup> Al respecto Gásperi aseguró en su Tratado de Derecho Hereditario que, a su criterio “la sucesión no obedece a un teórico y puro afán de atribuir la representación de la personalidad del difunto al heredero(...) ni de instituir solamente un nuevo modo de adquirir el dominio con prescindencia de toda preocupación moral vinculada con la organización de la familia, la sociedad y el estado” (1953, p.8 y 9)

<sup>29</sup> Así bien, en el presente trabajo se entenderá como sucesión a título universal y singular en el mismo sentido que estipula el artículo 1008 de la ley 87 de 1873, esto es, a título universal cuando se suceda al *de cuius* en todos su patrimonio, o en una cuota del mismo y, a título singular, cuando se establezcan legados dentro de la sucesión.

dominio (bien por el título del testamento o bien por el título de la ley) estipulado en el artículo 673 del código civil colombiano, qué parte exclusivamente del fallecimiento y no antes.

Como modo de adquirir el dominio (como en el caso Chileno y el Francés), la sucesión por causa de muerte es sentada por un testamentario o en su defecto, por la ley, la cual suplirá la voluntad de causante a falta de disposición expresa por parte del mismo. Cabe señalar al respecto que la normatividad permite también el desarrollo de una sucesión mixta con relación a aquellos testamentos que no acogen en su totalidad del patrimonio del *de cujus* ni su disposición *post mortem*, tal como se evidencia en el artículo 1009 del código civil colombiano.

En este sentido, se entenderá entre otras cosas, que la sucesión, como modo en virtud del cual se transmiten los bienes del causante a las personas que le sobreviven, siempre partirá del hecho jurídico<sup>30</sup> de la muerte<sup>31</sup> y finalizará con la partición y adjudicación aprobada en los términos que indica la ley; además, la sucesión se constituirá siempre de tres elementos, a saber, un causante (bien por muerte real o presunta), un heredero (bien sea persona natural o jurídica) y un patrimonio, esto es "el conjunto de bienes derechos y obligaciones del causante" (Fornieles, 1958, p.28); elementos sin los cuales no tendría factibilidad el acto mismo de la sucesión, tal como lo ha señalado el Dr. Pedro Lafont Pianetta (2006; 2017a; 2017b) y el Dr. Echeverría (2011) en el texto que ya nos hemos permitido citar, documento en el que también se manifiesta que para la configuración de la sucesión, existen peculiaridades ineludibles, dentro de los cuales se encuentra el criterio individual de la sucesión, que implica que por cada causante exista una sucesión (sin perjuicio de la configuración de la sucesión doble intestada); la naturaleza compleja, pues "La sucesión tiene que ver con el aspecto social y económico de un país, columna vertebral de toda nación" (Echeverría, 2011, p.28), entre otros. Claro, que la sucesión tenga un carácter mayoritariamente patrimonial, evidentemente no reniega de su contenido social, que además le hace tan sensible a debates constantes e incansables.

Ahora, en el caso nacional concreto, el sistema sucesorio que se constituye a partir de las estipulaciones del libro tercero del código civil colombiano, especialmente los artículos 1226 (asignación forzosa), 1239 (legítima rigurosa), 1245 (restitución por donaciones excesivas) y demás disposiciones, es

---

<sup>30</sup> Pues generalmente la muerte no deviene de la voluntad de las personas, no obstante, genera una alteración en el contexto con importancia en el mundo jurídico.

<sup>31</sup> "La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados" (ley 84, 1873, art.1012).

evidentemente un sistema sucesorio de freno o lo que es lo mismo, de legítimas, tal como se evidencio en el último acápite del capítulo que antecede.

Al respecto y teniendo en cuenta lo indicado en el texto intitulado *Derecho de Sucesiones* de autoría del Dr. Pedro Lafont Pianetta (2017a; 2017b), las sucesiones en Colombia se nutren de la familia y de su organización, característica que le es propia, por lo que en el contexto nacional se han dispuesto (fundada o infundadamente) límites claros con relación a la disposición de los bienes del testador<sup>32</sup>, pues como reiteramos, la sucesión (testada, intestada o mixta) es un modo de adquirir el dominio *mortis causa*, gratuito, derivativo y generalmente traslativo, que conlleva a que exista una continuidad (a título singular o universal) de las relaciones jurídico patrimoniales entre el causante y quien le hereda, punto último que inquieta a las personas y genera malestar en cuanto exista una ruptura con la idea de la familia tradicional.

El causante, la herencia y quien la hereda (el asignatario, quien es voluntario y quien generalmente se entienden que acepta con beneficio de inventario), son elementos fundantes e imprescindibles para la materialización de la sucesión; especialmente el tercero, es decir, quien hereda, porque éste constituye el sujeto a quien se adjudicará una universalidad jurídica (patrimonial), y por tratarse de un “fenómeno de interés económico” generalmente, mal visto sería –exponen algunos- que fuera ajeno a los límites socialmente impuestos de familiaridad.

### **2.1.1. Normas en materia de Derecho Sucesorio**

Es importante tener en cuenta antes de continuar, que las normas constitutivas de derecho de sucesiones pueden ser consideradas como imperativas, supletivas o mixtas, de acuerdo con el grado de obligatoriedad que impliquen; en este sentido, bien se tendrán como imperativas las relacionadas con las formalidades propias del testamento, el cumplimiento de las causales taxativas para el desheredamiento, el respeto a las asignaciones forzosas (entre otras); serán supletivas por su parte, las que tengan como objeto suplir los vacíos que se constituyan en el contexto del derecho sucesorio y; mixtas las que combinan las mencionadas, esto es, imperativas y supletivas, como era el trato jurídico relativo a la cuarta de mejoras, figura suprimida por la Ley 1934 de 2018, como más adelante se

---

<sup>32</sup> Razón por la cual el testador puede disponer de sus bienes hasta tanto no vulnere las asignaciones que forzosamente ha impuesto el legislador

aclarará. Ahora, relevante es mencionar que las normas en materia sucesoria poseen generalmente un carácter retrospectivo, con vigencia ultractiva, tal como lo manifiesta Echeverría (2011, p.20) en su texto<sup>33</sup>.

Con relación a las reformas más relevantes del código civil en materia de derecho sucesoral, nos referiremos a las siguientes, para tener un esquema general de las sucesiones en Colombia y comprender la estructura de la misma. Como una de las primeras reformas en derecho sucesoral colombiano, se encuentra la que introdujo la Ley 57 de 1887, en la medida que en su articulado modificó la imposibilidad de las personas jurídicas para adquirir patrimonio por medio de la sucesión y en su lugar confirió capacidad para lo mismo, tal como queda evidenciado con la lectura del artículo 1020 del Código Civil colombiano. Ahora, a propósito de las incapacidades para ser heredero, la Ley 153 de 1887 constituyó por su parte una causal adicional al artículo 1022 del Código Civil de Colombia, relativa al cargo y la influencia que eventualmente pudiera generarse en relación con el testador.

Por su parte, la Ley 95 de 1890 redujo lo relativo a la edad en lo dispuesto en el artículo 1132 del Código Civil Colombiano que indica “La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio, se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de veintiún\* años o menos, o con determinada persona” (Ley 95, 1890, art. 1132) hoy dieciocho años. Respecto a la sociedad conyugal y la capacidad de la mujer que se encuentra casada, siendo mayor de edad para administrar sus bienes, fue la Ley 28 de 1932 la que instituyó grandes e importantes reformas, necesarias para disminuir la desigualdad en las relaciones de poder que se configura en el matrimonio y en general, en la sociedad colombiana tal como manifiesta el magnífico texto intitulado “La mujer, sus obligaciones y sus derechos” de Josefina Amezcuita de Almeida (1977)<sup>34</sup>; avance socio jurídico

---

<sup>33</sup> “Se reconoce que las nuevas leyes sucesorales son de vigencia retrospectiva porque generalmente se aplican a las sucesiones que se abren dentro de su vigencia; esto es, a los fallecimientos ocurridos en ella, tomando en cuenta ciertas situaciones jurídicas (...) para modificarlas o derogarlas en el aspecto sucesoral. (...). Regula para el futuro las relaciones sucesorales que en adelante se presenten v. gr. fallecimientos, asignatarios y herencia. 2. También preceptúa lo referente a la presunta calidad de asignatario de las personas, para definirle dicha calidad (...) Lo anterior demuestra que la nueva ley toma una situación procedente para regularla hacia el futuro.” (Echeverría, 2011, p.20,21)

<sup>34</sup> “Es indudable que la situación de la mujer en Colombia en todos los aspectos de la vida ha estado siempre condicionada, en primer lugar, por marcos culturales que señalan, en forma definida y clara, la supuesta superioridad, el dominio, el poder y la plena autoridad del hombre y la también supuesta inferioridad, dependencia e incapacidad de la mujer. Pero, asimismo, la influencia del sistema Jurídico de la Familia ha sido un gran determinante en la condición de la mujer, ya que la base legal de la familia colombiana se inspira en las fuentes del derecho romano en donde el varón tenía un poderío absoluto sobre la mujer, sus hijos y sus bienes” (p.6)

fortalecido por el Decreto 2829 de 1974<sup>35</sup>, dentro del que, entre otras modificaciones, se reconoce la relativa los derechos civiles de las mujeres.

Cuatro años después de las maravillosas reformas instituidas por la Ley 28 de 1932, se expidió la Ley 45 de 1936 que le permitió a los hijos extramatrimoniales (para aquella época, denominados “naturales”) tener vocación hereditaria y por tal, heredar la mitad de los bienes que correspondía a los hijos matrimoniales; situación ésta que fue modificada por la Ley 29 de 1982 que reconoció total igualdad hereditaria entre los hijos.

Por su parte, se expidieron el Decreto 772 de 1975 en relación con la patria potestad, capitulaciones matrimoniales y la emancipación legal, el Decreto 902/88 modificado y adicionado por el Decreto 1729 de 1989 y el Decreto 2651 de 1991 (declarado definitivo por la Ley 446 de 1998) con relación a la posibilidad de llevar a cabo el trámite sucesorio ante notario; La ley 721 de 2001 relativo a la prueba de ADN para procesos de filiación e investigación de la paternidad; la ley 640 de 2001 con relación a la conciliación como requisito de procedibilidad, la ley 979 de 2005 con relación al derecho que le asiste a los compañeros permanentes a gozar de porción conyugal, siempre que se prueben los dos años de convivencia que se exigen en la ley 50 de 1994, la ley 1060 de 2006 frente a las presunciones de maternidad y paternidad, la ley 1893 de 2018 a propósito de las causales de indignidad sucesoral y finalmente la Ley 1934 de 2018, “por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil” que constituye grandes e importantes cambios en materia de derecho de sucesiones. Cabe ultimar que tanto la ley 1893 de 2018 como la Ley 1934 de 2018 serán enunciadas a profundidad en los acápites que a continuación se desarrollarán.

### **2.1.2. Clasificación de las sucesiones**

En Colombia, las sucesiones pueden ser clasificadas teniendo en cuenta diversos criterios, de los cuales solo acogeremos uno, esto es, con relación al título en virtud del cual se da la sucesión; criterio que representa la mayor importancia para el presente trabajo, pues dentro de éste se puede abordar lo relativo a las sucesiones testadas, escenario en que se incrementa la relevancia y la necesidad del estudio de la Legítima Rigurosa, ya que es en presencia de un testamento, cuando se puede evidenciar

---

<sup>35</sup> También la relativa a la nueva causal instituida en el artículo 1026 del Código Civil colombiano, declarada exequible por la Sentencia C- 174/96.

las incomodidades relativas al límite que representa dicha asignación forzosa<sup>36</sup>. Para lo mismo, nos dispondremos a caracterizar tanto la sucesión testada como la sucesión intestada, partiendo de las disposiciones del código civil colombiano, especialmente las relativas al título primero del libro tercero, con relación a las reglas generales de la sucesión por causa de muerte, el título quinto relativo a las asignaciones forzosas, así como las instituidas en el título segundo (Sucesión intestada), tercero (de los órdenes sucesorales en la sucesión testada), cuarto (asignaciones testamentarias) y sexto (reforma del testamento y revocación).

Cabe resaltar, antes de abarcar el tema relativo a las sucesiones testadas e intestadas, que con relación a la apertura de las sucesiones (título VII del libro tercero del Código Civil colombiano y el capítulo I del título primero, de la sección tercera del Código General del Proceso) pueden presentarse dos escenarios distintos: el judicial y el notarial; y lo anterior lo refiero en la medida que es importante tener claro, por lo menos de manera general, con qué motivo se presenta una u otra vía, haciendo precisión en que sea un proceso judicial o notarial, el tema de discusión del presente trabajo se mantiene incólume, pues en ambos escenarios la sucesión tendrá siempre presente la existencia o no de un testamento, y la presencia o no de legitimarios.

Frente al jurídico basta decir que las estipulaciones correspondientes se encuentran a partir del artículo 473 del Código General del Proceso. Con relación a la competencia, entendida esta como “el grado o la medida de la jurisdicción” que tiene por objeto determinar el “campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica” (Corte Constitucional, C-429, 2001), se debe señalar que será competencia del juez civil municipal en única instancia los procesos de sucesión en donde el valor de los bienes relictos correspondan a mínima cuantía y en primera instancia los de menor cuantía; por su parte, será competencia de los jueces de familia en primera instancia los de mayor y en segunda instancia los de menor. Todos los procesos de sucesión, por competencia territorial, deben llevarse a cabo en el último domicilio del *de cujus* o en el asiento principal de los negocios del mismo, en caso de que existan varios domicilios.

---

<sup>36</sup> Pues de modo contrario (sucesión intestada o abintestado) la discusión no tendría relevancia, en la medida que la libertad dispositiva del *de cujus* no se ve afectada en absoluto, o por lo menos no de manera evidente (pues cabe recordar que incluso las donaciones realizadas en vida por el mismo, están sujetas al ojo del operador judicial), quien en podrá incrementar la herencia con causa de acervos imaginarios.

Es menester anotar de nuevo que la competencia, como forma en que se atribuyen, desde el factor objetivo, subjetivo, territorial, conexión o funcional, asuntos a jueces de igual especialidad, cumple con una función esencial para asegurar la validez de las actuaciones y materializar el debido proceso dentro de las mismas.

Por otra parte, con relación a la apertura notarial de la sucesión, cabe señalar que al igual que el proceso judicial, se fundamenta en “la necesidad de la singularización de las sucesiones y (...) la organización de su trámite correspondiente” (Lafont, 2000, p.3), pues como queda claro, si bien algunos elementos del *de cuius* están determinados, como lo son los constitutivos del derecho de la personalidad jurídica, existen otros, como el patrimonial, que no, los cuales deberán establecerse con precisión, al igual que los asignatarios de la herencia, en el proceso sucesorio. Es así que el trámite notarial, que representa un trámite mucho más sencillo y expedito, también garantiza, como señala Lafont (2000), los derechos de los interesados.

Haciendo estas anotaciones previas, se procederá a señalar las generalidades de la sucesión intestada y testada, haciendo hincapié en esta última, por ser el escenario en donde toma mayor importancia el tema de estudio del presente trabajo, esto es, la libertad dispositiva del testador y el límite constituido por la existencia de las legítimas rigurosas.

#### **2.1.2.1. Sucesión Intestada**

De conformidad con el artículo 1009 del Código Civil Colombiano, la sucesión intestada o abintestato es aquella que se da en virtud de la ley por no contar con un testamento, es decir, cuando el causante no dispuso en vida de sus bienes con relación a su suerte una vez fallecido o, cuando habiéndolo hecho, el título testamentario resulte nulo. Así bien, serán las disposiciones legales las que determinen el destino último de los bienes del *de cuius*; al respecto se señala:

La sucesión legal (...) opera en defecto del testamento, la designación del sucesor o sucesores y la distribución de los bienes, derechos y obligaciones del fallecido viene determinada por la ley (...). Tiene un marcado carácter supletorio con respecto a la sucesión testamentaria, ya que implica que el causante no ha usado el testamento o que este deviene ineficaz. (López, 2015, p.19)

Por no haber dispuesto a través de un acto testamentario sobre los bienes, la ley suple la falta del acto del difunto y llama a la sucesión a los que serían los sucesores *ex lege*, a saber, sus descendientes, sus ascendientes, sus colaterales, los hijos de estos o al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; cediendo cada uno el paso del otro, siempre que se encuentre vacante el puesto por falta de herederos.

Hay que recordar que de acuerdo a las disposiciones del código civil colombiano, específicamente las del artículo 1041, en la sucesión abintestato se puede suceder por derecho personal o por representación, siendo esta última una ficción legal de origen francés, en la que una persona ocupa el lugar de otra (así como el grado de parentesco), a la que por ley le correspondía suceder. Ejemplos tales como los descendientes de los hijos del causante o los descendientes de los hermanos del *de cujus*.

Para aclarar, es importante resaltar que el **derecho de representación**<sup>37</sup> es la institución establecida en los artículos 1041 y siguientes del Código Civil colombiano, mediante la cual determinadas personas “que son descendientes de un mismo tronco o en concurrencia con herederos de otro tronco, ejercitan los derechos que en la sucesión abierta hubiera tenido su ascendiente fallecido antes que el causante, en caso de haberle sobrevivido a éste” (Corte Constitucional, C-1111, 2001); instituye entonces la excepción a la regla general del grado en la medida que posibilita a personas específicas, heredar concurrentemente con los del grado más próximo del causante, sin ser merecedor de lo mismo en circunstancias distintas a la representación, pues dichas personas heredan representado a su ascendientes pre-muerto.

[La representación es una] forma de heredar, debida exclusivamente a la ley, mediante la cual el descendiente de un hijo del causante, o de un hermano de este, sube a ocupar el lugar hereditario de dicho hijo o hermano que no pudo o no quiso suceder, siendo entendido que para que tenga lugar esta "ficción" y por ende, entre la descendencia, en cuyo beneficio despliega ella sus efectos, a ocupar el lugar y el grado del representado, es requisito indispensable que este último falte. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Expediente No. 4899, 1998)

---

<sup>37</sup> De acuerdo con Tamayo Lombana (2008), la representación sucesoria “es una ficción de creación legal en virtud de la cual una persona, el representante, es puesta por el legislador, en determinado momento, en el lugar, grado y derechos de otra persona, el representado” (p.42) que se basa entre otras cosas, en los afectos presuntos que el causante ha de tener con relación a sus nietos (bisnietos, etc.) y/o sobrinos.

Ahora, independientemente del número de personas que representen al ascendiente pre-muerto, heredarán, todas ellas, por estirpes más no por cabezas, pues de lo contrario afectarían los derechos de quienes concurren a la sucesión en el grado que les corresponde. En este sentido todas ellas entraran a heredar como si fueran una sola persona, esto es, como si se tratara del ascendiente en comento, incluso cuando está claro que el representate goza de sus derechos, no como heredero del representado, sino por disposición legal<sup>38</sup>, pues este último no tuvo la posibilidad o disposición de trasferir dichos derechos hereditarios a quien será su representado.

Siendo la representación la división por estirpes que permite al representante ser llamado como tal a la sucesión pese a existir herederos de grado más próximo, queda en claro que el representante no tiene un derecho transmitido por el heredero sino un derecho personal derivado de la ley, siendo, en consecuencia su situación de hecho totalmente distinta a la del heredero quien, dada su condición, está llamado a recibir la herencia por derecho propio. (Corte Constitucional, **C-1111, 2001**)

Así, quienes se encuentren llamados a recibir herencia por causa de la representación sucesoral, lo harán en iguales condiciones de quien ha de hacerlo por derecho propio (artículo 1042 del Código Civil colombiano), aun cuando su vocación hereditaria la adquieran con ocasión a la pre-muerte, indignidad, desheredamiento, incapacidad de heredar o el repudio del representado con relación a la herencia; lo que nos permite diferenciar tajantemente la ficción legal de la representación con la **transmisión hereditaria** (artículo 1014 del Código Civil colombiano), que surge por su parte, por la falta del derecho de opción (aceptación o repudio) de la herencia del causante, por parte del heredero (a título universal o singular) con motivo a su fallecimiento; en este último caso, serán sus herederos, los llamados a adquirir un porcentaje de la herencia (no aceptada ni repudiada aún) del causante, motivo por el cual se instituirán dos sucesiones, esto es, la del causante inicial y la que el heredero transmitirá<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> “En el supuesto de hecho del artículo 1042 del Código Civil no existe nada contrario a la realidad que deba ser amparado con una ficción legal, por cuanto el representante no goza de sus derechos como heredero del representado, sino que ejercita los derechos personales que le otorga la ley. En suma, lo que sucede simple y llanamente en la realidad es que el representante se supone toma el lugar y grado del representado”. (Corte Constitucional, Sentencia C-1111, 2001)

<sup>39</sup> “En otras palabras, es la delación misma la que se trasmite (opción de aceptar o repudiar)” (Tamayo, 2008, p.50)

Ahora, retomando lo propio de la sucesión intestada, el Código Civil Colombiano inicia estableciendo los órdenes sucesorales a partir de su artículo 1045 (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1934 de 2018) y continúa con los subsiguientes de la siguiente manera:

***Tabla 1 . Ordenes Sucesión Intestada***

<b>Ordenes Sucesorales</b>	<b>Artículo del Código Civil Colombiano</b>	<b>Sucesores</b>	<b>Cuota</b>
<b>Primer Orden Sucesoral</b>	Artículo 1045 Código Civil Colombiano	Descendientes de grado más próximo	Por cabeza
<b>Segundo Orden Sucesoral</b>	Artículo 1046 Código Civil Colombiano	Ascendientes de grado más próximo y cónyuge o compañera permanente.	Por cabeza
<b>Tercer Orden Sucesoral</b>	Artículo 1047 Código Civil Colombiano	Hermanos y cónyuge.	Por estirpes
<b>Cuarto Orden Sucesoral</b>	Artículo 1051 Código Civil Colombiano	Hijos de los hermanos	En representación
<b>Quinto Orden Sucesoral</b>	Artículo 1051 Código Civil Colombiano	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	Única

Fuente: Elaboración propia con base en los artículos 1045 – 1051 del Código Civil Colombiano

Debe aclararse que los órdenes sucesorales posteriores quedan excluidos, siempre que el orden sucesoral que le antecede cuente con herederos que reclamen de conformidad con las estipulaciones legales; así mismo, es importante reiterar que tanto en primer, segundo y tercer orden hereditario, se puede configurar porción conyugal.

Finalmente debe señalarse que de conformidad con el Artículo 1052 Código Civil Colombiano, se configurarán las reglas generales de la sucesión intestada en aquella parte del patrimonio que no haya sido dispuesta por el testador, tal como se evidenciará en el acápite que continua, el cual será de mayor

extensión en la medida que es en esta (la sucesión intestada) que adquiere importancia la libertad dispositiva del que será causante.

### **2.1.2.2. Sucesión testada**

Al tenor del artículo 1009 del Código Civil Colombiano, la sucesión testada es aquella que se realiza en base a la disposición testamentaria que el *de cuius* haya estipulado de manera válida, antes de fallecer; por tal se indica que “El testamento es solo un proyecto. La muerte lo transforma en definitivo” (Aguado, 2001, p. 131), con las excepciones del caso, tal como el reconocimiento de hijo extramatrimonial que se efectuó en testamento abierto o el nacimiento del usufructo (art. 1198 y 1201 del Código Civil colombiano).

Es claro que en este acto se concreta la voluntad del testador bajo la libertad dispositiva y la autonomía de la voluntad que se presumen del texto constitucional y de los preceptos del estado social de derecho.

Se trata del único acto del derecho civil mediante el cual una persona natural puede disponer hasta la totalidad de su patrimonio, el que no solo se confunde con a la vida de una persona sino que es la prolongación de la misma (como uno de sus atributos) después de su muerte (...) constituye un acto que debe estar guiado exclusivamente por la mera liberalidad del testador, lo que le imprime su carácter esencialmente gratuito y revocable, el cual puede extenderse a todo su patrimonio (Lafont, 2019, p. 204)<sup>40</sup>

Cabe recordar que de conformidad con el artículo 1008 del Código Civil Colombiano, se puede suceder a título universal o a título singular; siendo la primera, la que corresponde a la universalidad o totalidad (o en una cuota) de los bienes, derechos y obligaciones; y siendo la segunda la que corresponde al acto de suceder en especie o cuerpo cierto.

Ahora bien, la sucesión testamentaria se encuentra limitada por los denominados sucesores legitimarios o forzosos, quienes por imperativo legal son llamados a suceder incluso en contraposición con las disposiciones testamentarias que se pudieran llegar a establecer; suponen, como lo aseveran diversos doctrinantes, “una limitación para la libertad de testar del causante” (López, 2015, p.19), pues en teoría,

---

<sup>40</sup> Es así, que el Dr. Pedro Lafont Pianetta (2019) se permite señalar como formar de protección especial del testamento las formalidades pertinentes de la autenticidad y la autodeterminación (p. 204)

la sucesión testamentaria debe partir de la autonomía de la voluntad y de la libertad dispositiva del *de cuius*.

Al respecto se señala que como pertenecientes al sistema sucesoral de freno, la legítima se manifiesta como un límite, por lo menos, desde dos direcciones:

De un lado imponiendo unos límites cuantitativos a la libertad de testar; y del otro *restringiendo cuantitativamente* dicha libertad, en el sentido que lo que deban percibir los legitimarios por su condición de tal necesariamente deberán ser bienes de la herencia. (Aguilar, 2014, p.108)

Es decir, las imposiciones realizadas por el legislador delimitan la libertad de testar, pues establecen unos porcentajes que evitan que el testador pueda disponer libremente del destino de sus bienes *mortis causa* y, que en caso que así lo hiciera, se resuelva a favor de quienes se encuentren designados como legitimarios incluso contrariando las disposiciones del *de cuius*.

Respecto a lo señalado, se presenta el siguiente cuadro que determina la distribución legal de una sucesión testada en relación con la cuota que corresponde a la Legítima Rigurosa.

**Tabla 2 . Órdenes en Sucesión Testada**

Órdenes Sucesorales		Legitimarios Sucesores		Cuota
<b>Primer Orden Sucesoral</b>	Artículo 1239, 1240 y s.s. Código Civil	Si	Descendientes personalmente o representados	La mitad de los bienes, previas las deducciones relacionadas en el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245. Por cabezas.
<b>Segundo Orden Sucesoral</b>	Colombiano	Si	Ascendientes	
<b>Tercer Orden Sucesoral</b>		N/A	Libre disposición	
<b>Cuarto Orden Sucesoral</b>				
<b>Quinto Orden Sucesoral</b>				

Fuente: Elaboración propia con base en los artículos 1239, 1240 y s.s. del Código Civil Colombiano

Es decir, corresponde por ley, el cincuenta por ciento del patrimonio del causante a los legitimarios (en primer y segundo orden hereditario) y el cincuenta por ciento restante a la libertad dispositiva del testador.

Con esto, se podría señalar que incluso cuando la legítima tenga lugar en la sucesión testada e intestada (aunque algunos doctrinantes señalan que solo se configura en la sucesión testada), evidente resulta que únicamente en la primera se puede llegar a configurar un conflicto, pues es en esta que se materializa la voluntad del testador y será pues, proclive a contrariar las disposiciones legales que sobre la materia se hayan dictado, ahora

Desde el punto de vista práctico, la sucesión legítima ocupa en el derecho moderno una situación subordinada respecto a la testamentaria. La voluntad del causante manifestada en testamento es título preferente para determinar la vocación hereditaria, y sólo a falta de testamento o cuando el llamamiento hecho en éste no puede tener lugar opera la designación hecha por la ley, teniendo, pues, la sucesión legítima carácter *supletorio* respecto a la testada. (Ossorio, 2001, p.16)

Cabe señalar que no basta con ser un ascendiente inmerecido o un descendiente ingrato para decidir disponer de sus bienes con beneficio a terceros ajenos a quienes la ley denomina legitimarios; puede resultar, porque no, de un acto de justicia social, de búsqueda de equilibrio o simplemente de la configuración individual y meditada de uno de los pilares del estado social de derecho: el de la libertad; que no invita en sentido alguno a suponer razones malintencionadas de las disposiciones testamentarias contrarias a la ley, sino que por el contrario maximizan aquello que la constitución política reza en más de un articulado.

Partiendo de que la sucesión testamentaria nace del acto mismo del testamento, es importante indicar que frente a este último, sus orígenes aún causan discrepancia entre los doctrinantes, pero, para el derecho que nos ocupa, podríamos señalar que el desarrollo álgido tuvo lugar en el Derecho Romano, con figuras tales como la *in jure in cesio* (“origen de la cesión del derecho de herencia” (Cardona, 2004, p.2), la *mancipatio*, figura que permitió al ciudadano romano, disponer de sus bienes *post mortem* a través del testamento y la *mancipatio nummo uno*, figura que permitió al testador instituir un

fiduciario. A este punto se ha llegado a aseverar que “El testamento tiene la mayor importancia en la conciencia social; así, según Cicerón, es el acto más grave de la vida del Civis como lo es la lex de la órbita pública” (Biondo, 1960, P.4 y 5) representando entonces, tal como se evidencia en las XII tablas, un acto normal, común y hasta necesario para la sociedad romana, por parte del *pater familia*<sup>41</sup>, quien imprimía su voluntad absoluta en dicho acto; o tal vez, de civilizaciones aún más antiguas, pues como se ha llegado a aseverar,

En ausencia de documentos romanos sobre la primera época del testamento, los romanistas acudieron al derecho comparado, y especialmente al derecho griego, para aclarar lo que fue el primer testamento romano. Comprobaron que en sistemas jurídicos poco desarrollados no aparece el testamento en el sentido con que se lo conoce en Roma: en Grecia, el *de cuius* podría disponer de ciertos bienes determinados, pero la sucesión era intestada en beneficio de herederos presuntivos. Por tanto, para los romanistas se trataba de explicar la fuerza decisoria del testador en el testamento romano. (Álvarez-Correa, p.5)

El testamento como acto jurídico *mortis causa*, unilateral<sup>42</sup>, personalísimo y solemne (en menor o mayor grado), implica requisitos internos –o de fondo- (la legitimación testamentaria y las definidas por el artículo 1502 del Código Civil colombiano, esto es, capacidad para testar, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita); externos – o solemnidades- (según se trate de testamento solemne o menos solmene, estos últimos también denominados privilegiados) y; los requisitos propios de las disposiciones testamentarias en sí mismas, que no generarán sino nulidad en la respectiva clausula temeraria, “pudiendo tener validez las demás disposiciones que no se vean afectadas por algún vicio legal” (Aguado, 2001, p. 133)

Este acto jurídico, está definido por el artículo 1055 del Código Civil Colombiano, como un “*acto más o menos solemne*” revocable (a menos de que el testador señale lo contrario), por medio del cual una persona (de aquí, el carácter personal e indelegable del testamento) puede disponer de la totalidad de sus bienes (o parte de ellos) en la forma en que decida, para que dicha asignación tenga plenos efectos

---

<sup>41</sup> "la sucesión testamentaria en Roma, al revés de lo que sucede en otros pueblos de la antigüedad, se presenta, pues, como normal; era excepcional que un paterfamilias no hiciera testamento"( Biondo, 1960, p.6)

<sup>42</sup> "por cuanto sus efectos solamente empiezan a producirse con la muerte del testador. antes de la defunción El testamento es ineficaz, a excepción de las donaciones revocables y legados seguidos de la entrega de la cosa donada o legada, ya que el destinatario y legatario adquieren los derechos y obligaciones de usufructuario (...) desde el mismo instante de la entrega" (Lafont, 2013, p. 3)

*mortis causa*; en este mismo sentido, se expresó “*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*”(Modestino en Medellín, 2009, p.321), es decir, el testamento es “justa decisión de nuestra voluntad” frente a lo que cada uno desea que se materialice después de su muerte.

Ahora, aunque históricamente la sucesión intestada es la primera en aparecer, el testamento entra a constituir por múltiples razones, “una noción refinada y sutil, propia de ordenamientos jurídicos más progresivos y que, por tanto, se manifiesta tardíamente” (Ossorio, 2001, p.16) pues al posibilitar la materialización de la voluntad del testador en el acto testamentario

Lo que hace la ley es facultar a aquél para derogar o modificar aquellos llamamientos. De suerte que la sucesión testamentaria representa una derogación excepcional de la regla general que es la sucesión legítima, y la libertad de testar presupone como *prius* lógico unos llamamientos que mediante dicha libertad pueden ser alterados. (Ossorio, 2001, p.16)

Cabe señalar que puede testar toda persona en la que no se configuren las causas de inhabilidad establecidas en el artículo 1061 del Código Civil Colombiano, pues en caso contrario, el acto testamentario será declarado nulo.

Se indica que es más o menos solemne (Art. 1064 del C.C.C.), en la medida que el primero (abierto - nuncupativo o público- o cerrado) configura todas las solemnidades requeridas por la ley (que conste por escrito, etc); y el segundo (menos solemne - Art. 1087 del C.C.C.), por ser privilegiado, puede omitir las solemnidades establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano, como es el caso del testamento verbal (Art. 1090 del C.C.C.), el testamento militar (Art. 1098 del C.C.C.) y el testamento marítimo (Art. 1157 del C.C.C.). Debe indicarse que “el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por medio del cual una persona capaz, transmite y/o dispone de sus bienes y derechos, declara o cumple deberes para después de su muerte.” (Pérez, 2010, p.186).

Cualquiera que fuera el testamento, este se encuentra limitado de conformidad con las asignaciones forzosas del artículo 1266 del Código Civil Colombiano, estos son (con las modificaciones del artículo 2 de la Ley 1934 de 2018) los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas, la porción conyugal y la legítima rigurosa por estar inmerso en un sistema sucesoral de freno, esta última asignada por ley

a los descendientes (en primero orden hereditario) o ascendientes (en segundo orden hereditario), por lo que se asevera que

El testamento, como manifestación de la libre voluntad del testador, puede tener un contenido variado y tan amplio como lo sea dicha voluntad y los deseos del causante para después de su muerte. El Código Civil, una vez más, fiel a sus principios, no limita la facultad del testador para incluir en el testamento todas aquellas cláusulas que desee él mismo, siempre y cuando se respeten los límites y prohibiciones legales. Respetados éstos, el testador podrá dar el contenido que considere adecuado a su testamento, pues él, y solo él, es quien dispone de sus bienes, derechos y expresar su voluntad *mortis causa*. (Lacalle, Sanmartín y Aparicio. 2008, p.48)

El testamento como instrumento que materializa la voluntad del testador y concreta la libertad dispositiva, resulta limitado por la legítima rigurosa, en la medida que tanto los alimentos como la porción conyugal, es prestación *sui generis* de carácter alimentario, que corresponden cada una a la responsabilidad adquirida por parte del *de cuius*, tal como puede deducirse de los artículos 1227 y 1230 del Código Civil Colombiano.

#### **2.1.2.2.1. Del desheredamiento y la indignidad** **Caracterización del desheredamiento y de la indignidad**

La importancia que comportan las figuras del desheredamiento y la indignidad no es poca. Representa una posibilidad legal tanto para el testador como para los interesados (respectivamente) para evitar que sea llamado a suceder aquel a quien no se desea que herede, con motivo al cumplimiento de unos requisitos taxativamente expresados por el legislador.

Aunque en lo personal, afana la idea de que el peso en busca de la libertad dispositiva se encuentre en cabeza del tasador, quien fue el trabajador único e incansable de los bienes que a su nombre se encuentran, no es en sentido alguno despreciable la idea que el legislador haya posibilitado, por ejemplo, desheredar a quien no se aprecie por causas diversas. Ante esto y antes de proseguir, solo basta decir que un sistema de libertad testamentaria eliminaría por innecesaria, la figura del desheredamiento; en este caso y según se estipule, sería el heredero excluido quien tendría que demostrar la necesidad de la herencia y su buen comportamiento, más no el testador, a quien reitero,

no debería corresponderle el peso de demostrar sus decisiones personales, por lo menos en lo que respecta a una sucesión con legitimarios.

Por su parte, el **desheredamiento**, tal como lo manifiesta Somarriva, constituye una válvula de escape que posibilita al testador constituir en un acto testamentario, dentro de nuestro rígido sistema sucesorio y sin consecuencias jurídicas contrarias, la verdadera disposición, así querida y deseada, de su patrimonio.

No era posible que el testador se viera obligado a dejar la legítima a quien, por su comportamiento, no se la merecía. Para eso se crea la institución del desheredamiento, que tiene por objeto privar de la legítima a tal asignatario. (Somarriva, 1938, P.109)

El origen de ésta figura, es de derecho romano, siendo limitado en términos de causales por Justiniano, eliminado en el Código de Napoleón (el cual solo acogió la figura de la indignidad) y consagrado finalmente por los códigos civiles españoles, chilenos, colombianos y otros.

En los tres proyectos que culminaron con la expedición del Código de Chile, Don Andrés Bello estableció el desheredamiento remontándose a las causales establecidas en el antiguo derecho español. Así, el Fuero Juzgo en la Ley 1 Título V Libro 5 que derogó la antigua ley que autorizaba el desheredamiento de los descendientes, estableció la legítima como asignación forzosa. Pero simultáneamente y para evitar abusos de la conducta de los hijos permitió a los padres y ascendientes privarlos de la herencia por testamento estableciendo para el efecto algunas causales determinadas, como ocurría si “una manceba en cabello”, es decir, la mujer soltera menor de veinticinco años, se casaba sin consentimiento de su padre o, en ausencia de éste, sin el del abuelo. Pero en todo caso el desheredamiento debía ser expreso, por causal determinada y probada. El Título VII de la partida VI se consagra a la Institución del desheredamiento, como también lo hace el Fuero Real de España en el Título IX del Libro III. (Corte Constitucional, C-430, 2003)

El desheredamiento se encuentra estipulado en los artículos 1265 y ss. del Código Civil colombiano; en los mismos se establecen entre otras cosas que el testador puede excluir de la herencia a un legitimario de la legítima que por ley le correspondería, de manera total o parcial con motivo a las causales que establece el artículo 1266 del Código Civil colombiano, dentro de las cuales se encuentra

la injuria grave<sup>43</sup>, bien sea en contra del testador, de sus bienes y honor o en contra de su conyugue o familiares en línea recta, bien se trate de ascendientes o descendientes; Cabe señalar que previo a la sentencia C-105-94 del 10 de marzo de 1994 que tuvo como Magistrado Ponente al Dr. Jorge Arango Mejía, la injuria acogía únicamente a los ascendientes o descendientes legítimos, sin embargo a causa de dicho fallo, el apartado de “legítimos” fue declarado inexecutable.

Las otras tres causales de desheredamiento que establece el ordenamiento civil, son: el hecho de que el legitimario, incluso pudiendo, no hubiera prestado el socorro debido al testador que se encontrara en estado de demencia o destitución; El impedimento (a través del dolo o de la fuerza) que hubiese ejercido el legitimario, para que el testador pudiera testar y; cuando el legitimario haya contraído nupcias sin la anuencia de un ascendiente (Código Civil Colombiano, 1887, art. 124), cuando así se hubiera estimado necesario<sup>44</sup> (causal que solo aplica para el desheredamiento a descendientes).

Cabe señalar que la quinta causal de desheredamiento que establecía el artículo nombrado, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-430-03 de 27 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Evidentemente, el desheredamiento representa una medida legal y en ocasiones efectiva para contrarrestar la carga que constituye el respeto de las legítimas rigurosas, es así que el artículo 1268 del C.C.C. se permite afirmar que el desheredamiento (en caso de no haber expresado límite alguno) se extiende sobre toda asignación *mortis causa* y donación que se hubiera podido establecer a favor del legitimario desheredado; sin embargo, es de aclarar que el desheredamiento no puede, y con toda razón, excluir al alimentario de su derecho de alimentos, excepto en los casos en los que se presente injuria atroz.

Ahora, es importante resaltar que la causal que se alegue con motivo al desheredamiento, no será válida si no se estipula en el testamento, tal como lo indica el artículo 1267 del Código Civil Colombiano y, si no se prueba de manera judicial en vida del testador por el mismo, o a su muerte, por los interesados. La “imposición de la sanción civil solo le concierne al agraviado, por medio de la manifestación

---

<sup>43</sup> “es posible interpretar que podrá ser desheredado justamente quien haya realizado un comportamiento susceptible de causar un grave daño o menoscabo intencional en contra de alguna de las personas que se mencionan en el art. 1208.1° del CC, pues dicho comportamiento será susceptible de ser calificado como injuria grave.” (Espada, 2017, p. 341)

<sup>44</sup> Causal declarada executable por la Corte Constitucional en Sentencia C-344-93 de agosto 26 de 1993.

expresa de la voluntad de desheredar junto con la invocación de la causal” (Corte Constitucional, C-552, 2014). Claro está que se podrá prescindir de la necesidad de probar, siempre que el legitimario desheredado no requiera su parte de la herencia dentro del término establecido por la ley, esto es, cuatro años una vez efectuada la apertura de la sucesión o una vez haya cumplido la mayoría de edad (o concluida su incapacidad), siempre que al tiempo de la apertura hubiere sido menor de edad (o incapaz).

En éste sentido y como queda claro con la sentencia C-552 del 2014, el desheredamiento no es automático, ya que implica que se otorgue un testamento en el que se invoque expresamente la causal de desheredamiento y que la misma se pruebe judicialmente; sin embargo y con relación al trabajo que aquí se está desarrollando, cabe señalar que oprobioso es considerar que las causales que se encuentran taxativamente establecidas en el Código Civil Colombiano correspondan a las múltiples realidades familiares que convergen en Colombia, y esto lo expreso así en la medida que limitar el deseo y la decisión del testador para efectuar un desheredamiento es suponer que a todos los miembros de la familia, tanto ascendientes como descendientes, les genera tedio las mismas causas. ¿Quién podría aseverar que la injuria atroz en contra de allegados ajenos al círculo familiar del testador no implique la misma – o mayor- indignación, desasosiego o furia que la que pueda significar la que se ejerza en contra de los ascendientes o descendientes del mismo?

El legislador, partiendo de una idea de familia tradicional, se permite limitar (o simplemente establecer) causales (taxativas), implicando que solo en algunos contextos específicos, podrá darse lugar al desheredamiento, excluyendo los diversos motivos que seguramente los testadores tengan para el mismo fin; lo que, una vez más, afianza el sistema restrictivo de disposición testamentaria que, como lo veremos en título posterior, genera contraproducentemente escenarios que se confunden con la ilegalidad y/o la mala fe del testador, en miras al incumplimiento de la legítima rigurosa.

Finalmente, así como todas las demás disposiciones testamentarias, el desheredamiento también puede ser revocado de manera total o parcial, siempre que así haya constado por escrito y de manera expresa, por lo que incluso existiendo reconciliación entre el testador y el desheredado, no podrá deshacerse o revocarse la disposición testamentaria en comento.

Por su parte la **indignidad**<sup>45</sup>, que “supone la pérdida del derecho de heredar que se deriva de una sanción que se impone a título de pena civil por las causales previstas en la ley” (Corte Constitucional, C-552, 2014) se encuentra establecida en los artículos 1025 y siguientes del Código Civil colombiano.

El desheredamiento, al igual que la indignidad, son penas privadas impuestas al heredero (...) la punición de la indignidad la impone la ley (...) la sanción por desheredamiento la impone el testador [por disposición testamentaria]. (Tamayo, 2008, p. 277)

En sentido similar que el desheredamiento, la indignidad cuenta con causales taxativas establecidas en el ordenamiento civil colombiano, las cuales deben ser alegadas y demostradas, pues tal como lo expresa el artículo 1031 del C.C.C., la misma no producirá efectos si no es declarada judicialmente, único caso en el cual, el indigno se verá forzado a restituir la herencia o legado, junto con los ingresos adicionales que estos hayan causado.

El carácter excepcional y restrictivo de interpretación de la misma, se debe a que ésta, al igual que el desheredamiento, impide de forma definitiva, suceder al *de cuius*, sin que implique de manera evidente la pérdida de los derechos de alimentos debidos por ley, exceptuando indicación expresa de la ley. Y así, como se afirmó en acápite anterior, la indignidad constituye uno de los escenarios de materialización de la representación sucesoral.

La ley llama a heredar a personas que tienen con el causante lazos que implican, afecto, lealtad y respeto. Sería inconcebible que el fruto del trabajo de una persona fuese a quedar en poder de quien la ha maltratado, ocasionado daño grave. Eso sería consagrar jurídicamente un contrasentido por tal razón la ley ha establecido causales de indignidad (Navarro, 1999, p.55)

La indignidad tendrá lugar entonces, por las mismas causales segunda (pero hasta el sexto grado de consanguinidad) y tercera de desheredamiento; por la intervención directa o indirecta en el homicidio cometido contra el causante por parte del heredero o legatario; por el atentado grave contra “la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada” (artículo

---

<sup>45</sup> “Tiene origen en el Derecho Romano y se conoció como la *exheredatio*, institución que facilitaba al padre para excluir de la herencia a sus hijos y demás parientes llamados a sucederle en su herencia (...) se trata de una pena o sanción civil consagrada por la ley (...) debe ser declarada y dispuesta por sentencia judicial, firme y ejecutoriada” (Cardona, 2004, p.93)

1025 del Código Civil colombiano); por el ocultamiento o detención dolosa (la cual se presume) del testamento del causante.

Con motivo de la ley 1893 de 2018, serán también causales de indignidad el abandono injustificado<sup>46</sup> (causal 6 y 8), aun habiendo tenido la obligación de suministrar los alimentos de ley (causal 6) o habiendo tenido los medios necesarios para atender al causante que en vida se encontrase en situación de discapacidad (causal 8), siempre que no se demuestre la voluntad del causante de perdonarlo, excepción que solo aplica para la causal 6 y; finalmente, el heredero o legatario condenado con sentencia debidamente ejecutoriada, por los delitos establecidos en el Título VI Capítulo Primero del Código Penal, siempre que el causante sea la víctima de los mismos. En cualquiera de los casos, tendrá opción de purga en los términos de la ley, esto es, diez años.

Ahora, tal como lo señala la ley, especialmente el artículo 1031 del Código Civil colombiano y siguientes, para que se constituya la indignidad y surta efectos jurídicos, ésta debe ser declarada por autoridad judicial, esto es, en caso de que la causal constituya un delito, ante el juez penal y en caso de que así no sea, ante el juez civil<sup>47</sup>.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la indignidad supone capacidad sucesoral en el indigno, pero constituye un vicio en la vocación hereditaria del mismo, se trate de una sucesión testada, intestada o mixta (art. 124 y 1028 del Código Civil), de herencia o de legados; así como también recordar que si un legitimario “no lleva el todo o parte de su legítima, por incapacidad, indignidad o desheredamiento, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho a representarlo” (Código Civil Colombiano, 1887, art. 1248) dicho monto referido será sumado a las legítima de los demás y a la porción conyugal.

---

<sup>46</sup> Se entiende por abandono “la falta absoluta o temporal a las personas que requieran de cuidado personal en su crianza, o que, conforme a la ley, demandan la obligación de proporcionar a su favor habitación, sustento o asistencia médica” (Ley 1893, 2018)

<sup>47</sup> El proceso ordinario de indignidad (...) tiene por objeto debatir la aptitud de un heredero para acceder a la herencia de su causante, es decir, dicho proceso tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y en tal virtud constituye una sanción de carácter civil en la medida en que por causa de la declaratoria de indignidad un heredero puede ser excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder. (Sobre las indemnizaciones por fallecimiento de parientes, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de abril de 2008, Rad. 00439. Autorizada la publicación con oficio de 7 de abril de 2010.) (Echeverría, 2011, p)

## **2.2. Sistema Sucesorio de Colombia y el Código Civil Colombiano.**

### **Antes de la Reforma de la Ley 1934 de 2018 y los Fundamentos de la Corte Constitucional.**

En relación con el sistema sucesorio en Colombia y previa reforma la legal que constituyó la Ley 1934 de 2018, Colombia hacía parte del sistema de freno que contemplaba como asignaciones forzosas, la porción conyugal, los alimentos, las legítimas, y además, una figura de origen español denominada cuarta de mejoras (artículos 1242 y 1243 del C.C.C.), la cual permitía incrementar la asignación a alguno de los descendientes del causante (y únicamente descendientes) a voluntad del testador, so pena de ser dividida en partes iguales a favor de los legitimarios. Sin embargo, es evidente que dicha voluntad del testador se encontraba limitada, pues esta podía figurar únicamente en cabeza de alguno de sus descendientes, en la medida que tal como lo expresa Tamayo Lombana (2008) “la condición es que el asignatario sea descendiente, aunque por la época no sea legitimario” (p.202), implicado una vez más, un límite injustificado a la libertad dispositiva del testador.

Al respecto señalo en su momento la corte constitucional que las mejoras constituyen un porcentaje que puede distribuir “el donante o testador (...) entre sus descendientes, sus hijos naturales y los descendientes de éstos (...) con exclusión de los otros” (Corte Constitucional, C-641/00, 2000) ya que, asevera la Corte Constitucional “la facultad del testador para disponer de sus bienes no es ilimitada pues, para que el testamento sea válido, deben respetarse los órdenes sucesorales establecidos en la ley” (Corte Constitucional, C-641/00, 2000), en dicho sentido, con relación a las legítimas, la facultad del testador se limita absolutamente a las disposiciones legales y respecto a la extinta figura de la cuarta de mejoras, la posibilidad del testador se encuentra, aunque así no lo quiera percibir la Corte Constitucional, limitada, ya que incluso cuando permite disponer de la misma, restringe el uso de dicha facultad con relación a los mejorarlos y claro, no es de negar que sea cual sea el grado, existe un límite y una restricción indubitable.

Sin embargo, una vez más reiteramos que con la expedición de la ley 1934 de 2018, el porcentaje relativo a la cuarta de mejoras, desaparece y en su lugar, acrecienta lo relativo a la libre disposición del testador. Con relación las legítimas, solo basta decir que a la fecha, conservan íntegramente su estructura y porcentaje, como ya veremos en el acápite que continua.

Ahora, con relación a los argumentos que arguye la Corte Constitucional sobre la utilidad y los motivos que dan base a las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras (hoy subrogada) en el ordenamiento

jurídico colombiano, basta decir que parecen contener precisiones insuficientes, en la medida que integran criterios tales como las buenas costumbres y el orden público para justificar la existencia de dichas figuras, lo que en resumen y con relación al derecho sucesorio, parecieran ser indeterminaciones jurídicas que a la fecha no han sido plenamente desarrolladas.

Al respecto del primer criterio, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha intentado señalar aspectos generales sobre las buenas costumbres, pues como se establece en la Sentencia C-113 de 2017, “Es común que el término “buenas costumbres”, usualmente acompañado de una alusión genérica a “la moral” se incluya en enunciados jurídicos” (Corte Constitucional, C-113, 2017) e indica:

La posibilidad de redactar disposiciones de este tipo no está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, primero, porque la propia Constitución Política de 1991 alude a la moral, aunque no utiliza la expresión ‘buenas costumbres’; y, segundo, por la amplia facultad de configuración del Derecho, que ostenta el Legislador. Sin embargo, con el propósito de dotar de cierta precisión su contenido, y atendiendo a su contenido valorativo, la Corte ha considerado que ambas expresiones pueden reconducirse al término de moral social o moral pública. (Corte Constitucional, C-113, 2017)

Asimilando entonces, por lo menos en el fallo precedente, las buenas costumbres con la moral social o moral política, sin que los términos dejen de parecer al lector exhaustivo, términos indeterminados cuya interpretación no logra justificar cualquier tipo de disposición jurídica sea cual sea su incidencia en la realidad colombiana. Así mismo, causa inquietud la relación que buscaba la corte constitucional en Sentencia C-641/00 y Sentencia C-660/96 al indicar que las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras son construcciones jurídicas que devienen de las buenas costumbres, o lo que es lo mismo, de la moral social o moral política, pues en este sentido ¿La no constitución de la legítima rigurosa o cuarta de mejoras atentaría la moral social o política?, en caso afirmativo ¿Qué moral social o que moral política se vería afectada con la libertad dispositiva del testador?, ¿La de la familia tradicional? ¿Y las diversas familias no tradicionales, que parecen ser una mayoría quedan excluidas de la lectura del fallador?. Claro, se comprende que

Toda expresión jurídica adolece de cierto grado de indeterminación que suele explicarse a través de los conceptos de ambigüedad o polisemia de las palabras, y vaguedad de los conceptos. Los conceptos indeterminados son, primero, inevitables, en tanto características del lenguaje natural y,

segundo, en ocasiones deseables para dotar de cierta flexibilidad el momento aplicativo del derecho (o regulativo, cuando corresponde a las autoridades ejecutivas ejercer el poder reglamentario). (Corte Constitucional, C-113, 2017)

Flexibilidad claro, que aboga o a una adecuación de la norma a la realidad social, política, económica y cultural o, por otro lado, a reflexiones equivocadas e impropias del contexto, que por un simple valor histórico (y melancólico) mantienen su status en el ordenamiento jurídico colombiano, como podría resultar por ejemplo, con las legítimas rigurosas y como se evidencio que sucedía (en la exposición de motivos de la Ley 1934 de 2018), con la cuarta de mejoras.

Es peligroso, como lo manifestó la Corte Constitucional (2017) en Sentencia C-641/00<sup>48</sup> y Sentencia C-660/96<sup>49</sup>, la utilización de criterios ambiguos, pues pueden “**generar problemas de constitucionalidad**; especialmente, **cuando el nivel de indeterminación se torna demasiado alto** y cuando de ello depende la eficacia de los **derechos constitucionales**. (...) El término moral social o moral pública es un concepto indeterminado” (Corte Constitucional, C-113, 2017) (Negrilla fuera de texto original) y, como se hace evidente, la libertad dispositiva constituye un derecho constitucional.

La validez o no de su uso depende entonces de una **ponderación**, explícita o subyacente, **entre los principios e intereses jurídicos involucrados** en cada escenario, el nivel de indeterminación de la expresión en cuestión, su contenido valorativo y la facultad de configuración del derecho en cabeza del Congreso de la República. (Corte Constitucional, C-113, 2017) (Negrilla fuera de texto original)

Ahora, también cabe preguntar, ¿Qué quiere decir la Corte Constitucional cuando refiere que “existe un grado de indeterminación que es **aceptable constitucionalmente**; y, de otro lado, puede ser válido

---

<sup>48</sup> Sentencia en donde la Corte Constitucional se permite afirmar que “la consagración en normas de orden público, de reglas sucesorales sobre la constitución de legítimas rigurosas en favor de los consanguíneos, que en todos los casos, rijan el destino post mortem de los bienes del causante, es cabal desarrollo de la competencia de regulación normativa que los artículos 42 y 150 de la Carta Política confieren al legislador, tanto para regular la materia hereditaria como, además y principalmente, para plasmar en ella las restricciones que resultan de los postulados constitucionales que proclaman la primacía del interés general y la protección de valores superiores” (Corte Constitucional, C-641, 2000)

<sup>49</sup> Sentencia en donde se indica: “En el Código Civil colombiano de 1887 se consagraron tanto la visión voluntarista imperante, como los límites a la autonomía de la voluntad que por entonces se aceptaban: el orden público y la buenas costumbres; prueba de ello son, entre otros, los artículos 16, 1151, 1518, 1524 y 1532. Se puede decir, entonces, que la institución mencionada, aunque limitada, adquirió un lugar preponderante y fundamental dentro del sistema” (Corte Constitucional, C-660, 1996)

que en el **contexto específico**”, es decir, un término puede ser constitucionalmente aceptable (aceptable más no aceptado, esto es, una posibilidad condicionada), sin necesidad de ser válido en un “*contexto específico*”, lo que implicaría que, como bien se percibe, una posibilidad no se encuentra ceñida a la otra y por ende, una indeterminación que aparentemente sea “aceptable” (por lo menos desde el punto de vista constitucional) no sea válida contextualmente, como temo, resulta con la constitución de las legítimas rigurosas y, por supuesto, de la cuarta de mejoras.

Pues si bien es cierto que las buenas costumbres, entendidas entonces “como las **pautas de conducta** que, en efecto, hacen parte de un **código social** que se considera importante en el seno de una comunidad” (Corte Constitucional, sentencia 113 de 2017) (Negrilla fuera de texto original) y la que “prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia” (Corte Constitucional, C-113, 2017) conforme a los valores y principios notables y apreciables en un contexto determinado, pueden limitar válidamente y en los términos que se afirma en las sentencias, Sentencia C-641/00 y Sentencia C-660/96, el ejercicio de los derechos, mal se haría utilizar dichos criterios para delimitar el desarrollo propio y personal que se efectúa en las diversas y múltiples formas de familia, claro, esto exceptuando los escenarios que vulneran los derechos fundamentales de los miembros de la familia y claro, como es obvio, la posibilidad de acrecentar el patrimonio propio a causa de una sucesión, en efecto no es un derecho constitucionalmente reconocido, en cambio el derecho al patrimonio, a la libertad y la autonomía (pilar de la Dignidad Humana) si lo es, pero este no se ve afectado en absoluto con la existencia de un sistema de libertad dispositiva, sino todo lo contrario, sería desarrollado plenamente.

Queda claro que no toda utilización de la expresión aquí señalada generará, incluso cuando se hace evidente su indeterminación, una inconstitucionalidad de cada norma que la acoja, sin embargo, tal como señala la sentencia C-382-19, su lectura e interpretación dependerá “de una valoración de las razones y el contexto particular” (Corte Constitucional, C-382, 2019) en el que se desarrolle, siempre que no constituya un límite o restricción desproporcionada al ejercicio de los derechos, como podría presumirse de la constitución de las legítimas y su fundamento (según la corte constitucional) en las buenas costumbres, en donde se excede lo constitucionalmente admisible.

Con relación al criterio de orden público<sup>50</sup>, se corre la misma suerte, pues no se comprende por qué éste es un fundamento de la institución de las legítimas rigurosas y cuarta de mejoras que evita además, la creación de un sistema de libertad testamentaria. Cabe señalar someramente que dicho concepto remonta sus orígenes en el derecho romano, en donde se acudía al término de *ius publicum*<sup>51</sup> como derecho público u orden público.

**Formular una definición lógicamente satisfactoria de orden público es empresa desalentadora**, pues el ingrediente evaluativo que en ella va implícito, **impide ganar una noción objetiva, universalmente reconocible**. De allí **el peligro de usarla como condición o límite del ejercicio de un derecho**, pues cada vez que se procede de ese modo, y en ocasiones resulta inevitable hacerlo, se libra su **inmensa forma vacía a la discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla**. El único control de su evaluación, entonces, estará constituido por el telos del Estado de derecho y éste, preciso es admitirlo, es también pasible de más de una valoración. (Corte Constitucional, C-179-94, 1994) (Negrilla fuera de texto original)

Y es que más que justificar la vigencia de las legítimas rigurosas, éste (el orden público) se expone en las sentencias referidas inicialmente, o al menos, eso es la sensación que se produce, con el propósito de evitar que se configure un sistema de libertad testamentaria en Colombia; lo que resulta peligroso, pues tal como lo advirtió la corte constitucional en 1994 y Ángel Acedo Penco (1996), en su texto intitulado “El orden público actual como limite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, éste criterio resulta vacío y genera una dependencia absoluta a la voluntad del fallador, pues el orden público “se manifiesta, generalmente, como limite a la voluntad de los particulares y suele ser una cláusula de cierre del Ordenamiento jurídico en manos de los jueces” (p.329), que sin duda alguna puede partir de la idea de una familia tradicional e ignorar y excluir, las multiplicidades de vínculos más, que son también, instituciones familiares.

---

<sup>50</sup> “La noción de buenas costumbres, ha sido identificada con la del orden público por un sector predominante en la doctrina francesa, para el que esta última noción, que es entendida en un amplio sentido, englobaría, también a las buenas costumbre. El orden público, desde este punto de vista, comprendería, además de las bases generales del Estado, las bases morales sobre las que descansan las estructuras de la propia sociedad” (Acedo, 1996, p.337). Aunque el autor termina concluyendo que son figuras distintas con cierta conexión.

<sup>51</sup> De donde deviene el latinajo “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” es decir “El derecho público no puede ser alterado por pacto entre particulares” (Real Academia Española, <https://dej.rae.es/lema/ius-publicum-privatorum-pactis-mutari-non-potest>)

Y claro, es de advertir que si nos referimos a las instituciones familiares no es porque de éstas debiera depender el derecho sucesorio (con toda la admiración y respeto por los doctrinantes que afirman lo contrario), pues el derecho sucesorio y la libertad dispositiva de los bienes, parte de la relación que tiene el testador frente a su patrimonio, independientemente de la institución familiar específica en la que se encuentre.

En criterio de la aquí exponente, el derecho sucesorio, especialmente el que se refiere a la sucesión testada, parte en teoría de la voluntad del testador (y así debería seguir siendo, claro, con absoluta libertad dispositiva) quien en últimas fue el que trabajó arduamente para adquirir el patrimonio que eventualmente ha de repartirse como herencia. Es así que el derecho sucesorio (exceptuando lo relativo a los alimentos y a la porción conyugal que contienen un carácter de reciprocidad y responsabilidad familiar) no parte en principio, de las relaciones jurídicas familiares, como sí lo hacen por ejemplo la custodia y el cuidado personal, el derecho de visitas, entre otros; el derecho sucesorio parte de brindar una estabilidad jurídica patrimonial a los acreedores y demás terceros, con relación a los bienes que el causante ha dejado después de fallecer.

Es por eso y no por otro motivo, que los elementos de la sucesión no implican en sentido alguno el tener una familia, sino que únicamente que exista un causante, que el causante tenga patrimonio y que se constituyan ciertos herederos que reciban la herencia. Es decir, el derecho sucesorio es netamente (o bueno, por lo menos, mayoritariamente) patrimonial, claro, sin olvidar que la propiedad cumple con una función ecológica y social que se establece en las sentencias C-216 de 1993<sup>52</sup>, C-245 de 1993, C-295 de 1993 y C-428 de 1994.

Ahora, que si bien el afecto que se genera dentro de una institución familiar determina el cómo ha de repartirse el patrimonio (es decir, quienes serán los herederos), es un tema distinto, que además debería depender única y exclusivamente del testador de donde devienen los afectos y simpatías, no de la ley, pues el legislador ignora en absoluto las multiplicidades que pueden presentarse cuando se habla de la institución familiar y de las relaciones que de ella se desprenden. Es más, de hecho, incluso cuando se tratara de una familia tradicional, esto no es óbice para que la ley sea quien establezca la percepción

---

<sup>52</sup> Indica la sentencia C-216 de 1993 “El derecho de propiedad que la Constitución garantiza no es arbitrario sino que está limitado y condicionado en su ejercicio a la realización de los objetivos sociales y subordinado a ellos, de tal forma que, ante los perentorios términos de la Carta, hoy no es posible sostener que ésta resulte desconocida por una ley mediante la cual se exija al propietario el acatamiento a tal principio.”

del testador frente al cómo ha de repartirse lo que le es propio, pues nada implica que aun estando en una familia tradicional, una madre o un padre desee sabiamente brindar a sus padres o hermanos más que a sus hijos (a quienes en vida ofrecieron todo lo que la ley exige y más –educación, oportunidades, etc.-), todo el fruto de su trabajo.

Finalmente y atendiendo lo indicado, es claramente un riesgo usar el concepto de “orden público”<sup>53</sup> así como de “buenas costumbres” como condición o límite del ejercicio de un derecho, como el de la libertad y la autonomía (bajo el tema del presente documento) dispositiva del patrimonio del testador, pues la “inmensa forma vacía” se encuentra sujeta de una u otra manera a la “discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla”, sin la confianza de que dicho funcionario advierta el contexto en el que se desarrollará uno u otro concepto indeterminado.

### **2.3. Reforma de la Ley 1934 de 2018.**

#### **De un sistema de Legítima con Mejora, a un sistema de Legítima Fija.**

Dentro de la Gaceta 602/16<sup>54</sup> se expuso por primera vez, lo que sería la Ley 1934 de 2018, “por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano”. La misma, fue presentada por los congresistas Rodrigo Lara Restrepo, Carlos Jimenez, Jorge Enrique Rozo y Jose Ignacio Mesa, el cuatro (04) de Agosto de dos mil dieciséis (2016), ante la comisión primera, como el proyecto de ley número 066 de 2016 de la cámara de representantes, con ponentes en primer debate a los H.R Rodrigo Lara Restrepo, Elbert Diaz y Samuel A Hoyos Mejia.

La iniciativa, enarbolaba desde el comienzo y como uno de sus principales propósitos, la ampliación de la libertad de testar, “mediante la reducción de las legítimas a una cuarta parte de la masa sucesoral y la eliminación de la cuarta de mejoras” (Gaceta 602, 2016, p.7), en sentido tal que el testador pudiera disponer a voluntad, de tres cuartas partes de su patrimonio, sin perjuicio claro, de los alimentos debidos por ley y la porción conyugal. Lo anterior, se desarrolló en la exposición de motivos que resulta del todo interesante.

---

<sup>53</sup> “En un Estado social de derecho, el uso del poder correspondiente al mantenimiento del orden público está limitado por los principios contenidos en la Constitución y por aquellos que derivan de la finalidad de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas” (Corte Constitucional, C-825, 2004)

<sup>54</sup> Exposición de Motivos Cámara de Representantes. Disponible en: [http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2016/gaceta\\_602.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2016/gaceta_602.pdf)

Dividida en dos partes, a saber, “los órdenes de justificación de las leyes de herencia” (primer parte) y la “normatividad colombiana y las necesidades de la nación” (segunda parte), exponen todo una amalgama de argumentos que sin lugar a dudas ameritan el cambio de normatividad en materia sucesoria.

Con relación a la primera parte (en donde exponen la ley de herencia y el derecho comparado), se permiten enunciar de manera somera los antecedentes que justifican la ley sucesoria actual (en su momento), desde el punto de vista de las realidades políticas, económicas y civiles<sup>55</sup> y manifiesta, al igual que la aquí exponente, la preocupación que merece el vincular tan descomedidamente las leyes sucesorales con los “valores centrales de la sociedad liberal-burguesa (...) [en la medida que se] pone de relieve un problema central en las diferentes concepciones de sociedad debido a que los valores que se aspira a realizar son múltiples y en muchos casos, contradictorios” (Gaceta 602, 2016, p.7) tal como se ha expuesto dentro del cuerpo del presente trabajo.

Por su parte, se afirma en la exposición de motivos que la libertad testamentaria halla fundamento en “la libertad de elegir moralmente y [en] el derecho de propiedad”, principios que a su concepto, son esenciales dentro las democracias modernas. Señalando acertadamente además, que la consecución de un trato igualitario es labor del estado, mas no de los particulares dentro de asuntos privados como lo son la disposición de los bienes *post mortem*.

Cuando el Estado establece las normas en que una persona ha de repartir su legado, está en efecto, limitando tanto la libertad de las personas como la propia noción de propiedad lo que prima facie aparecería como contrario a los valores democráticos (...) la contradicción radica en el hecho que para determinar la posición económica de una persona importa más lo heredado que el esfuerzo realizado. Esto entra en contravía de las promesas de una economía liberal de mercado, donde el trabajo honesto y la educación representan los principales mecanismos de ascenso social. (Gaceta 602, 2016, p.7, 8)

Para la exposición del desarrollo de la tensión que se ha generado tanto en Estados Unidos, como en Francia y Alemania (segundo literal de la exposición de motivos), notará el lector que los autores del proyecto de ley se basaron fundamentalmente en el estudio realizado por Becker, el cual se permite

---

<sup>55</sup> Dentro del cual se manifiesta que los valores sociales son contradictorios en relación a los fundamentos de la actual ley de herencia

exponer como la elección de un modelo sucesorio en los países señalados ha dependido del contexto “social, cultural y político que se toman con arreglo a objetivos particulares y criterios de conveniencia que cada nación ha considerado como los más idóneos para enfrentar los problemas de su respectivas coyunturas históricas” (Gaceta 602, 2016, p. 8). Por su parte, señalan, Francia acogió desde muy temprano el sistema sucesorio restringido que establece un trato igualitario entre todos los hijos<sup>56</sup>; dicha elección correspondió a los intereses políticos de la época, especialmente los dirigidos a evitar la concentración de poder económico que pudiera de alguna manera, contrarrestar los efectos de la Francia revolucionaria<sup>57</sup>.

El objetivo político consistió en prevenir una excesiva concentración del poder económico que pudiera crear alternativas de poder a la nueva república revolucionaria; las modificaciones posteriores fueron motivadas por consideraciones económicas y no por cambios de fondo en la concepción filosófica del Estado o la naturaleza humana, ni nada por el estilo. (Gaceta 602, 2016, p. 8).

Los motivos son entonces, ajenos a la búsqueda del bien común y la desconcentración de la tierra, pues como sucede en Colombia, son las familias poderosas las que aglomeran gran porcentaje de la tierra, sin que eso signifique necesariamente una redistribución equitativa o benéfica del territorio en torno a la comunidad<sup>58</sup>.

Ahora, con relación a Alemania, estos acogen un sistema restringido con base exclusivamente en la unidad familiar, teniendo entonces los asignatarios forzosos un 50% por ley, del patrimonio del causante.

Sectores críticos de la libertad de testar durante el siglo XIX, rechazaron la libertad de disposición por tratarse de un elemento contrario a la tradición jurídica germánica (...) Las referencias al derecho germánico, por consiguiente, justifican las leyes de sucesiones el derecho de las familias en tanto son estas, y no los individuos, las unidades a partir de las cuales se

---

<sup>56</sup> Incluso con la institución de la “atribución preferencial”.

<sup>57</sup> “En otras palabras, en la Francia revolucionaria, el Estado decretó la distribución de la riqueza en el seno de las familias como un fin supra de ordenación de la sociedad en lo que bien puede considerarse un ejercicio de ingeniería social” (Gaceta 602, 2016, p. 8).

<sup>58</sup> Comentario exclusivamente de la autora del presente trabajo. Es decir, es ajeno a la exposición de motivos que se está desarrollado.

constituye la sociedad. En consecuencia, el derecho sucesoral tiene por objeto el fortalecimiento de la familia como base moral de la sociedad, y baluarte ante un excesivo individualismo. (Gaceta 602, 2016, p. 8, 9).

No obstante, surge la misma inquietud que me he permitido manifestar dentro de todo el trabajo, con relación a la maleabilidad de la institución familiar y como además, se mantienen figuras que contienen un peligroso porcentaje de tradición y perennidad inmodificable y por tal invariable a los cambios requeridos con relación al contexto específico<sup>59</sup>.

En relación a Estados Unidos, es claro que la consigna mayor es el que aboga por las libertades individuales (con protección especial al cónyuge en el tema específico), tal como quedó claro desde la independencia norteamericana. En tal sentido el debate en torno al sistema sucesorio no ha generado mayor inconveniente.

Ahora, en lo que concierne al derecho comparado, se asume en la exposición de motivos del proyecto de ley número 066 de 2016 de la cámara de representantes, hoy Ley 1934 de 2018, que existen tres sistemas sucesorales, estos son, el sistema clásico, en el que determina “una porción llamada legítima o de reserva (Colombia, Francia, Italia, España, Finlandia, Suecia, Grecia, entre otros) (...) [o] un derecho de crédito frente a los herederos (Alemania, Austria)” (Gaceta 602, 2016, p.9); El sistema que denominan “intermediario”, en donde “existen herederos legitimarios, pero sólo cuando están en estado de necesidad (Estonia, Lituania, Eslovenia, Polonia)” (Gaceta 602, 2016, p.9) y el sistema de libertad testamentaria, en donde se reconoce libertad dispositiva del testador con relaciona sus bienes, como es el caso del Reino Unido, Estados Unidos, México, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Nicaragua.

Con relación al mismo apartado, los expositores realizan un desarrollo relacionado con la libertad testamentaria en la antigüedad y en la actualidad que nos permitiremos abarcar con mayor ahínco en la última parte del presente trabajo, resumiendo entre otras cosas, que la creciente ola de reconocimiento de libertad dispositiva no afecta, aparente ni negativamente, la constitución y el desenvolvimiento que le es propio a las familias.

Ahora, con relación a la segunda parte de la exposición, denominada “la normatividad colombiana y las necesidades de la nación”, los expositores realizan un resumen de las asignaciones forzosas

---

<sup>59</sup> ibídem

testamentarias que se encontraban establecidas para la época, en el Código Civil colombiano, así mismo establecen un recuento histórico de la ley de sucesiones colombiana y concluyen entre otras cosas, que acoger un sistema sucesorio ajeno (del derecho francés) puede generar lesiones en “económicos, sociales y medioambientales (...) [en la medida que la distribución forzosa puede significar una] asignación ineficiente de recursos” (Gaceta 602, 2016, p.10), así como los defectos propios del fraccionamiento innecesario (pero instado por la norma civil) del patrimonio del causante; lo que de una u otra manera, termina afectando la economía nacional y las relaciones jurídico patrimoniales.

Al respecto se centran en la propiedad rural<sup>60</sup>, especialmente en los microfundios “propiedades menores a tres hectáreas, en donde el reducido tamaño de la propiedad rural imposibilita a las familias campesinas obtener ingresos suficientemente altos para salir de una situación de pobreza” (Gaceta 602, 2016, p.11), casos en los cuales resulta oprobioso distribuir tal como lo señala la ley civil, pues fragmenta aún más el terreno y genera un déficit en relación a la utilización del mismo.

En Colombia existen alrededor de 22 millones de hectáreas aptas para el uso agrícola, de las cuales únicamente se emplea el 24%. El total del área se encuentra concentrada en propiedades de tamaño grande (52%), mientras que los microfundios, que representan el 80% de los predios, únicamente tienen una participación del 10%. (Gaceta 602, 2016, p.11)

Evidentemente la ley en materia de derecho sucesoral no es el motivo principal del problema citado, antes se encuentra causas tales como el abandono estatal, la existencia de cultivos ilícitos y demás, sin embargo, la exigencia hecha por el legislador, frente al respeto inquebrantable a las legítimas rigurosas, hacen lugar en los puntos que incrementan la problemática, en la medida que incrementan los costos y las formalidades para la formalización de los predios rurales.

Además, sea cual sea el objeto de la empresa del causante, la asignación forzosa conlleva, como resumen los exponentes, dificultades frente a las habilidades y manejo profesional que requiere la misma, así como también genera altercados familiares con relación a la dirección de aquella.

---

<sup>60</sup> “A pesar de contar con muy poca participación en el total de la tierra (10%), representan el 80% del total de predios, una parte importante de la población rural, responden entre el 50% y 68% de la producción agrícola, la cual provee de alimentos los centros urbanos, con lo cual son responsables del 35% del consumo de los hogares” (Gaceta 602, 2016, p.12)

Así, señalan los expositores “esta iniciativa legislativa cumple con la tarea de mitigar en parte los riesgos asociados con la quiebra de las empresas pequeñas y da certidumbre en lo respectivo al manejo de los activos familiares” (Gaceta 602, 2016, p.15); además de responder a las nuevas formas de familias y la solidaridad que entre ellas se desarrolla, tal como se termina concluyendo dentro de la exposición de motivos.

Como resultado de esto, las familias tienen vínculos más amplios que el tradicional vínculo conyugal, lo que significa que existen nuevas reclamaciones de solidaridad entre estas nuevas formas de asociación familiar. En términos de sucesiones, estas nuevas reclamaciones de solidaridad deben ser reconocidas, lo que puede obtenerse otorgando al testador el mayor grado posible de libertad testamentaria. (Gaceta 602, 2016, p.15, 16)

Para finalizar, es preciso señalar que pesar del avance significativo que implica la configuración de la Ley 1934 de 2018, temo que no fue suficientemente temeraria (lo que no estaría mal, si partimos de la existencia de un sistema que ya no responde a las realidades sociales) en la medida que, como expuse, por ejemplo no abarco la maleabilidad de la institución familiar ni el riesgo que implica mantener una figura jurídica que en otrora resultaba de evidente aplicación y hoy en día, constituye un límite que invita indirectamente y contraproducentemente al ciudadano, a utilizar diversas formas (incluso fuera del marco jurídico) para evitar el cumplimiento de la misma.

Si bien es cierto, se manifestó con cifras que existen nuevas formas de constitución familiar y se instó para que se efectuara un reconocimiento mayor a la libertad testamentaria, el hecho de que continúe suponiendo la necesidad (aunque no se dice, puede percibirse de esa manera) de incluir las legítimas rigurosas en la legislación civil en todos los casos en que no se constituyan pequeños patrimonios - “De esta manera, hemos identificado la inadecuación del actual régimen de legítimas en lo que respecta al microfundio, las pequeñas empresas familiares y las nuevas formas familiares” (Gaceta 602, 2016, p.16)- es un avance inacabado.

Es precisa la exposición, cuando indica que las leyes sucesorales no constituyen ni parten principios fundamentales (como se hacía notar por la corte constitucional), sino únicamente normas que corresponden a cierto contexto y ciertos fines estatales, fines que además no concuerdan con los propios, en la medida que son ajenos en su constitución y estructura a la sociedad colombiana (pues la institución es de origen y desarrollo francés). Es por esa razón que increpo cuando se indica “La

herencia constituye el fundamento material de la continuidad de la familia y por lo tanto contribuye en la estabilidad intergeneracional de las estructuras sociales” (Gaceta 602, 2016, p.15) pues resulta inadecuado suponer que de la continuidad familiar (no se especifica además, de qué tipo de familia se habla) pueda partir de la simple herencia.

Claro, es cierto que las leyes sucesorias ocupan un lugar significativo en algunas familias y de hecho, constituyen un criterio en la escala social en que se desenvuelven, pero cabe señalar que si de estas se desprende el sentido de solidaridad, debe ser por las relaciones propias que se efectúan dentro de la familia, más no por imposición legal. Y si bien es cierto que el estado debe establecer impuestos sobre los trámites que son propios a la sucesión para reinvertir en proyectos de mejoramiento de condiciones en la población, el deber es mayoritariamente estatal.

El sentido de la solidaridad familiar en términos de derecho sucesorio, no debe ser una imposición social, sino un efecto propio de las relaciones sociales dentro de dichas instituciones. Es ahí en donde deben generarse escenarios propios para el desarrollo de políticas públicas y proyectos que brinden espacios de afecto, en donde los testadores asignen como herederos a quienes otrora fueran legitimarios, no por imposición legal, sino por el simple hecho del amor y la gratitud.

### **III. TERCER CAPITULO.**

#### **DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS**

Entramos a un acápite que se centrara especialmente en las asignaciones forzosas establecidas en el Código Civil colombiano, esto, para poder comprender por qué la propuesta de libertad dispositiva y testamentaria excluye de su campo de reproche lo relativo a los alimentos y a la porción conyugal, considerados créditos hereditarios más no asignaciones sucesorales, y se centra, por su parte, en la legítima rigurosa.

Lo primero que se debe señalar es lo que se entiende en Colombia<sup>61</sup> por asignación forzosa que, con suerte, la lectura del artículo 1226 del Código Civil colombiano deja claro. Las asignaciones forzosas en Colombia, “son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”, esto es, un porcentaje específico e inviolable que determina el legislador, para que el testador, incluso dentro de su libertad dispositiva y testamentaria respete, so pena de modificación o cualquier otra medida en contra de sus manifestaciones.

Estos montos específicos que constituyen las asignaciones forzosas y se encuentran determinados en el título V “de las asignaciones forzosas” del libro tercero “de la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos” del Código Civil colombiano son, como lo explicaremos en este capítulo, los alimentos debidos por ley, la porción conyugal, extendida también a los compañeros permanentes y parejas del mismo sexo (Sentencia C-283/11), y la legítima rigurosa, ya que por suerte, con la ley 1943 de 2018 se excluyó del ordenamiento jurídico colombiano lo relativo a la cuarta de mejoras.

#### **3.1. De los alimentos como asignación Forzosa**

Alimentos, tal como lo señala Suarez Franco (2014), “proviene del vocablo *alimentum, ab alere*”, esto es, nutrir o destinar lo requerido para procurar la subsistencia de un sujeto. Desde el marco jurídico colombiano, es una obligación que no deviene únicamente del deber moral de socorrer a quien lo necesite, sino que se materializa como obligación civil que se derivan de las relaciones que se constituyen entre los integrantes de una familia. En otras palabras, "la obligación alimentaria es un

---

<sup>61</sup> En Perú, Chile, Bolivia, Ecuador y Colombia, han adoptado de manera similar las asignaciones forzosas de la normatividad elaborada por Don Andrés bello a mitad del siglo XIX. La gran mayoría de los códigos en América latina, son producto de la elaboración y recopilación de normas de este tratadista. (Segura, 2017, p.177)

deber jurídico impuesto a una persona para asegurar la subsistencia de otra, deber que puede provenir de la ley, de una convención o de testamento" (Sentencia del 13 de noviembre de 1994. M.P. Héctor Marín Naranjo), por tal, el derecho de alimentos es un derecho que se encuentra en cabeza de ciertas personas que pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a quien ha de suministrarlas<sup>62</sup>, sin que esto implique que constituya una barrera a la libertad dispositiva del testador, como se procederá a explicar.

Finalmente, debe indicarse que en lo relativo a los vínculos matrimoniales o la constitución de la unión marital de hecho, se entenderá extendida también a las parejas del mismo sexo; por lo que al referirme en el presente capítulo y en general, a todo el trabajo de investigación, a los cónyuges (Corte Constitucional, C-577, 2011) o compañeros permanentes (Corte Constitucional, C-283, 2011), se entenderá que su aplicación es indiferente al sexo, género u orientación sexual de los contrayentes.

### **3.1.1. Naturaleza Jurídica y caracterización de la obligación alimentaria**

Si bien la obligación alimentaria se nutre de un sentido social y ético (Corte Constitucional, T-212, 1993) que deviene de los principios y deberes básicos de la institución familiar, con relación al aseguramiento de los contenidos mínimos que aseguren la vida digna de cada uno de sus integrantes y una nutrición completa y equilibrada, también se nutre de la obligación legal que nace “del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como de los contratos o convenciones”, éste nace bien por la voluntad de quien se obliga (por ejemplo, en el caso de los legados) , “de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona (...); [o] ya por disposición de la ley” (Domínguez, 2016, p.23) último caso constituido por ejemplo, como una obligación que se genera entre los progenitores e hijos.

[Los alimentos son] el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o por acuerdo de las partes o por un tercero, como el testador que instituye un legado de alimentos. (Gómez de la torre, 2007, pág. 185)

Es importante tener en cuenta que los alimentos generalmente se constituyen a razón del parentesco (pues los alimentos son un efecto del mismo) bien sea de consanguinidad (natural), afinidad y adopción (legal o civil) y exigen en todos los casos para su constitución, la necesidad de quien se beneficiará de

---

<sup>62</sup> “la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos” (Sentencia C-919 de 2001)

los mismos, y la capacidad del alimentante evitando, evidentemente que el valor que se determine, genere un detrimento real de la existencia de éste último. Ahora, el derecho de alimentos puede referirse a los congruos o necesarios, siendo los primeros aquellos que permiten al beneficiario “subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social” (Domínguez, 2016, p.24) y los segundos, los requeridos para que el alimentario subsista. Cabe señalar que la obligación de alimentos no debe constituir una fuente de enriquecimiento sin justa causa a favor del beneficiario y de hecho, se despendará únicamente de lo requerido por él, sin sobrepasar la capacidad económica del alimentante, pues nadie se encuentra obligado a lo imposible.

Como obligación (prestación positiva de dar), los alimentos nacen evidentemente o de manera voluntaria, esto es, a partir de un acto o negocio jurídico, o en su defecto, de hechos jurídicos que no devienen de la voluntad del obligado. Sin embargo, los alimentos en general suponen una disposición normativa (Constitución, leyes, convenios internacionales, etc.) que los enarbola como derechos y los exige como obligación (con excepción de los alimentos voluntarios). Es así que los alimentos se materializa no con el simple hecho de que le sobrevengan al causante herederos con condiciones que les puedan ofrecer estatus de beneficiario, sino que se requiere necesariamente que el obligado haya sido condenado a cancelar dicha deuda líquida a favor de los mismos.

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos. (Corte Constitucional, C-919, 2001)

Lo anterior considerando que la relación jurídica que parte del deber y el derecho de alimentos, es patrimonial, pero también y especialmente, es extrapatrimonial, en la medida que prevé la garantía del cubrimiento de las necesidades del beneficiario<sup>63</sup>, en miras a la vida digna y a todos los demás derechos que emergen del mismo. Así entonces, el derecho y la obligación alimentaria subsistirá en la medida que el alimentario justifique dicho reclamo y el alimentante pueda proveer la condiciones de satisfacción, por lo que evidentemente el derecho alimentario es intransmisible. En términos de derecho

---

<sup>63</sup> “Prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia”(Rossel, 1994, p. 334)

sucesorio, el derecho alimenticio gravará la masa hereditaria, salvo manifestación que exprese lo contrario.

Ahora, al igual que la porción conyugal, los alimentos “revisten la naturaleza de créditos hereditarios cuyo descuento previo procede antes de alcanzar la liquidez del acervo herencial” (Ramírez, 1999, pág. 150) y cuya causa es la ley. Sin embargo, no son, como se pensaría, deudas hereditarias (a menos de que se trate de cuotas adeudadas en vida), motivo por el cual, por ejemplo, en el caso de los alimentos, estos se sufragarán siempre que el patrimonio tenga capacidad suficiente para ello. Ahora, la obligación alimentaria reviste naturaleza civil, por lo que no difiere del resto de obligaciones en la medida que supone la materialización de una norma jurídica y una situación de hecho que genera consecuencias jurídicas.

Ahora, es evidente que la asignación forzosa de alimentos, como la de porción conyugal, se aplica tanto en la sucesión testada como en la intestada y que, tanto los alimentos voluntarios como forzosos, tendrán lugar en la sucesión. Los voluntarios, materializados en los legados y los alimentos forzosos, es decir, los que el causante debe por ley en razón del parentesco<sup>64</sup> (o determinación legal distinta), la necesidad y la capacidad, “por regla general, constituyen una baja general de la herencia” (Somarriva, 1988, p.298, 299), es decir, se manifestaran como gravámenes a la masa hereditaria.

Los alimentos debidos antes del fallecimiento de causante, constituyen una garantía de pago y pueden ser elevados a la categoría de asignación forzosa, pero siempre teniendo en cuenta que ese derecho no nació por causa de muerte (...) El derecho nace desde la presentación de la demanda. (Rojas, 2007, p.35)

---

<sup>64</sup> “La familia da origen al parentesco. Del latín *paren*, *parentis*, significa padres. Se refiere a los lazos que unen a los miembros de una familia, entre sí” (Arias, 1993, p. 59) En el derecho romano existió la agnación (todas las personas bajo la potestad de un mismo pater familias –agnadas-) y la cognación (nexo sanguíneo que unía a todos los descendientes o cognados, de un mismo tronco. Se daba en ambas líneas: masculina y femenina). Los hijos de un mismo pater familias eran a la vez agnati y cognato. Pero una mujer *in manu*, solo era agnata en relación con la parentela del marido. En Colombia se dan tres clases de parentesco: Consanguinidad (natural), afinidad y adopción (legal o civil).

Con relación al carácter *intuitio personae* y personalísimo que caracteriza el derecho de alimentos<sup>65</sup>, debe manifestarse que incluso fallecido el alimentante, la obligación no se extingue<sup>66</sup> y por tal, debe ser cancelada con el patrimonio del mismo, motivo por el cual –se insiste de nuevo–, los alimentos son entendidos como créditos hereditarios, siempre que hayan sido establecidos en providencia judicial.

El derecho a requerir alimentos reviste la característica de intrasmisible, pues además, nadie distinto a los que disponga la ley, puede requerirlos; sin embargo, el crédito generado por la falta de pago del causante, de los alimentos debidos, puede cederse por constituir el mismo, una garantía. Al respecto señala Rojas (2007) refiriéndose a lo indicado por el Dr. Pedro Lafont Pianetta que por tratarse, el derecho de alimentos, de un “un crédito alimenticio con privilegio sucesoral, se tiene que admitir consecuentemente, que su transmisión intervivos debe efectuarse conforme a la cesión de créditos” (Rojas, 2007, p.35), sin que pueda, en efecto, adquirirse por prescripción en la medida que la causa del derecho de alimentos es la ley.

La obligación alimentaria, por regla general se mantiene por toda la vida del alimentado mientras se conserven las condiciones que dieron origen a ella (...) Situación diferente a la anterior, se presenta cuando quien fallece es el alimentante (...) ya que si subsiste el alimentario y su necesidad, éste último podrá reclamarlos a los herederos del deudor, aunque concretando su pretensión sobre los bienes dejados por el alimentante. (Corte Constitucional, T-506, 2011)

Al respecto vale señalar que las condiciones que dan origen a la obligación alimentaria son, sin duda, la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor alimentario, motivo por el cual, si el alimentado fallece, la obligación se extinguirá. Ahora, si quien perece es el alimentante, la obligación no se extinguirá necesariamente y harán parte del pasivo herencial, a menos de que opere la confusión.

Finalmente y en relación con la sucesión, los alimentos, establecidos a partir del artículo 1227 del Código Civil colombiano, son un porcentaje que el causante ha debido establecer dentro de la sucesión

---

<sup>65</sup> “los alimentos que el difunto debía por la ley a ciertas personas, y que en razón de la indigencia de estas eran exigibles antes de abrirse la sucesión, gravan, por una cuantía que se determinará en unidades reajustables, la masa hereditaria; excepto en caso de que el testador hubiera impuesto ese gravamen a uno o más partícipes de la sucesión” (Rivero, 2010, p.196)

<sup>66</sup> La obligación de alimentos no se extingue con la muerte del alimentante ni con la cesación de efectos civiles del matrimonio o divorcio. De ello, se infiere que la obligación de alimentos a favor de un ex cónyuge puede ser trasladada al compañero permanente o nuevo cónyuge del alimentante que es reconocido como beneficiario de la pensión cuando dicha obligación está a cargo de la pensión y existe previo a la formación de un patrimonio común con el causante (Rojas, 2007, p.34)

so pena de que el patrimonio del difunto sea gravado a su causa; ahora, incluso cuando los asignatarios no se encuentran en la obligación de realizar ningún tipo de devolución con motivo a pasivos o cargas que graven la masa hereditaria, si pueden verse disminuidos en relación con la cuota alimentaria futura, siempre que resulte desproporcionada con relación al patrimonio efectivo. Con relación a los alimentos voluntarios, es decir, los que no se constituyen por estipulación legal, se extraerán de la porción relativa a la libre disposición.

### **3.1.2. Los alimentos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.**

Como se evidenció en el acápite que precede, generalmente el derecho de alimentos deviene del parentesco y asume, como lo veremos, no solamente lo relativo a los víveres y comida en general, sino todos aquellos componentes necesarios para el desarrollo cabal e integral de los elementos que convergen a favor de la materialización de la vida digna del beneficiario.

Lo anterior, en la medida que el derecho a los alimentos y en efecto, la obligación alimentaria (con excepción al numeral 10 del artículo 411 del Código Civil colombiano), es consecuencia de la decisión libre y responsable de formar una familia (sea cual sea la forma), basada además en las manifestaciones realizadas por el texto constitucional, establecidas y desarrolladas en la ley. Claro, esto incluso cuando para su exigencia se requiera de una sentencia judicial a favor del beneficiario y en contra del alimentante.

Dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria (Corte Constitucional, C-237, 1997)

Ahora, con relación a los fundamentos constitucionales de los alimentos, pueden enunciarse los artículos primero, con relación al respeto de la dignidad humana y solidaridad; segundo, frente a la búsqueda de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales; quinto y cuadragésimo segundo en la medida que reconocen a las familias como instituciones básicas y núcleo fundamental de la sociedad; décimo primero toda vez que reconoce el derecho a la vida como un derecho fundamental; décimo tercero en relación a los derechos a la libertad e igualdad ante la ley; cuadragésimo tercero relativo a la igualdad entre mujeres y hombres y la desaprobación de la discriminación de cualquier tipo, incluso económico, aún más en estado de gravidez; cuadragésimo

cuarto frente a los derechos fundamentales de los niños (derechos fundamentales por expreso mandato constitucional); cuadragésimo sexto con relación a la protección que merecen las personas de tercera edad y nonagésimo quinto frente a los deberes y obligaciones.

El derecho de alimentos se deriva del parentesco y es una obligación que se fundamenta en el principio de la solidaridad, mediante el cual, le asiste la obligación de suministrar asistencia a los parientes que no están en capacidad de asegurarse su propia subsistencia. (Rojas, 2007, p.43)

El derecho de alimentos se nutre especialmente de las disposiciones constitucionales que promueven el respeto indudable de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como también de todos los integrantes de la familia. Los derechos de los que se derivan la exigencia de la obligación alimentaria, aseguran la materialización, desarrollo y efectividad de derechos constitucionalmente reconocidos a las personas que no se encuentran en condiciones dignas de vida o no pueden asegurarse a sí mismos dichas circunstancias.

Frente al derecho de alimentos en términos generales y en miras a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la ley 1098 de 2006 ha establecido en su artículo 24 que el mismo se constituye de una amalgama de criterios que prescinden del simple reconocimiento de una cuota que corresponda únicamente a las comidas diarias. El código de la infancia y adolescencia, consagra que los alimentos constituyen todo lo indispensable para el desarrollo “físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social” de los niñas, niños y adolescentes, así como también de las madres gestantes, incluso dentro del parto.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. (Ley 1098, 2006, art. 24)

En este sentido, no bastara la satisfacción de los alimentos necesarios, es decir, los que "dan lo que basta para sustentar la vida" (Código Civil, 1887, art. 413), sino incluso también los congruos, que posibilitan al beneficiario de los alimentos a “subsistir modestamente de un modo correspondiente a su

posición social” (Código Civil, 1887, art. 413), claro está, tratándose de alimentos legales, pues los voluntarios se devienen de la voluntad de quien los brinda.

Finalmente y reiterando lo indicado por el Código Civil colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, basta decir que los acreedores del derecho de alimentos, serán considerados como tal siempre que medie sentencia judicial que así lo determine, la cual tendrá en cuenta las condiciones requeridas para la configuración de la obligación alimentaria, esto es, que una disposición jurídica (título que fundamenta la obligación) constituya la posibilidad de exigir el derecho de alimentos, “que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita (...) [y] que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para proporcionarlos” (Corte Constitucional, C-919, 2001). Es de anotar que el derecho de alimentos puede extinguirse con la variación de las condiciones iniciales, que eliminen alguno de los criterios o elementos esenciales (Corte Constitucional, T-731, 2014) enunciados previamente, estos son, el derecho de alimento y necesidad del alimentario, obligación alimentaria y capacidad del alimentante, finalmente, un título en virtud del cual se constituya lo anterior.

Para poder reclamar alimentos, es necesario que se cumplan estas condiciones: que una norma jurídica otorgue el derecho a exigir los alimentos; que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita; que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para proporcionarlos. A nivel procesal, es menester demostrar el parentesco o la calidad de acreedor del derecho de alimentos según las normas aplicables; dirigir la demanda contra la persona obligada a dar alimentos y, por último, probar que se carece de bienes de tal forma que no puede asegurarse su subsistencia. (Corte Constitucional, C-919, 2001)

Claro, el testador puede, en caso de no haber sido obligado a través de sentencia judicial a pagar alimentos, reconocerlos voluntariamente a través del acto testamentario, siempre que esto no afecte el derecho de los demás herederos con condiciones análogas. Ahora, en caso de haber sido condenado a reconocer y cancelar los valores correspondientes al derecho de alimentos, dichos montón serán deducidos del acervo o bienes herenciales que se dispongan del causante, así como lo serán también, y al tenor del artículo 1016 del Código Civil colombiano, lo correspondiente a las deudas hereditarias,

impuestos fiscales, las costas que devengan de la apertura de la sucesión y la porción conyugal en segundo y tercer orden hereditario.

### **3.1.3. Los titulares del derecho Alimentos en el Código Civil Colombiano**

Con relación a los titulares del derecho de alimentos, la remisión al artículo 411 del Código Civil colombiano se hace indubitable, pues el citado instituye en una lista a quienes se deben alimentos por disposición legal, dentro de los cuales se encuentran el cónyuge y compañero permanente (Corte Constitucional, C-1033, 2002) que devenga aún también de un matrimonio o unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, C- 029, 2009)<sup>67</sup> ; los descendientes (evidentemente también a los hijos adoptivos); los ascendientes (incluso a los ascendientes naturales y/o padres adoptantes); el cónyuge inocente con relación al cónyuge culpable que haya causado separación de cuerpos o divorcio (Ley 1 de 1976); hermanos legítimos (expresión declarada exequible por la sentencia C-105-94) y finalmente a quien hubiese realizado donación cuantiosa siempre que no se haya declarado rescindida o revocada.

Con relación a lo anterior, solo basta decir que la obligación alimentaria entre conyuges y/o compañeros permanentes, “se ve materializada en virtud del principio de reciprocidad y solidaridad que se deben entre sí” (Corte Constitucional, T-506, 2011), especialmente cuando media vínculo marital (incluso en presencia de la disolución del mismo o la separación de cuerpos) en virtud de los deberes de ayuda mutua y socorro que se materializan patrimonialmente en el requerimiento legal de garantizar la subsistencia de quien no cuente con la posibilidad de brindárselo a sí mismo.

### **3.2. De la porción Conyugal como asignación forzosa**

Con relación a la porción conyugal, debe manifestarse de nuevo que, al igual que los alimentos, revisten una naturaleza distinta a la que le asiste a la legítima rigurosa, toda vez que éstas, a diferencia de la

---

<sup>67</sup> “La pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.” (Sentencia C- 029/09)

última, no materializan límites reales a la libertad dispositiva del testador, sino que, por el contrario, solo representan créditos hereditarios de carácter alimentario o indemnizatorio, que se deducen de la masa hereditaria, tal como se manifiesta en el artículo 1016 del Código Civil colombiano, previamente citado y tal como lo ha señalado la corte constitucional en Sentencias como la C-283/11<sup>68</sup>.

### 3.2.1. Naturaleza Jurídica y caracterización de la porción conyugal

Para comprender la naturaleza jurídica de la porción conyugal como asignación forzosa, estableceremos unos antecedentes históricos que preceden los antecedentes legales colombianos.

Los primeros antecedentes, tal como lo indica Sonia Esperanza Segura en su texto intitulado “Derecho de sucesiones”, se remontan a Roma, en la institución denominada *manus*, la cual hacía referencia al eventual poder del hombre sobre su cónyuge, sin que este fuera un requisito esencial para la existencia del matrimonio (de hecho, existía unión conyugal *sine manu*) e implicaba que, al fallecimiento del hombre, su cónyuge entrará a heredar como hija. Con posterioridad, en el derecho pretoriano

A falta de cognados en quinto lugar y con preferencia al fisco, el pretor llamaba a la mujer a la sucesión de su cónyuge, siempre y cuando no estuviera divorciada para ofrecerle como heredera la *bonorum possessio* contemplada en el edicto *unde vir et uxor*, o lo que es lo mismo, que permitía a la mujer acceder únicamente a la posesión de los bienes del cónyuge fallecido. (Segura, 2016, p. 175)

Una vez finalizada aquella etapa histórica, y entrada la época de Justiniano<sup>69</sup>, se constituyó la figura de la “cuarta del cónyuge pobre” que consistía en la posibilidad de que la cónyuge pobre que hubiera contraído matrimonio sin una dote, pudiera adquirir la cuarta parte de los bienes del cónyuge supérstite (recíprocamente) incluso existiendo otros herederos, conservando la *bonorum possessio unde vir et uxor* a favor de la cónyuge supérstite.

Claro está que dicha figura tenía requisitos tales como que, si existían tres o menos herederos del fallecido, la cónyuge supérstite tendría derecho a la cuarta parte de los bienes, sin embargo, si eran más

---

<sup>68</sup> “Es una especie de crédito a cargo de la sucesión” (Corte Constitucional, C-283, 2011)

<sup>69</sup> Somarriva (1938) asegura que “El origen de la porción conyugal se remonta al Derecho Romano de la época de Justiniano. Este había dispuesto (...) que si alguno se casaba con mujer sin dote y la repudiada después sin causa legal, le debía entregar la cuarta parte de sus bienes, si estos valían cuatrocientas libras de oro o menos; pero nunca más de cien libras, aunque la fortuna de marido excedí ese de esa suma” (p.66)

de tres herederos, se repartiría en partes iguales, o si los mismos eran hijos, la cuarta parte que le correspondía la recibía en usufructo. Así mismo, tenía derecho a la cuarta legítima, a través de la *querela testamenti inofficiosi*, en caso de haber sido desheredada mediante testamento de su difunto cónyuge, sin una justa causa.

Es importante denotar que incluso la legislación española incorporó dentro de su ordenamiento jurídico la figura (en las partidas) de la porción conyugal del derecho romano (de la época de Justiniano), que debía otorgársele al cónyuge supérstite pobre; es así que en las siete partidas se establecía a favor de la misma, el derecho a la cuarta parte de los bienes del fallecido sin exceder un monto establecido en oro. Lo anterior contenía una excepción, en la medida que si existían hijos, el derecho que adquiriría la cónyuge supérstite pobre, era el de usufructo. En ese sentido, si el causante no tenía descendientes, la misma podía “adquirir el dominio pleno, siempre y cuando llevará una vida decorosa” (Segura, 2016, p.176). Esta figura es reiterada en la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567, así como en la Novísima Recopilación de 1805.

Al respecto solo basta decir que antiguamente en la legislación español, la porción conyugal contaba con un límite en cuanto a la porción (no más de 100 libras de oro) y se configuraba a favor únicamente en cabeza de la mujer (Somarriva, 1938), aunque existen doctrinantes que aseveran que el cónyuge también constituía ese derecho. Ahora, como en la actualizad, incluso en Colombia, se exige que en el cónyuge sobreviviente converjan alguno de estos tres escenarios distintos al momento del fallecimiento del causante en cuestión, o que se encuentre en pobreza y que ésta sea absoluta, o que carezca de bienes suficientes, pues éstos suman un valor inferior al que le correspondería en virtud de la porción conyugal (caso en el cual tendría derecho al complemento) o que, finalmente, incluso cuando el cónyuge posea bienes suficientes, decida renunciar a ellos para poder percibir el derecho a la porción conyugal. Es claro que la adquisición o pérdida de bienes con posterioridad al fallecimiento es indiferente a la constitución o no de la porción conyugal, en la medida que ésta se instituye verificando únicamente el escenario patrimonial que hubiese existido al momento del fallecimiento del cónyuge o compañero permanente causante.

Ahora, contemplado en el derecho civil colombiano en el título V del libro III de la Ley 57 de 1887, con la incorporación textual de la obra de Don Andrés Bello, las Altas Cortes Colombianas han sostenido que la misma, tiene una naturaleza de carácter indemnizatorio o alimentario, a favor de la

cónyuge supérstite, gravando la sucesión del fallecido (bien como una cuota parte de la legítima en primer orden o como deducción del acervo bruto herencial en todos los demás órdenes), no en calidad de heredero, por carecer esta de naturaleza de asignación hereditaria, sino como un crédito a cargo de la sucesión y a favor del cónyuge sobreviviente.

La institución jurídica de la porción conyugal concebida por el Dr Andrés Bello y consagrada en el código chileno, es considerada como una **consecuencia del contrato matrimonial que impone el deber de auxilio mutuo entre los cónyuges**. El legislador se preocupó por la suerte material de los cónyuges no solo durante la vida de éstos, sino cuando la muerte de uno de ellos, disuelta la sociedad conyugal, se hace más precaria la condición del sobreviviente, pudiendo carecer de los medios económicos suficientes para conservar la situación de que había venido disfrutando. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de octubre de 1954. Gaceta Judicial 2147, t. LXXVIII, en Sentencia C-283-11) (negrilla fuera de texto original)

En este sentido, la porción conyugal, al igual que la obligación de los alimentos, son consecuencia lógica de la institución familiar<sup>70</sup> y en el primer caso, de la constitución de una unión conyugal y/o marital de hecho (Sentencia C-283 de 2011). La Proción conyugal, como una figura de naturaleza compensatoria (aún más que “una prestación de carácter alimenticio basada en un criterio de necesidad”), posibilita o asegura al cónyuge o compañero permanente supérstite “contar con un patrimonio adecuado teniendo como referente el patrimonio del cónyuge fallecido” (Corte Constitucional, C-283, 2011), por lo que, si al momento de darse apertura de la sucesión el cónyuge supérstite no posee bienes o son de valor interior, adquiere el derecho sin ser óbice a una adquisición posterior de otros.

Es así, que la porción conyugal materializa la posibilidad de “equilibrar y compensar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común” (Corte Constitucional, C-283, 2011), teniendo en cuenta que dentro de la pareja, no siempre tienen por igual, las mismas posibilidades de acentuar su propio patrimonio, en la medida que se asumen roles o labores que en ocasiones, imposibilitan lo mismo, tal como se manifiesta en la sentencia T-494 de 1992 cuando señala

---

<sup>70</sup> “El legislador, previendo este evento y considerando los principios fundamentales de la institución matrimonial, quiso prolongar los efectos tutelares de ella más allá de la vida de los contrayentes.” (Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 21 de octubre de 1954. Gaceta Judicial 2147, t. LXXVIII, en Sentencia C-283/11)

La división social del trabajo está relacionada también con una separación entre el trabajo remunerado, identificado como productivo -aunque una porción importante de las actividades de las mujeres que se orientan hacia el mercado no son remuneradas- y el trabajo doméstico, definido como improductivo al igual que las mujeres que lo realizan, quienes quedan asimiladas con los incapacitados y los inválidos, a pesar de que el bienestar de éstos depende de las actividades de aquellas. (Corte Constitucional, T-494, 1992)

La misma, como materialización de una de las consecuencias del contrato matrimonial en relación con el auxilio entre los contratantes establecido en el artículo 113 y 176 de la Ley 57 de 1887, y extendida a los compañeros permanentes a partir de la Sentencia C-283 de 2011, hace presencia tanto en las sucesiones testadas como en las intestadas o ab intestato, “ya que en todos los órdenes hereditarios el cónyuge supérstite es asignatario legal en una cuota no inferior a la Proción conyugal” (Segura, 2016, p. 180), por lo que cónyuge o compañero permanente, no recibe dicha porción a título de heredero, sino como acreedor del título establecido en el numeral 5 del artículo 1016 del Código Civil colombiano, esto es, la porción conyugal.

### **3.2.2. La porción Conyugal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano**

La porción conyugal se encuentra desarrollada en el título V del libro III del Código Civil colombiano, especialmente en el artículo 1226 del mismo, en donde se establece como asignación forzosa, así como también se encuentra desarrollada en el artículo 1230 de la misma disposición, en la que se define como una parte que la ley le confiere al cónyuge sobreviviente (no divorciado, al tenor de la ley 1 de 1976) o compañero permanente (Sentencia C-283 de 2011) en relación con el patrimonio del causante, siempre que la primera carezca de lo necesario para su congrua subsistencia al momento del fallecimiento del causante, pues tal como lo expresa el artículo 1233 Código Civil colombiano.

La misma, no ha sido modificada por ley distinta, desde la expedición de la ley 84 de 1873 y su posterior integración en el Código Civil colombiano –Ley 57 de 1887-, sin embargo se ha visto alterada en términos de porcentaje, con las modificaciones propias a los derechos de los hijos, en especial las relativas a la igualdad de los mismos, con la expedición de las leyes 84 de 1887 (descendientes matrimoniales o legítimos), ley 45 de 1936 (hijos extramatrimoniales) y la ley 29 de 1982 (igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y adoptivos), así como también con sentencias como la C-283 de 2011 que extiende el derecho a los compañeros permanentes.

Como características, la jurisprudencia colombiana ha establecido que en la porción conyugal, el beneficiario es el cónyuge o compañero permanente sobreviviente, indistintamente del sexo, calidad esta que la hace diferente a la estipulación romana, en la que solo podía heredar la mujer y no el hombre, pues “era una garantía exclusiva para la mujer, que le permitía percibir un monto determinado del patrimonio del causante” (Corte Constitucional, C-283, 2011). Ahora, ésta no se encuentra sujeta a un monto específico, pues depende del patrimonio del causante; en este sentido, también difiere de sus antecedentes, en la medida que su “fundamento era la congrua subsistencia de la cónyuge pobre” (Corte Constitucional, C-283, 2011), sin embargo, en lo que respecta al código civil colombiano, para lograr la configuración de la porción conyugal a favor de la cónyuge sobreviviente, no se requiere que éste carezca absolutamente de bienes para su subsistencia, en la medida que la misma no está atada a la inexistencia de patrimonio del sobreviviente, sólo se requiere que lo que éste pueda percibir por otros conceptos sea o resulte inferior a la porción conyugal para que nazca del derecho a percibirla, es decir, que el cónyuge o compañero permanente sobreviviente posea un patrimonio que resulte inferior (económicamente hablando) a lo que podría percibir si concurriera a la sucesión como acreedor de la porción conyugal, tal como lo señalamos con anterioridad, al momento del fallecimiento del causante, en la medida que si la condiciones de pobreza se constituyen con posterioridad, el cónyuge o compañero permanente no será merecedor de la porción conyugal (Código Civil colombiano, 1887, art. 233).

Este derecho se concreta al tiempo en que se realiza la apertura de la sucesión y lo recibido por porción conyugal, pasa a incorporar el patrimonio de quien percibe dicho derecho, bien sea el cónyuge o compañero permanente sobreviviente (para quienes se exige dos años de convivencia<sup>71</sup>), quien debió haber demostrado a partir de los medios probatorios idóneos la configuración de las condiciones necesarias para el derecho en comento. Además, es de anotar que “Se imputará (...) a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la

---

<sup>71</sup> “Se advierte que para tener el derecho a la denominada “porción conyugal” se debe demostrar por los medios probatorios idóneos la condición de compañero o compañera supérstite, es decir, los dos años de convivencia que exige la Ley 50 de 1994, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005”. (Corte Constitucional, C-174, 1996)

sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare” tal como lo señala el artículo 1234 del Código Civil colombiano.

Así, y de conformidad con el artículo 1230 del Código Civil colombiano, la porción conyugal constituye una asignación legal que deviene del patrimonio del causante a favor de su cónyuge o compañero permanente que carezca de lo necesario para su congrua existencia al momento del fallecimiento del causante (Código Civil colombiano, 1887, art. 1233); derecho que aún también tienen los cónyuges divorciados, siempre que el sobreviviente no haya sido declarado como cónyuge culpable. Claro está, que el cónyuge o compañero permanente que sobrevive al causante, tiene la opción de renuncia o aceptación de la porción conyugal, último caso en el cual puede abandonar su patrimonio propio (Código Civil colombiano, 1887, art. 1235).

Con relación a la porción que corresponde al derecho en comento, puede variar según se trate de primer orden hereditario (descendientes) o se trate de los demás (segundo- ascendientes-, etc). Para el primer caso, es decir, cuando el conyuge o compañero permanente que le sobrevive al causante, converge junto con los descendientes de este último, de conformidad con el artículo 1236 del Código Civil colombiano, será tomado como hijo y percibirá la cuota que corresponda a la legítima de conformidad con el número de descendientes (por cabezas); ahora, si el conyuge o compañero permanente sobreviviente converge con los ascendientes y hermanos del causante (generalmente el conyuge o compañero permanente recibe como heredero en tercer orden hereditario, por lo que no se daría la posibilidad de un cuarto o quinto orden hereditario, esto es, sobrinos e ICBF), el conyuge o compañero permanente sobreviviente recibirá como porción la cuarta parte de los bienes del causante, esto es, del activo bruto herencial.

Finalmente y con relación a la donación, herencia o legado que se le haya adjudicado en la sucesión del causante al conyuge o compañero permanente sobreviviente, siempre que dicho monto exceda el que corresponde a la porción conyugal, la diferencia se imputará a la parte de libre disposición (Código Civil colombiano, 1887, art. 1237).

### **3.2.3. Los titulares de la porción conyugal en el Código Civil Colombiano**

La porción conyugal, como asignación forzosa, es un derecho que le asiste a los cónyuges supervivientes, incluso cuando haya existido separación de cuerpos entre éste el causante, siempre que el primero sea

digno y no culpable y a los compañeros permanentes que demuestren a través de todos los medios probatorios idóneos, la permanencia superior a dos años.

Es menester reiterar que si el cónyuge sobreviviente al momento del fallecimiento no hubiera tenido derecho a la porción conyugal, tampoco lo tendrá al momento de caer en pobreza con posterioridad, pues “si posee bienes de mayor valor y después los pierde o su valor disminuye, no tendrá derecho a dicha porción” (Corte Constitucional, C-283, 2011) de conformidad con lo indicado por los artículos 1232 y 1233 del Código Civil colombiano.

### **3.3. De la Legítima como asignación forzosa**

Con relación a ésta última asignación forzosa, merece la pena reiterar que reviste una naturaleza y sentido distinto al que merecen el derecho de alimentos y porción conyugal, ya que estas últimas son, como se señaló previamente, “*prestación sui generis de carácter alimentario*” (Mora, 2014, p.70) que no tiene como consecuencia la limitación de la libertad del testador, sino únicamente el cumplimiento de las obligaciones familiares; esto, a diferencia de las legítimas y la cuarta de mejoras (hoy eliminada por la ley 1943 de 2018), que son en palabras de Cardona(2004), “*las únicas asignaciones forzosas, constitutivas de verdaderas restricciones de la libertad de testar*” (Cardona, 2004, p.228). Es por esto, que el estudio mayoritario se realizará en capítulo posterior, a lo que corresponde a la legítima rigurosa, siendo esta motivo de crítica por quienes abogados por la libertad testamentaria.

#### **3.3.1. Naturaleza Jurídica y caracterización de la legítima rigurosa**

La legítima rigurosa, como asignación forzosa, constituye un porcentaje que el testador ha de respetar siempre que no se configure causal de desheredamiento. Ahora, incluso en contra de las manifestaciones expresas del causante, la legítima rigurosa será íntegramente restablecida y asegurada a los legitimarios a través de los mecanismos de protección que ofrece el ordenamiento civil colombiano, en virtud de su naturaleza restrictiva con relación a la libertad dispositiva del testador.

Cabe la pena recordar que “con ocasión de la muerte de una persona se transfiere el patrimonio integrado de este, con la consecuencia de sustitución de su titular, cuando esto suceda” (Sonia, 2016, p.40), patrimonio que deviene de los derechos y las obligaciones de carácter patrimonial del causante y ningún sentido, son de contenido personal, como en otrora se consideró.

Ahora, el contenido patrimonial de la legítima rigurosa no se constituye como continuación del derecho de alimentos, como llegaron a manifestar tratadistas como Bartolo o Socino<sup>72</sup>, quienes además insistían en que dicha institución se encontraba concebido por el derecho natural; esto, en la medida que, como ya lo vimos, la obligación alimentaria se encuentra constituida como una institución distinta, que incluso cuando también le asiste un carácter forzoso, se deduce de los bienes del causante como crédito alimenticio y no como límite a la libertad testamentaria; además, carece en absoluto de naturaleza alimentaria, pues de ser así, también serían considerados legitimarios el cónyuge o compañero permanente sobreviviente, los donantes de cuantiosos valores, entre otros; Al respecto, cabe resaltar que no es lo mismo referirse a los legitimarios y asignatarios forzosos, toda vez que “el término asignatario forzoso es genérico; el término legitimario, específico. Porque, si bien todo legitimario el asignatario forzoso, no todas asignatario forzoso es legitimario, ya que el conyugue por su porción conyugal y el alimentario de los alimentos que se deben por ley son asignatarios forzosos” (Espejo, P.103 y 104), manifestación absolutamente obvia, que discute con la consideración de que las legítimas posean un carácter alimentario.

Por su parte, otros doctrinantes se permiten manifestar que las legítimas rigurosas son “una especie de deudas legales” (Cardona, 2004, p.227) y su regulación en la ley civil supone una restricción al derecho de propiedad denominado *el jus abutendi*, para que no se desconozcan “derechos ajenos, pues ello constituiría la violación de la ley, cuando existen herederos forzosos” (Cardona, 2004,p.4); sin embargo, carece de sentido en la medida que para que se constituya una deuda legal, deben configurarse circunstancias de hecho que así la determinen, tal como se denota con los alimentos debidos por ley y la porción conyugal, el primero surgido de la necesidad, la capacidad y la manifestación legal instituida en un fallo judicial, y la segunda como causa del vínculo marital y sus principios fundantes. En el caso de la legítima, los fundamentos de hecho son insulsos y devienen únicamente del hecho del parentesco.

Ahora, la legítima como restricción a la libertad dispositiva del testador, representa “una de las instituciones más características de nuestro derecho” (Ugarte, 2007, p.251), y se basa en teoría, en la protección indubitable a la copropiedad y unidad de institución familiar tradicional, sin embargo, a diferencia de las demás asignaciones forzosas, carece de fundamentos claros en la actualidad, que le den

---

<sup>72</sup> La constante discusión entre la libertad testamentaria y la restricción "en interés a la familia" existe desde tiempos inmemoriales, "los partidarios del segundo (...) Han creído tan humana y natural la institución de las legítimas, que la llaman *non scripta, sed nata lex*, porque ha nacido con la especie humana, ha precedido a todas las constituciones civiles y políticas, y la naturaleza misma la ha grabado en el corazón de los padres" (Carrizosa, p.381)

desarrollo, pero mantiene una herencia histórica indiscutible, como entraremos a verlo a en el acápite que continua.

Finamente, cabe señalar que incluso cuando en la actualidad son pocas los sistemas que imposibilitan al testador disponer en parte de sus bienes, el sistema de legítimas o asignaciones forzosas (en Colombia establecidas en favor de los descendientes o ascendientes más próximos, según el caso) ha tenido una defensa común que predica que aquellas se establecen “para evitar que actos meramente caprichosos del testador dejen sin herencia a sus parientes más cercanos” (Rodríguez, 2012, p.38, 189); motivo por el cual, de manera hermética/dudosa se concluye que “las asignaciones forzosas son de orden público (...), de manera que solo por vía de excepción pueden ser desconocidas” (Ramírez, 2003, p.153). Argumento éste reproducido por las Corte Constitucional Colombiana, cuando señala que los límites impuestos a la libertad dispositiva son el orden público y las buenas costumbres (Corte Constitucional, 1996).

Argumentos estos que resultan insuficientes en la medida que no desarrollan los términos señalados y parecieran ser entonces, indeterminaciones del derecho; y se hace evidente que una de las múltiples intenciones en éste tipo de estudios, debe ser, necesariamente “la comprensión de una juridicidad racionalmente expresada mediante un lenguaje en el que no todo está en una zona de indeterminación y de penumbra” (Mora, 2014, p.16).

En este orden de ideas, la solidaridad y protección familiar, son fundamentos propios del sistema clásico, de Freno o de libertad restrictiva de testar, a tal punto tal que se señala que la ley colombiana la instituye “en guarda de la justicia que sus integrantes deben observar recíprocamente” (Ramírez, 2003, p.153); incluso, cuando el testador “no lo desee o lo considere injusto o inapropiado en su caso (y puede, ciertamente, no faltarle razón), ha de respetarla a favor de sus herederos forzosos” (Lasarte, 2011,p.190).

### **3.3.2. Antecedentes históricos de la legítima rigurosa**

Incluso cuando en Egipto y Babilonia se constituían ya instituciones que ofrecían igual participación hereditaria a los hijos (código de Hammurabi) y en Grecia se realizaba la partición de los bienes del causante entre los herederos, esbozaremos únicamente los antecedentes históricos en relación con el Derecho Romano, por ser éste el precedente mayormente reconocido hasta el momento, del derecho

colombiano. Cabe señalar que el Derecho Romano fue además, quien acogió prontamente y por obra de Solón<sup>73</sup> el testamento, como posibilidad de disponer del patrimonio.

En este sentido, el Derecho Romano estaba representado por la libertad absoluta de testar que tenían los *pater familia* con relación a los bienes que se encontraban en cabeza de aquellos, lo que implicaba que el testador pudiera a su voluntad, decidir quién sería su heredero después del acaecimiento de este primero.

En ausencia de documentos romanos sobre la primera época del testamento, los romanistas acudieron al derecho comparado (...) Comprobaron que en sistemas jurídicos poco desarrollados no aparece el testamento en el sentido con que se lo conoce en Roma. (Álvarez-Correa, 2015, p.5)

No obstante, de manera paulatina y con participación de criterios netamente cristianos, se fue implementando lo que pronto se conocería como la querrela *testamentii inofficiosi*, uno de los orígenes de las legítimas, pues como asevera Cardona (2004) aunque el *pater familias* tenía potestad absoluta y omnímoda sobre la vida y patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad, estos últimos se encontraban facultados para demostrar que la disposición del *de cuius* de excluirlos de la posibilidad de recibir herencia, se encontraba injustificada, y así, “si el hijo demostraba que no había causa justa para tal decisión y además que no había recibido parte conveniente de la herencia (fijada en la cuarta de la misma), ejercitaba dicha acción y al triunfar, derrumbaba el testamento” (p.250) lo que implicaba que la sucesión variara de testada a intestada.

De modo tal, que bajo el discurso moral y cristiano, Berenguer (2012) afirma citando a Costa “la legítima no tiene [ya, un] fundamento en el privilegio de la familia sobre los bienes sino en consideraciones de piedad (...) asegura a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en sus bienes y un digno sustento” (p.18), desarrollo argumentativo que comparte Arroyo (2013) cuando señala que el sistema de legítimas se fundamentó en el principio de solidaridad familiar y de protección de la familia.

---

<sup>73</sup> “En el derecho Romano parece que el derecho de sucesiones comenzó a perfilarse a partir del siglo X antes de Cristo. Entre los siglos IV a. de c. y VI después de Cristo, se presentó su desarrollo, con principios como la exclusión de los esclavos de la sucesión mortis causa, la incompatibilidad de las sucesiones testadas e intestadas, y la existencia de unos herederos necesarios y de unos ordenes sucesorales.” (Echeverría, 2011, p)

Es así que el modelo sucesorio de libertad testamentaria absoluta que simbolizaba el Derecho Romano, fue modificado con el reconocimiento, en un primero momento, de la legítima formal<sup>74</sup>, que implicaba mención dentro del testamento de los *sui*, y posteriormente de la legítima material, “con necesaria atribución de bienes a los *sui heredes*” (Lasarte, 2011,p.189), el cual a su vez, fue ascendiendo en términos de cuantía, con el paso del tiempo, al punto que “Bajo Justiniano, la legítima equivale ya a un tercio o a la mitad de la herencia (según el número de hijos que fueran, respectivamente, inferior o superior a cuatro)” (Lasarte, 2011,p.189); lo anterior porque incluso cuando la ley de las XII Tablas, consagraba la libertad testamentaria del pater familia (“*pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*”. Tabla V), refiriéndose a las disposiciones testamentarias como ley; la facultad absoluta e ilimitada provocó que el patrimonio se agotara con legados que desterraban alguna posibilidad de percibir el dominio, por parte de algunos miembros de su familia, motivo por el cual, comienza a emerger una “*política de restricciones a la voluntad del testador*” (Costa, José Carlos en Berenguer, 2012, p.17).

De modo tal, se promulgaron las leyes Furia, la ley Voconia y la ley Falcidia (y posteriormente la reformas de Justiniano), las cuales tenían como fin, limitar los legados y como consecuencia, la libertad testamentaria del *de cuius*; al respecto señala Berenguer (2012) “El argumento esgrimido para atacar el testamento no tenía fundamento jurídico sino Moral (*officium pietatis*) considerando que el testador había realizado el testamento bajo los efectos de una perturbación mental. Esta argumentación, por ser Moral y no legal, permitía a los jueces apreciar cada caso en concreto y conforme a las circunstancias podían libremente decidir si se había afectado el deber de la pietas o no” (p.19), circunstancia desafortunada que pareciera, se repite en las legislaciones que descienden de la Romana y de las disposiciones del proyecto de Andrés Bello, incluso cuando para este último (como lo veremos) no existe fundamento real para que se mantenga la legítima rigurosa y, en su momento, la cuarta de mejoras. Es claro que el origen de las Legítimas sobrepasa el límite patrimonial, convirtiéndose, en sus orígenes, en un instrumento de continuación de la personalidad del causante (El pater familia), en el marco de una organización familiar patriarcal<sup>75</sup>, en donde el pater familia (o la ley, en su defecto) adjudicaba la jefatura domestica del clan familiar agnaticio a su descendiente varón (copropiedad

---

<sup>74</sup> La cuarta falcidia del derecho romano, se asemeja a la legítima rigurosa de la que nos referimos.

<sup>75</sup> "Bajo su forma más habitual, este sistema atribuye la herencia al mayor de los hijos varones, y en defecto de varones, al mayor de los varones de la rama colateral principal. El nombre de la familia se transmite, naturalmente, con el patrimonio. Está institución era designada generalmente con el nombre de "primogenitura". (Somarriva, 1938, P.60)

familiar), para que este asumiera los deberes del causante y claro, evitara la disolución de la institución familiar, en el marco del papel político que la familia ejercía para aquel entonces -como “un organismo político” (Arias Ramos en Barrio, 2012, p. 41), junto con la existencia de la figura de la jefatura doméstica que el *de cuius* ha de suceder.

La sucesión legítimaria tiene como antiquísima finalidad la **unidad familiar y la continuidad de la copropiedad familiar** (desde un punto de vista personal y patrimonial), de suyo que la libertad testamentaria sea para la corriente tradicional, ajena “a la concepción originaria del fenómeno sucesorio, y, en principio, contradictorio con el hecho de la vinculación natural del patrimonio hereditario a los miembros del grupo familiar” (Fernández Barreiro en Barrio, 2012, p.35), al punto que señalan: “los órdenes hereditarios demuestran que la sucesión mortis causa es una **protección a la familia**. El parentesco es la base para la organización de los órdenes hereditarios” (Cardona, 2004, p.4) (Negrilla fuera de texto original), queriendo significar que la libertad testamentaria es un despropósito jurídico desde las múltiples aristas que se desprenden de la familia y de su protección merecida. Además, los defensores de la legítima rigurosa aseveran que “la legítima no pierde vigencia y sus fundamentos aún se explican en virtud del **principio de solidaridad familiar y de protección de la familia**” (Arroyo, 2013, p.500) (Negrilla fuera de texto original) y así se permite citar Cardona la afirmación Romana en el siguiente sentido: “El amor primero desciende, luego asciende y por último se extiende” (Cardona, 2004, p.4), afirmación que concuerda, claro, con lo que se pretende de la familia tradicional.

Evitar el fraccionamiento de los bienes familiares a través de estas asignaciones forzosas, implicaba más que un tema patrimonial; pues de suyo era la necesidad de mantener la unión familiar intacta y tradición del núcleo político más antiguo –la familia-; “los miembros de la familia en el régimen de consortium, al fallecer el padre, siguiesen conservando el mismo puesto en los cuadros del censo” (Arias Ramos en Barrio, 2012, p. 41), así como la religión y el modo de vida en general.

La síntesis de la teoría de BONFANTE es que la *hereditas* ha sido siempre en el Derecho romano una **transmisión de la familia**, ya en el sentido de potestad unitaria del pater familias sobre las personas y cosas a él sometidas en la época primitiva, ya en el sentido de patrimonio en la edad histórica. En virtud de esta sucesión en la potestad o en el *nomen heredis* tiene lugar la *successio in jus*, o sea, el *subentrar* del heredero en la misma posición jurídica del causante

(...) el organismo de la *hereditas* se construyó siempre en Derecho romano en forma adecuada para el **traspaso de la potestad soberana del pater familias**, lo cual tenía lugar de una manera paralela a la transmisión de la soberanía en Derecho Público” (Ginot Llobateras en Barrio, 2012, p.36) (Negrilla fuera de texto original)

Partiendo de este hecho, resulta importante reiterar que en una de las etapas iniciales del Derecho Romano se permitió absoluta libertad testamentaria por parte del *de cuius*; sin embargo el sistema sucesorio fue modificándose paulatinamente con base en las manifestaciones de desaprobación por parte de los hijos de las familias romanas, basadas en fundamentos exclusivamente morales (*officium pietatis*), bajo el deber de la *pietas* del testador. En la época de Justiniano el derecho sucesorio había sufrido una evolución interesante, “al punto que se acento el carácter patrimonial del Derecho Sucesoral y se atenuó el aspecto sacramental” (Rodríguez, 2012, pp. 37, 38); de esta manera el sucesor ya no era un continuador de la personalidad y representante del *de cuius*, sino que únicamente se convertía en un heredero de los bienes del causante.

Las adaptaciones del sistema sucesorio romano no se hicieron esperar, incluso después en el feudalismo, se establecieron normas tales como el retorno de bienes del causante a favor de los hijos del mismo, incluso aun cuando éste primero hubiera contraído un nuevo matrimonio. En el código Napoleónico la filtración del Derecho Romano es evidente “y partir de allí se predica una tendencia de establecer el mismo derecho hereditario para todos los hijos” (Parra, 2010, Pág. 28), como en efecto, sucede con todos los sistemas que devienen del Código de Andrés Bello; Sin embargo y como lo advierte Espejo Lerdo (1996) la influencia indudable del Derecho Romano no puede ni debe permear los debates propios de instituciones que generan conflicto en el momento de su aplicación, pues si así sucediera (como en efecto sucede en Colombia), se evitaría reconsiderar los cambios sociales, políticos y culturales y por tal, se excluiría a gran parte de la población que no se encuentra en la actualidad en el marco de la familia tradicional romanista.

La conceptualización de la legítima como límite al poder dispositivo del testador se mantiene por encima de los cambios sufridos por la institución a través del tiempo para demostrar esto una influencia que se aprecia en la época de la codificación. (Espejo, 1996, p. 55)

Ahora, es menester reconsiderar las manifestaciones que se generaron al respecto, de quien permitió la extensión de un código civil que en efecto tuvo lugar en gran parte de Latinoamérica, es decir, de

Andrés Bello; que como bien señala la historia legal, era un detractor con relación a la institución de la legítima rigurosa y evidentemente también, de la cuarta de mejoras.

### **3.3.3. Andrés Bello y la Legítima Rigurosa.**

Frente al tema que nos ocupa y partiendo del sistema de la libertad de testar, que al tenor de lo señalado por Parra (2015) consiste en “la facultad de una persona para disponer de sus bienes por medio de un testamento, para que su voluntad tenga efecto después de su fallecimiento” (Parra, 2015, p.37), se asevera en diversos documentos que Andrés Bello, promotor de la codificación del código civil chileno, que pronto será acogido por los países vecinos era defensor del sistema sucesorio que permite la libertad absoluta de testar, en el siguiente sentido:

Andrés Bello era partidario de la libertad absoluta, pero no fue el sistema que implantó. La existencia de los legitimarios es la muestra de la restricción a esa libertad (...) Las legítimas no se conocieron en el derecho romano primitivo. Se incorporaron en el Código chileno, aunque Bello no era amigo de restringir la libertad de testar (Parra, 2015, p.37, 226)

Al respecto Suarez Franco (2015), citando a Barrios Erra-Zuris, agrega que Bello, como redactor del Código chileno, era defensor a ultranza del sistema sucesorio de libertad testamentaria, no obstante, encontró intransigencia en sus colegas que priorizaron un sistema de freno para el ordenamiento jurídico chileno (que es sin duda, uno de nuestros antecesores).

Nuestro Código (...) optó por el sistema de la división forzosa, combinando con la libertad de hacer ciertas mejoras en el orden de los descendientes legítimos y de disponer libremente de una parte del patrimonio, y estableció lo que se llaman asignaciones forzosas, siendo estas las que el testador está obligado a hacer y que se cumplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. (Suarez, 2015, p.168-169)

Así, incluso cuando Andrés Bello<sup>76</sup> dejó constancia de su desacuerdo con la institución de las asignaciones forzosas (distintas a los alimentos y la porción conyugal) en el ordenamiento civil chileno, sus colegas, desde una perspectiva más tradicionalista, deciden implementarlo dentro del ordenamiento jurídico chileno, quedando entonces un sistema de límite del derecho de disposición testamentaria.

---

<sup>76</sup> Andrés Bello se mostró “ardoroso partidario de la libertad de testar (...) Si transigió con las legítimas, no lo hizo sin protesta de estar cediendo a la fuerza las arraigadas costumbres y a perjuicio” (Carrisoza, Pág. 381)

Este último escenario sería entonces, en el que se desarrollaría prontamente la legislación colombiana en materia del derecho sucesorio.

El Código Civil francés de 1804 y posteriormente el colombiano, se inclinaron por la concepción del Derecho Romano en su última época y es por ello que el artículo 1155 del estatuto colombiano ha sido interpretado por la doctrina como una manifestación clara de esta última concepción (...) Hoy en día no existe prácticamente ningún sistema que niegue la posibilidad de testar, instituyendo eso sí la legítimas o asignaciones forzosas (en Colombia establecidas en favor de los hijos y de los padres), **para evitar que actos meramente caprichosos del testador dejen sin herencia a sus parientes más cercanos** (Rodríguez, 2012, p.38, 189) (subrayado fuera de texto original).

El aparte subrayado ha sido escogido en razón de que es ésta, una de las manifestaciones ampliamente reiteradas por los doctrinantes que apoyan la configuración de las legítimas (porque como se aclaró en acápite previos, hablar de legítimas y de asignaciones forzosas, no es en absoluto, lo mismo). Se hace desafortunado suponer que existe un límite frente a los caprichos dispositivos del testador frente al patrimonio que él mismo trabajó durante toda su vida. La herencia como derecho natural, como lo evidenciamos, no es claramente fundamentada y por tal, evadir la materialización de libertades constitucionalmente concebidas por una institución que sobrevive por la nostalgia del pasado derecho romano, es un acto oprobioso.

Si es así, y además, sin los fundamentos que brinda la Corte Constitucional con relación a la existencia y permanencia de la legítima rigurosa (y para su época también, la cuarta de mejoras) tampoco son sólidos, en la medida que se basan en conceptos abstractos y no muy bien relacionados en comento, la pregunta que contenía no sería otra distinta a porque existe aún la legítima rigurosa en el ordenamiento jurídico colombiano.

#### **IV. CUARTO CAPITULO.**

#### **LA LEGÍTIMA RIGUROSA. Un legado cuestionable.**

##### **4.1. La Legítima rigurosa y el Derecho Colombiano**

Antes de continuar con el capítulo que aquí nos disponemos, es importante recordar que la Sucesión puede ser considerada como la transmisión de los bienes del *de cuius*, a las personas que le sobreviven (sucesión universal), por lo que se constituirá de tres elementos a saber un causante (bien por muerte real o presunta), un heredero (bien sea persona natural o jurídica) y un patrimonio; Así, la herencia o las relaciones jurídicas patrimoniales formarán una unidad jurídica transmisible (qué pasará a liquidarse y adjudicarse a los sucesores una vez se haya pagado el pasivo) que nace cuándo ocurre la muerte del causante esto para asegurar a los acreedores el pago de las deudas así como también para facilitar la distribución.

Como lo veníamos diciendo la sucesión *mortis causa*, es un modo de adquirir el dominio (bien por el título el testamento o bien por el título de la ley) estipulado en el artículo 673 del código civil colombiano, qué se configura a partir de la muerte del *de cuius*; Por tal, la herencia se constituye como un derecho real como lo establece el artículo 665 de la misma norma, así como el usufructo, el uso o la habitación, el de servidumbres activas, el de prenda, entendida como garantía mobiliaria y la hipoteca.

Con relación a los sistemas sucesorios, se indicó que para efectos del presente trabajo se entenderán dos, estos son, el sistema de Libertad Testamentaria y los Sistemas de Freno o de Libertad restrictiva de testar, ultimo sistema con rezagos del derecho romano, tal como se manifestó previamente. Quienes defienden éste último sistema, indica entre otras que contiene ventajas tales como facilidad que representa en relación la “división de la propiedad territorial (...) [así como también, para] evitar las rencillas y facultades entre los hijos.” (Somarriva, 1938, P.61), sin embargo los opositores han manifestado argumentos tales como que los sistemas de freno o de legítimas debilita las relaciones paterno y materno filiales, toda vez que los hijos saben previamente que el derecho que les asiste y pueden exigir una vez fallezca su progenitor, quien no “encuentra [en el] testamento un medio suficiente de recompensa o castigo a sus hijos” (Somarriva, 1938, P.61), además para algunos doctrinantes, la estipulación de la legítima rigurosa “fomentan la ociosidad de los hijos; (...) apagan el espíritu de empresa. Y, finalmente, se arguye, son hasta inmorales, porque hay hijos que llegan a desear la muerte del padre para heredarlo” (Somarriva, 1938, P.61); Además claro, que el sistema de legítimas

representa una disminución significativa e injustificada al derecho dispositivo del testador con relación a su patrimonio, al respecto también relacionan que

Hace siglos que la doctrina civilista viene discutiendo, con posiciones muy enfrentadas, a veces viscerales, sobre la necesidad o no de mantener la legítima, así como su proporción y los destinatarios de tal beneficio (...)En nuestra opinión la actual regulación de la legítima del Código civil no tiene cabida en una concepción de la persona y la familia propias del siglo XXI, que nada tienen que ver con la que existía en los tiempos de la Codificación, por lo que, consideramos que la legítima debería desaparecer por completo, siendo desterrada de las leyes, dejando a salvo, eso sí, la protección de los menores e incapacitados, única justificación que encontramos hoy a la institución (Acedo ,2014, p.155, 156)

Derechos últimos que no serían desprotegidos con la eliminación total de la legítima rigurosa, especialmente en razón del derecho de alimentos y en caso de los cónyuges o compañeros permanentes sobrevivientes, la porción conyugal; además claro, pueden configurarse una propuesta similar a la de los países vecinos en que se constituye el sistema de libertad testamentaria, con relación a la necesidad demostrada por parte de los parientes del causante, caso en el cual, la legítima rigurosa si cumpliría una función de solidaridad familiar con sentido social.

Además, tal como manifiesta Fernández-Hierro (2010) “Antes las relaciones familiares eran mucho más estrechas; hoy en día el concepto de familia ha cambiado mucho, las legítimas sólo se entienden desde el punto de vista de la familia tradicional, pero no se sostienen si lo que se quiere es favorecer los vínculos afectivos familiares” (p.8) que son variables y disímiles en cada institución familiar distinta en la actualidad, en donde claro, los vínculos afectivos se generan no por la constitución de parentesco sino por la convivencia y demás circunstancias diferentes y es que, finalmente el principio de solidaridad familiar y de protección de la familia, se desarrolla en vigencia de la misma, con la figura de los alimentos y la protección paterna y materna que en vida le ofrecieron a sus descendientes, agregando que sistemas sucesorales, como el de China, EEUU (Salvo el estado de Luisiana) e Inglaterra, entendieron perfectamente que las legítimas son una “reliquia que los ordenamientos modernos se verían tarde o temprano abocados a suprimir” (Sonnekus, citado en Vaquer, 2013, p.105), pues limitan injustificadamente el poder dispositiva del testador.

Con origen en la *querella testamenti inofficiosi* de procedencia romana, la legítima es entonces la “cuota mínima de la herencia reservada por ley a ciertos herederos ab intestato que se denominan legitimarios” (Cardona, 1992, p.269) quienes entonces recibirán, como se anotó, un monto mínimo que la ley a dispuesto a favor de los legitimarios (la legítima rigurosa); asignación esta que no puede desconocerse (aparentemente) sino al tenor del desheredamiento, pues son “asignaciones legales (...) instituidas por motivos de orden público” (Cardona, 1992, p.271), que recaen sobre el patrimonio del causante y de adquieren de pleno derecho y de manera incondicionada a partir de la apertura de la sucesión.

#### **4.1.1. La Legítima en el Ordenamiento Jurídico Colombiano**

En Colombia (como un sistema sucesorio de freno) la legítima rigurosa como asignación forzosa, no ha sufrido modificaciones en relación a la cuantía o a la protección legal que a esta le asiste, desde la expedición de la ley 84 de 1873, incluso cuando el proyecto de ley proyecto número 066 de 2016 (hoy Ley 1934 de 2018) de la cámara de representantes así lo propuso en un primer momento. No obstante, la eliminación de la cuarta de mejoras como asignación forzosa denota un cambio en la idiosincrasia colombiana actual y la necesidad indubitable de reconocer las nuevas relaciones familiares que son ajenas a la institución familiar tradicional.

Ahora, de conformidad con el artículo 1242 del Código Civil colombiano, la porción correspondiente a la legítima rigurosa es “el producto de deducir el acervo bruto del pasivo y luego sumarle las agregaciones provenientes de la liquidación de los acervos imaginarios (...), a este resultado se le llama acervo líquido, el cual se parte por mitad” (Sonia, 2016, p. 104,105) mitad que corresponde la media de legítimas.

Como características propias de la legítima rigurosa, se encuentra el hecho de que, como se enuncio previamente, es una asignación forzosa, por lo que el testador debe respetar dicho monto so pena de reforma del testamento o materialización de consecuencias jurídicas distintas y adversas a las manifestaciones del mismo; además, la legítima rigurosa es una asignación hereditaria, es decir, el legitimario, quien goza de prelación sobre las asignaciones voluntarias, es “heredero y continuador de la persona del causante, con las contingencias que de ello se derivan” (Sonia, 2016, p.106) que exige una cuota mínima establecida, diferentes a las asignaciones testamentarias que el causante haya querido designar para quien se constituya como legitimario.

De acuerdo al texto de Pedro Lafont (2019), la libertad restringida dispositiva, contiene fundamentos formales, es decir, los que jurídicamente soportan la facultad dispositiva, así mismo la restricción de la misma, por ser la “prolongación postmortem del reconocimiento de la parcial destinación patrimonial familiar que en vida se hacía de ese patrimonio” (p.311) y materiales, como la realidad económico social, que le dan soporte.

La legítima puede ser asignada en vida, bien sea a través de una donación o de una partición del patrimonio en vida (tradición), circunstancias estas que deberán ser tenidas en cuenta en la apertura y liquidación de la sucesión del causante, “El acervo bruto sucesoral menos las costas, impuestos, deudas, alimentos forzosos, porción conyugal darán el activo líquido sucesoral” (Sonia, 2016, p.106) de donde, agregadas las donaciones que constituyan acervo imaginario, se establecerá el monto que corresponda a cada uno de los legitimarios establecidos por ley.

El legitimario, además, puede alegar cuando se estime necesario, una reforma testamentaria, prevista en los artículos 1274 y ss. Del Código Civil colombiano, así como la acción de rescisión (artículo 1482 del Código Civil colombiano), la petición de herencia (artículo 1321 del Código Civil colombiano), entre otros, para el respeto de su derecho a las legítimas, considerando además que la legítima no puede condicionarse ya que, "fundadamente temió el legislador que sí se permitía al testador imponer gravamen o establecer modalidades a la legítima, bien podía llegarse en definitiva a burlar al legitimario y privarlo de su legítima"(Espejo, p.105). En este sentido, no puede disponerse gravamen, condición de plazo, modo o cualquier otra con relación a la legítima rigurosa y su asignación.

Finalmente podría señalarse que como característica propia de la legítima rigurosa, esta “supone una importante limitación al poder de disposición a título gratuito del titular de un derecho de contenido económico y ello tanto inter vivos como mortis causa” (Roca, 2014, p.243), pues en cuanto a las relaciones jurídico patrimoniales inter vivos, generalmente a título gratuito, la legítima rigurosa representa una restricción a la facultad de disposición.

#### **4.1.1.1. De la regulación en el Código Civil antes de la Ley 1934 de 2018**

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la legítima se encuentra establecida como asignación forzosa al tenor del artículo 1226 del Código Civil colombiano, al igual que los alimentos debidos por ley, la porción conyugal y antiguamente también, la cuarta de mejoras, identificada esta última como una institución aparentemente originaria del derecho español, que “destruye la igualdad que se

determina por las legítimas rigurosas y se inspira en la idea de que no todos los hijos suelen ocupar un mismo puesto en el círculo de los afectos de sus padres” (Cardona, 1992, p.273); no obstante, genera curiosidad como incluso cuando esta última institución reconoce en teoría, los problemas evidentes que se efectúan por el establecimiento forzado de una cuota en contra del testador y a favor de unos herederos establecidos que pueden no tener el mismo afecto, sigue estableciendo un límite al derecho dispositivo del testador, lo que evidentemente, resulta arbitrario. Al respecto de la cuarta de mejoras, estas correspondían a una cuarta parte del acervo liquido herencial del causante.

Con relación a la legítima rigurosa que ocupa el centro de debate en el presente trabajo, basta decir que se encuentra regulada a partir del capítulo III del título V “de las asignaciones forzosas” del libro que nos ocupa. Se encuentra definida como una porción o cuota que el causante ha debido dejar con relación a su patrimonio y a favor de ciertas personas establecidas por la ley, so pena de modificación; dichos beneficiarios son denominados por la ley civil como legitimarios (artículo 1240 del Código Civil colombiano), y pueden ser únicamente los descendientes personalmente o bajo la figura de representación o, por otro lado, los ascendientes del causante, dejando claro que los primeros excluyen a los segundos.

Cabe anotar que previo a la ley 29 de 1982 “por el cual se otorga igualdad de derechos herenciales los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios”, la ley civil no reconocía dicha asignación forzosa a los hijos adoptivos ni a la descendencia extramatrimonial de los hijos antiguamente denominados naturales. Ahora, con relación al vínculo con los progenitores de origen dentro de una adopción simple, cabe señalar que en la actualidad solo se configura la adopción plena, por lo que dicha circunstancia -establecida en el código civil antiguamente en el numeral cuarto del artículo citado así; “4°) Los padres naturales” - no se prevé generalmente<sup>77</sup> como viable.

Ahora, los legitimarios, tal como lo estipula el artículo 1241 del Código Civil colombiano (modificado por la ley 45 de 1936) , concurren y son excluidos de conformidad con las reglas y ordenes de la sucesión intestada, esto es, primero descendientes y en caso de que no existan, ascendientes; los mismos recibirán un monto que deviene del acervo liquido herencial y se dividirá por cabezas o por estirpes (cuando se configura la representación) de conformidad con lo establecido por la ley civil en

---

<sup>77</sup> Ver Sentencia C-831/06 de 11 de octubre de 2006

relación a la sucesión intestada. Con relación a la expresión “legítimos” establecida originalmente en la disposición legal, ésta fue declarada inexecutable en Sentencia C-105-94 del 10 de marzo de 1994, por la Corte Constitucional colombiana, al igual que la expresión “naturales” por fallo citado previamente correspondiente a la Sentencia C-641-00 del 31 de mayo de 2000.

Ahora bien, como se aseveró, la naturaleza propia de la legítima rigurosa es restrictiva con relación a los vínculos jurídico-patrimoniales que se configuran sobre el patrimonio del causante, aun tratándose de actos entre vivos, es por tal motivo que en el artículo 1245 del Código Civil colombiano, se requiere la restitución por donaciones, si estas exceden o menoscaban la porción de legítimas rigurosas y en regulación anterior, también la cuarta de mejoras, pudiendo proceder entonces los legitimarios y mejorarios (previa a la modificación de la Ley 1934 de 2018), en contra de quienes sean donatarios, comenzando en todo caso, sobre las más recientes.

Con relación a los legitimarios sin tener descendientes con derecho de representación y que a causa de desheredamiento, indignidad, incapacidad o repudio no merecieran todo o parte de su porcentaje correspondiente a legítimas, esta se sumara a la mitad de legítimas, incrementando o aumentando el porcentaje de los demás legitimarios y de la porción conyugal si fuese el caso (primer orden hereditario); así como también aumentara el valor de la legítima todo aquel patrimonio sobre el que no se dispuso libremente, aun habiendo podido hacerlo. De igual manera, si no existiera la posibilidad de complementar el valor que corresponde a las legítimas, ésta se rebajara a prorrata.

Al respecto cabe anotar que todos los legados y donaciones realizadas por el causante a un legitimario (exceptuando los gastos de educación a favor del descendiente), por ejemplo, desembolsos para el pago de deudas (artículo 1260 C.C.C.) se entenderán parte de su cuota de legítimas, a menos de que el testador manifieste lo contrario en el acto testamentario, o el causante en general, en la escritura pública correspondiente o en un acto auténtico; esto con excepción de aquellos que se creían legitimarios sin serlo, caso en el cual se resolverá la donación.

Finalmente, con relación a la cuarta de mejoras, basta decir que dentro del artículo 1253 de la disposición civil se establecieron como posibles asignatarios a los descendientes del testador, de los cuales éste último podía elegir a uno o a varios que tuvieran opción de dicho beneficio; Claro está, que no se halla sentido a dicha institución, en la medida que la cuota de libre disposición bien puede permitir al testador hacer las nombradas preferencias y esto, sin el límite injustificado que impone el legislador

con relación a los afectos del causante. Así, como lo señala Pedro Lafont (2019) la inclusión de la cuarta de mejoras en el Código

Obedeció a una política paternalista que orientaba a los titulares de un patrimonio a que garantizaran, después de su muerte, su conservación dentro de la familia, otorgando mayores beneficios a la descendencia que lo requería o que, a su vez, podía ayudar a los demás descendientes. Luego, el mantenimiento de la cuarta de mejoras, de un lado, tuvo una gran justificación en el régimen feudal y el clásico de familia extensa o semiextensa, cuya principal fuente de sostenimiento era la herencia y la explotación de los bienes heredados, acompañados de los pocos ingresos propios”<sup>78</sup> (Lafont, 2019, p.313)

Siendo necesaria una reforma que se ajustara, como bien lo indica el Dr. Lafont, a la realidad actual, en donde “la independencia de las familias que descienden de un tronco común, no solo generaron independencia de hogar sino también de ingresos propios y de autosostenimiento” (Lafont, 2019, p.313), es decir, a un contexto en donde la conformación familiar es aún más extensa y diversa que la vigente en los años en que se constituyó la legislación civil, por lo que “resulta innecesaria la anterior política jurídica del paternalismo jurídico en la regulación de la mejora; y, por lo tanto, debe ser sustituida por la política de no paternalismo con la consiguiente supresión de la restricción” (Lafont, 2019, p.313).

#### **4.1.2. De la Ley 1934 de 2018. Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano.**

El primero de enero del 2019, entro a regir la Ley 1934 de 2018 por la cual se reformó y adicionó el Código Civil colombiano. La ley, expuesta previamente en el capítulo segundo del presente trabajo, incluyo reformas con relación al derecho sucesorio, especialmente lo relativo a las legítimas rigurosas y cuarta de mejoras, como entraremos a ver a continuación.

---

<sup>78</sup> “Si bien es cierto, que la cuarta de mejoras surge con posterioridad al derecho romano, y el desarrollo del régimen feudal no es menos cierto que tuvo su origen en el siglo VII con desarrollo posterior en el antiguo derecho español, en donde (...) no fue tenido en cuenta por Don Andrés Bello, pero posteriormente si fue acogida en el Código Civil de Chile, hasta la presente época, con las modificaciones posteriores” (Lafont, 2019, p.312)

#### **4.1.2.1. Exposición de Motivos con relación a la legítima rigurosa en el derecho sucesorio colombiano**

Como lo enunciamos, dentro de la Gaceta 602/16 se expuso por primera vez lo que sería la Ley 1934 de 2018, “por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano”, la misma, fue presentada por los congresistas Rodrigo Lara Restrepo, Carlos Jimenez, Jorge Enrique Rozo y Jose Ignacio Mesa, el cuatro (04) de Agosto de 2016, ante la comisión primera, como el proyecto de ley número 066 de 2016 de la cámara de representantes, con ponente de primer debate a German Varon Cotrino.

Dentro de los motivos expuestos o relacionados dentro del proyecto de ley, advertíamos que los congresistas señalaban las dificultades en términos de distribución y disgregación innecesaria de la tierra, especialmente cuando se trata de micro fundíos y pequeñas empresas, pues éstas se han visto seriamente afectadas por la repartición forzosa establecida por la ley, a legitimarios escasamente interesados en continuar con el negocio familiar o poco hábiles para el desarrollo y crecimiento desde el punto de vista económico de los mismos. Además, muy por el contrario a la opinión de diversos doctrinantes, y en el mismo sentido que se aboga en el presente trabajo, dentro de la exposición de motivos del proyecto de ley número 066 de 2016 de la cámara de representantes se manifiesta que aun cuando la legítima rigurosa como institución, contiene una historia amplia y remota que centra sus orígenes desde la antigüedad<sup>79</sup>, no representa en absoluto una norma de derecho natural al punto tal que, como se indica en el mismo texto, en los orígenes del derecho romano se estableció el derecho de libertad dispositiva del testador sin restricción alguna o, lo que es lo mismo, la libertad testamentaria absoluta.

El desarrollo de la economía y de las formas de vidas que se produjo en los primeros tiempos de la República, erigió en principio dominante el de la libertad testamentaria en materia de sucesión. El testamento ofreció también desde muy antiguo la posibilidad de contener otras disposiciones del causante. (...) Esta autonomía del *pater* de dar a sus bienes el destino que mejor le pareciese para después de su muerte, fue en Roma la norma general y otorgó al

---

<sup>79</sup> Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Juzgo, las Leyes del Toro y en las Siete Partidas de don Alfonso X El Sabio (Gaceta 602, 2016, p.9)

testamento en aquella etapa, una innegable primacía sobre la sucesión intestada. (Argüello en Gaceta 602, 2016, p.9)

No obstante y como ya se desarrolló previamente, surgieron en roma disposiciones<sup>80</sup> en miras a limitar o restringir el derecho de libertad testamentaria, con fundamento en los principios cristianos de la época y con relación a la familia tradicional, sin que ello implicara que se reconociera una autonomía por demás mínima, al testador, tanto en Roma como en otros países aún anglosajones.

Ahora, en lo que respecta al derecho sucesorio colombiano, como producto del proyecto de la ley civil de Andrés Bello, facsímile del derecho civil francés de 1804, heredo consigo instituciones motivadas en un contexto político, cultural, jurídico y social propias de su época y de su contexto geográfico, lo que sin duda genera, teórica y objetivamente dificultades de todo tipo, empezando claro está, con que Francia<sup>81</sup> no fue colonia sino, en su momento, colonizador (de la Guyana Francesa, Martinica, San Martín, San Pedro y Miquelón, Mayotte, entre otros), por lo que una institución con fines ajenos puede causar (como lo hace) conflictos tanto económicos como sociales. No por otro motivo manifestó en su momento Suarez Franco (2015) que la sucesión testamentaria perdía vigencia por el desuso generalizado del testamento, en vista de que el legislado limita a libertad dispositiva disminuye el interés de dicho instrumento.

Así mismo, se manifiesta en la exposición de motivos del proyecto de ley, que las repercusiones negativas en la económica por la obligatoriedad de las legítimas son varias, entre esas que “la distribución de la riqueza entre los hijos implica una asignación ineficiente de los recursos. Esto reduce el bienestar social y la riqueza de la sociedad en general” (Gaceta 602, 2016, p.10) con motivo al fraccionamiento injustificado y la asignación ineficiente de los activos familiares, en manos de legitimarios que pueden no saber, ni estar interesados, en el aprovechamiento real de los mismos.

Las restricciones en la libertad de testamento le imponen a la sociedad un costo de oportunidad en términos de no sacar el mayor provecho a sus recursos (...) Este es el caso por ejemplo de la herencia que reciben personas sin la suficiente capacidad profesional para sacar el mayor

---

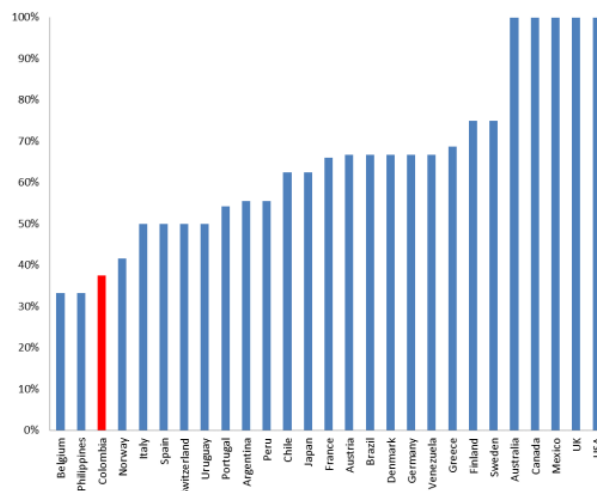
<sup>80</sup> la lex Furia, la lex Voconia y particularmente la lex Falcidia. (Gaceta 602, 2016, p.9)

<sup>81</sup> “Donde se requería usar la sucesión de la familia tradicional como instrumento de división y fragmentación de la tierra, base y sustento del poder aristocrático en el antiguo régimen” (Gaceta 602, 2016, p.10)

provecho a una empresa familiar a la cual se han hecho a cargo debido a la legislación y no al mérito propio (Gaceta 602, 2016, p.11)

La institución de la legítima rigurosa en el derecho colombiano, como restricción a la libertad dispositiva del testador, implica una obtención disminuida de resultados económicos óptimos, caso ejemplo el que corresponde a los “microfundios, propiedades menores a tres hectáreas, en donde el reducido tamaño de la propiedad rural imposibilita a las familias campesinas obtener ingresos suficientemente altos para salir de una situación de pobreza” (Gaceta 602, 2016, p.11) y que, dicha exigencia de fraccionamiento que implica la asignación forzosa de la legítima, generará sin el mínimo de reparo, aún mayores dificultades para la generación de frutos tanto civiles como naturales. En ese sentido, Colombia ha representado un 38% de fracción de la herencia “siendo entonces el tercer país con la menor libertad de testamento, únicamente por delante de Bélgica y Filipinas” (Gaceta 602, 2016, p.10).

**Tabla 3. Relación Fracción de la Herencia**



Fuente: (Ellul, Pagano, & Panunzi, 2010).

Lo que resulta problemático, ya que considerando que el sector rural<sup>82</sup> y en general, la explotación agrícola representan una importante fuente de alimentos tanto al sector rural como a los centros urbanos, siendo los microfundios los que suelen presentar mayor productividad, cualquier institución

<sup>82</sup> “Los pequeños productores corresponden a aquellos que se encuentran en un microfundio y tienen propiedades con menos de media UAF. En particular, en los departamentos de Antioquia, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Nariño y Santander se ubican la mayor parte de los microfundios, pues allí se ubica el 71% de estos” (Leibovich, Botello, Estada & Vásquez, 2013). (Gaceta 602, 2016, p.12)

o lineamiento que genere resultados adversos con relación a estos, debe ser reconsiderado, como es el caso, por ejemplo, de la legítima rigurosa.

Al revisar los datos de otros países, Colombia presenta un excesivo fraccionamiento de la tierra en comparación con Latinoamérica, los países de ingresos mediano y bajo y, en general, con el mundo. Esto tomando en consideración que Colombia presenta un menor número de hectáreas cultivables por persona (...) El país se encuentra por debajo de países que han presentado una importante dinámica en su sector rural y que han aprovechado los acuerdos de libre comercio para incrementar sus exportaciones agrícolas, siendo el caso de Perú y de Chile. Igualmente, se encuentra por debajo de países como Argentina o Brasil que tienen importantes industrias en la producción de alimentos. (Gaceta 602, 2016, p.13)

Circunstancia ésta que indubitablemente genera grandes desventajas en relación con las oportunidades económicas para competir en el mercado global por parte de Colombia, incluso cuando posee vocación agrícola, en la medida que se presenta un “excesivo fraccionamiento, alta informalidad en los derechos de propiedad y poca utilización de la tierra productiva” (Gaceta 602, 2016, p.13) lo anterior sin negar que el problema que la legítima rigurosa implica, confluye con la distribución inequitativa de la tierra, la cual es evidentemente extendida, por disposición legal, por la primera. Frente a este punto basta decir que es cuestión de política pública la búsqueda de la una distribución equitativa del terreno, más no de las relaciones jurídico patrimoniales privadas, que como es obvio, pueden incrementar el problema (la legítima, mucho más que la libre disposición testamentaria).

Señaló la OCDE que la desigualdad persistente se ha presentado debido a factores que limitan el acceso a la tierra de los pequeños productores, la constante acumulación de grandes extensiones de terrenos para actividades no productivas y el complejo sistema de tenencia de la tierra, que da como resultado poca claridad en los derechos de propiedad. Esta situación da como resultado que en los municipios colombianos con mayor proporción de microfundios, y entendiendo por ellos los predios que cuentan con una extensión de menos de tres hectáreas, la distribución de la tierra sea más desigual (Gaceta 602, 2016, p.14)

Situación que además genera un problema adicional, y es que el heredero adquiere la tierra por el simple hecho de ser legitimario y no por tener precisamente, las ideas mayormente eficientes, lo que genera evidentemente problemas en la productividad de la tierra y el aumento de latifundios

improductivos. “Para frenar este continuo avance de los latifundios es necesario entonces evitar el fraccionamiento de la pequeña propiedad rural” (Gaceta 602, 2016, p.14) se señala en la exposición de motivos, y se hace claro que el no fraccionamiento de la tierra genera mayores oportunidades de ingresos para quienes la aprovechan de la mejor manera<sup>83</sup>.

En relación con las empresas familiares, basta señalar que un innumerable número de fuentes académicas han concluido que “una ley de herencia más estricta se asocia con una menor inversión y un crecimiento más lento en las empresas familiares” (Gaceta 602, 2016, p.15) sumado a los problemas internos que se presentan en la familia con relación a la dirección de la empresa, incluso existiendo una distribución determinada por la ley, así como la falta de preparación e interés.

Desde un punto de vista individual, las legítimas pueden estabilizar la situación material de la familia del testador. Sin embargo, en un régimen de mayor libertad testamentaria, la expectativa de una herencia puede ser usada por el testador para asegurar un apoyo intergeneracional en el seno de la familia, fortaleciendo así la unidad de la misma. La expectativa de heredar, así como cualquier transferencia inter-vivos, puede promover vínculos de solidaridad entre las generaciones y disminuir los nacimientos por fuera del matrimonio. (Gaceta 602, 2016, p.15)

Y lo anterior, recogiendo además la multiplicada de formas e instituciones familiares que convergen en la actualidad colombiana. La estipulación de un sistema de libertad testamentario puede intervenir directa e indirectamente en el establecimiento de buenas relaciones familiares, en donde los que hoy son considerados legitimarios, no darán por sentado su derecho *mortis causa* y verán la necesidad indudable de generar ingresos por sí mismos -“la contradicción radica en el hecho que para determinar la posición económica de una persona importa más lo heredado que el esfuerzo realizado” (Gaceta 602, 2016, p.8)-, así como generar lazos familiares mucho más sólidos.

Es así que, partiendo de las diversas formas e instituciones familiares, debe ser el testador y no la ley, quien determine como ha de distribuirse el fruto de su trabajo, partiendo de los lazos afectivos, las

---

<sup>83</sup> La probabilidad de supervivencia de las empresas familiares se ve reducida en el momento del relevo generacional. Esto por varias razones: en primer lugar porque los herederos no cuentan con el talento ni las habilidades profesionales necesarias. En segundo lugar, por las disputas al interior de las familias por el control de la firma. En este sentido, una vasta literatura académica se ha concentrado en los efectos de estos dos factores mencionados sobre la rentabilidad de los activos y el crecimiento de las empresas, encontrando que en efecto que en el momento del relevo generacional varios indicadores del buen desempeño de una empresa se deterioran, entre ellos: rendimiento de los activos, relaciones-mercado-valor-contable y prácticas de gestión. (Gaceta 602, 2016, p.14)

habilidades empresariales, entre otros criterios que devengan exclusivamente del testador; el caso contrario, es decir, el actual en el derecho colombiano, no resulta siendo sino una “injerencia excesiva, por parte del Estado en la esfera personal de los ciudadanos” (Gaceta 602, 2016, p.16), que como veremos, genera consecuencias distintas a las previstas por la ley civil.

#### **4.1.2.2. Desarrollo general del debate del proyecto de ley**

El proyecto de ley 066 de 2016, fue presentado el cuatro de agosto en la Gaceta 602 del mismo año, junto con la exposición de motivos que desarrollamos de manera general en acápite anterior. Con fecha de aprobación de primer y segundo debate el 06 diciembre 2016 y 20 junio 2017 respectivamente y con presentación en las siguientes gacetas: Exposición de motivos en la Gaceta 602/16, Primera Ponencia Cámara en la Gaceta 773/16, Segunda Ponencia Cámara en la Gaceta 161/17 y el Texto Plenaria en la Cámara de Representantes, en la Gaceta 560/17

Con relación al trámite efectuado en el Senado de la Republica, cabe señalar que fue repartido a la comisión primera con ponente asignado el Dr. German Varon Cotrino. El 10 abril 2018 se aprobó en primer debate y el 26 junio 2018 en segundo. Con Primera y segunda ponencia en Senado dentro de las gacetas Gaceta 909/17 y Gaceta 233/18 respectivamente y con Conciliación en Senado en la Gaceta 477/18.

#### **4.2. Otras formas de trasferir el dominio y contravenciones a la legítima rigurosa.**

Con la expedición de la ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso colombiano, el debate acerca de lo que se denomina participan del patrimonio en vida se incrementó, resultando además demandas de inconstitucionalidad frente a dicha disposición (Sentencia C-683/14) por considerarla violatoria de los derechos de igualdad ante la ley en relaciona los hijos que nazcan o se adopten con posterioridad a la partición.

Sin embargo, e incluso cuando la posibilidad de realizar la partición en vida del patrimonio genere un espacio propicio para el debate, por motivos del presente trabajo simplemente nos basaremos en la relación estrecha que contiene al respecto de las legítima. Y es que incluso cuando puede realizarse la partición del patrimonio en vida, este trámite resulta complejo (por la autorización judicial que además debe expedirse para tal fin) y en conclusión, no resuelve el problema que pretendía disminuir.

La introducción en nuestra legislación se justificó para evitar una serie de negocios jurídicos simulados y de procedimientos engorrosos como la fiducia o la creación de sociedades que se creaban para ocultar el verdadero interés de distribuir los bienes de determinada persona en vida siendo, por consiguiente, un mecanismo jurídico más efectivo para la protección de los derechos de los herederos. (...) La disposición acusada establece expresamente que la partición en vida debe respetar las asignaciones forzosas. (Corte Constitucional, C-683, 2014)

La anterior manifestación expresa la preocupación de algunos sectores con relación a la utilización de mecanismos diversos de transferencia del dominio que tienen como finalidad prescindir de la cuota legítimaria exigida por la ley. La constitución de la partición del patrimonio en vida, instituida en el artículo 487 del Código General del proceso, tuvo lugar, entre otras causas, por el elevado número de casos en los que el causante en vida, generó y utilizó relaciones jurídicas para evitar cumplir con la cuota de legítimas.

No es un secreto que personas actualmente realizan donaciones, ventas simuladas, fiducias o sociedades que permiten disponer libremente de su patrimonio, sin los vejámenes que imprime la constitución de la legítima rigurosa.

Por su parte, la donación se encuentra establecida en Título XIII del Libro Tercero del Código Civil y es considerada como una forma de transferir gratuitamente el dominio.

Se define como un contrato unilateral a título gratuito en el que se protegen tanto el derecho de libre disposición de los bienes del donante como los derechos de la familia y de los terceros que podrían verse eventualmente despojados de lo que les espera. En todos los casos, la donación supone que el donatario se enriquezca y el donante vea disminuido su patrimonio, de lo cual se depende que la cosa donada debe ser de propiedad del donante. Atendiendo a estas particularidades, la donación exige ciertas solemnidades como la insinuación, la capacidad para donar y recibir y la posibilidad de hacer reservas. (Corte Constitucional, C-683, 2014)

Aunque pueda ser utilizada como método para evadir las legítimas rigurosas, es evidente que la formación de acervos imaginarios la hace poco atractiva, incluyendo además los altos costos en los que se incurre para efectuar el acto juicio de la donación.

Por su parte, las ventas simuladas<sup>84</sup> son aquellas ventas realizadas sin el pleno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, y generalmente se efectúan con intención de defraudar a terceros y no cumplen. Por lo general, son ventas en donde no se estipula ni se cancela un valor, pero si se realiza el traspaso. Al respecto basta señalar que incluso sin porcentajes establecidos, es una de las instituciones mayormente utilizadas por las personas para evadir el cumplimiento de las asignaciones forzosas, entre esas, la legítima rigurosa; lo que resulta problemático, especialmente por la inobservancia de los alimentos debidos por ley y la porción conyugal que, a diferencia de las legítimas rigurosas, si les asiste fundamento jurídico, cultural y social claro. Contra dicha simulación, los herederos o interesados pueden solicitar se rescinda el contrato simulado, sin embargo, aun en día resulta una buena oportunidad para desatender las obligaciones legales.

Con relación a la creación de fiducias, basta señalar que es otra de las formas de evadir el cumplimiento de la legítima rigurosa. Esta consiste en la constitución de un patrimonio autónomo (exceptuando la regla general del patrimonio como atributo de la personalidad) que como “universalidad de derecho (...) implica que el activo responde por el pasivo” (Cárdenas, 2014, p. 22). Dentro del contrato de fiducia, existe por su parte un fideicomitente, quien es “la persona natural o jurídica, que encomienda a la fiduciaria una gestión determinada sobre uno o varios de sus bienes, para el cumplimiento de una finalidad” (Jiménez, 2007, p.45) y un fiduciario quien es “la persona jurídica a quien el fideicomitente en virtud de un negocio fiduciario (...) transfiere uno o más de sus bienes especificados con el propósito de llevar a cabo la finalidad para la cual fueron afectados” (Jiménez, 2007, p.45). Y con motivo al desconocimiento de la legítima, puede señalarse un beneficiario distinto a los legitimarios.

Finalmente, con relación a la constitución de sociedades resulta del todo propicio para ignorar las exigencias con relación a la legítima, esto, en la medida que las sociedades son personas jurídicas con patrimonio distinto al de sus socios, especialmente cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada. Resulta apenas claro que la constitución de sociedades es una opción viable para evadir el cumplimiento de la legítima dentro del acto testamentario.

---

<sup>84</sup> En ese orden, aunque tratándose de inmuebles, la declaración de simulación produce la necesaria consecuencia de cancelar los registros respectivos, pues solo así se logra devolver el dominio al verdadero propietario (Corte Suprema de Justicia, 2016)

Ahora, en contraposición, la normatividad civil ha permitido a los interesados, especialmente a los legitimarios a accionar mecanismos tales como acciones de nulidad, rescisión, reforma del testamento, petición de herencia, así como la restitución de lo excesivamente donado (acervos imaginarios).

Los anteriores, han sido mecanismos constituidos por el legislador para evitar los escenarios de irrespeto a las asignaciones forzosas, especialmente de la legítima rigurosa. Sin embargo, poco pueden hacer ante los mecanismos señalados, verbi gracia, las fiducias o creación de sociedades, pues ante éstas soluciones acogidas por los diversos sujetos que pretenden mantener inquebrantable su libertad dispositiva poco podrían intervenir los mecanismos, y de hacerlo, seguramente surgirán más y más formas de evadir las legítimas rigurosas, porque el problema principal no ha sido realmente solucionado: la falta de libertad dispositiva, por una figura que resulta anacrónica para nuestros tiempos.

## **COROLARIO.**

El presente trabajo se proponía aportar al debate que se desarrolla frente a la evidente tensión entre la libertad testamentaria y el modelo restricción testamentaria (de legítimas); partiendo de los antecedentes históricos de esta última, de su implementación y desarrollo en Colombia, enfatizando además en el trámite y resultado de la reciente norma por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil colombiano, la Ley 1934 de 2018 (norma que además, fue expedida con posterioridad a la iniciación del presente trabajo), todo con un último fin, determinar si los fundamentos jurídicos del sistema de legítimas en Colombia son suficientes para justificar la limitación de la libertad dispositiva del testador.

Con relación a la sucesión, se hace claro su propósito de asignar el patrimonio del difunto con intenciones de respetar las relaciones jurídico-patrimoniales del mismo y brindar seguridad jurídica en efecto. Para tal propósito, se han constituido por lo menos dos sistemas sucesorios, dentro de los cuales se debate el porcentaje que debe constituir la libertad dispositiva del testador. En el caso colombiano, como se observó, se instituye un sistema sucesorio restrictivo, toda vez que aún hoy se mantiene la institución legitimaria en lo que respecta al primer y segundo orden hereditario.

Ahora, resulta claro que incluso cuando Colombia decidió adaptar casi que íntegramente el código civil de Andrés Bello, propuesto con base en el Código civil francés y éste a su vez basado en el derecho romano, la constitución de instituciones tales como la legítima rigurosa en Colombia, resulta oprobioso por fundarse estas en un contexto político, social, cultural y jurídico distinto al propio. En este sentido, los mecanismos diversos utilizados por algunos para evadir la responsabilidad superflua de respetar un porcentaje relativo a las legítimas rigurosas resultan siendo solo una consecuencia lógica de lo indicado, esto es, de la aplicación de instituciones ajenas.

La familia hoy en día es diversa, y existen multiplicidad de formas en las que ésta puede constituirse y desarrollarse. Pensar además en una figura que responde únicamente a la familia tradicional, resulta del todo excluyente e impropio para un gran porcentaje de la población.

En comparación con América Latina, el matrimonio en Colombia ha perdido terreno frente a formas distintas de unión (...) El matrimonio ya no es observado como el único modelo familiar normativo, dado que las relaciones no maritales reciben hoy cada vez más aceptación. La multiplicidad de nuevas formas familiares, productos de matrimonios secuenciales y de las

uniones de hecho o las familias conformadas por personas de un mismo sexo, están llevando a que sea cada vez más frecuente el fenómeno de las familias reconstituidas. (Gaceta 602, 2016, p.15)

El melancólico respeto a las instituciones romanas, que en el caso en comento respondía a un afán por atribuir no solo el patrimonio, sino la personalidad del difundo al heredero (junto con la cultura, la religión y en general la idiosincrasia familiar), “por la esperanza de su dilatada duración en el tiempo” (Gasperi, 1953, p9) resulta por demás conflictivo. Acogerlas simplemente por ser antecedente de nuestra legislación civil actual es pensar que la sociedad es inmutable y que las relaciones sociales se mantienen siempre iguales, incluso con el paso del tiempo y con la constitución de una historia diferente. En este sentido, pareciera que acoger justificaciones que rayan con lo inefable resulta ser una solución, tal como lo ha demostrado la Corte Constitucional<sup>85</sup> al fundamentar el sistema de legítimas en razón del orden público - tanto es así que se llegó a manifestar que el orden público cumplía en el derecho privado la misma función que los nervios en la medicina “explicar todo lo que uno no sabe o no quiere explicar” (Simó, 1968, p. 141)- y la buena costumbre.

La obediencia general como el posterior uso y las actitudes respecto al derecho pueden estar motivados por el miedo, la inercia, la admiración a la tradición, o por un cuidadoso cálculo de intereses egoístas, así como también por el reconocimiento de la obligación Moral de obedecerlo. Mientras la práctica social compleja exista, eso es suficiente para responder de modo afirmativo la pregunta de si un sistema jurídico existe. (Hart citado por Bastida, 2002.p.196)

No, los fundamentos jurídicos del sistema de legítimas en Colombia no resultan ser suficientes para justificar la limitación de la libertad dispositiva del testador. La legítima rigurosa se basó en un contexto jurídico y religioso distinto y por tal, representa en la actualidad colombiana un costo de oportunidad con relación al desarrollo económico y por tal, social y cultural.

El interés por testar es cada vez menor por la intervención estatal en el establecimiento de las legítimas rigurosas (Suarez Franco, 2015, p.169) que responden a un tipo de familia que no converge hoy con

---

<sup>85</sup> Los jueces individuales pueden explicar o justificar su aceptación de las disposiciones del legislador diciendo que ellos desean continuar una práctica establecida o que, al asumir su cargo, han jurado continuarla o que ellos han aceptado tácitamente hacerlo al aceptar el cargo de juez. Todo esto sería compatible con jueces que, o bien no tienen ninguna creencia con respecto a la legitimidad Moral de la legislatura o hasta creen que ésta no tiene ninguna. (Garzón, 2001, p.80)

los valores sociales multiplicados y diferenciados exponencialmente. Si el interés del legislador fue generar una igualdad desmedida entre los legitimarios, debe entender en primera instancia que el sujeto que tiene la obligación de ofrecer igualdad de oportunidades es en primera instancia el estado mismo y no puede recargar a los particulares en sus relaciones jurídico patrimoniales privadas, de esta tarea.

Claro, es cierto que en ningún tipo de relación privada puede vulnerarse los derechos fundamentales de terceros ni de los mismos intervinientes, pero como resulta claro, acoger un sistema de libertad testamentaria no vulnera en absoluto ningún derecho fundamental, lo que podría resultar distinto cuando nos referimos a la obligación alimentaria o a la porción conyugal.

Derecho de Sucesiones necesita atemperarse a los cambios que han operado en la sociedad actual. (...) acontece que, a diferencia de los primeros, muchas veces resulta un Derecho más estático, inmune a revoluciones que operan en la vida social, económica, política o científica. Como expresa SÁNCHEZ ARISTI en el contexto del Derecho español «... los grandes principios sobre los que se asienta el Derecho de sucesiones continúan siendo los mismos más de cien años después, a despecho de los numerosos cambios de toda índole acaecidos en ese período, y en particular a despecho del nuevo paradigma sobre el que se asientan las relaciones familiares y sociales del individuo actual, el cual reclama una puesta al día de muchas instituciones sucesorias tradicionales, desde las legítimas hasta el testamento».(Pérez, 2010, p.9,12)

La libertad testamentaria resulta del todo necesaria, pues el derecho sucesorio podrá así responder a los diversos tipos de familias que convergen en la actualidad. ¿Quién sabe más sobre los vínculos familiares que los mismos integrantes de la familia? El legislador no debe ni puede pretender regular escenarios tan privados como el familiar (claro, siempre que en éste no se esté constituyendo una violación o amenaza a derechos fundamentales de sus integrantes) pues generara exclusión y nuevas maneras de violar la ley.

La solidaridad y todos los demás principios familiares a los que se remiten los defensores de las legítimas rigurosas, deben ser generados a lo largo de la vida familiar, más no con posterioridad de la muerte de alguno de los participantes, pues carece de sentido y en todo caso, de justificación real.

Ahora, no se niega las repercusiones que el derecho sucesorio tiene en relación al desarrollo económico y social del país<sup>86</sup>, de hecho, todo lo contrario, se reconocen, incluso cuando la sucesión sea mayoritariamente patrimonial y no exija, como ya lo explicamos, para su constitución el hecho de tener una familia. Y por ser así, por reconocerse las repercusiones, es que se exige una modificación pronta con relación a una norma que entorpece el crecimiento económico, dificulta las relaciones familiares (pues desconoce las nuevas formas de familia) y niega, entre otros, derechos propios y constitucionalmente reconocidos al testador.

Además de propender por la adecuada distribución del patrimonio, con relación a las habilidades y aptitudes propias de cada heredero, la libertad testamentaria evita los inconvenientes familiares<sup>87</sup> pues cada integrante partirá del hecho de la incertidumbre y generará para sí, diversos mecanismos de ingresos, necesariamente distintos a los del patrimonio del causante, lo que, a su vez, incentivará la creación de empresas y el movimiento de la economía.

La legítima rigurosa debe ser suprimida en el ordenamiento jurídico colombiano, y en su lugar deben generarse normas que promuevan el amor y el respeto dentro de las familias, así como el reconocimiento incondicional por parte de las instituciones públicas y privadas de las mismas. Eliminar las legítimas implica reconocer que se puede generar vínculos igual de valiosos con hijos de crianza y hasta con terceros cercanos que por razones tan propias y privadas son merecedores del trabajo y esfuerzo de quien se permite testar.

---

<sup>86</sup> “El Derecho Sucesoral se destaca por su repercusión económica y social. Según la estructura de cada país, serán las normas que regulan la —sucesión por causa de muertel, lo cual determina que los bienes de una persona a su fallecimiento se transmiten a sus causahabientes o se adjudiquen a la comunidad o Estado, en calidad de —bienes vacantes” (Echeverría, 2011, p.12)

<sup>87</sup> "Aducen también que la potestad paterna [y materna] se ve debilitada por el hecho de que los hijos puedan exigir esa parte intangible del patrimonio del padre [o madre], y éste no encuentra testamento un medio suficiente de recompensa o castigo a sus hijos (...) por otra parte, se dice, las asignaciones forzosas fomentan la ociosidad de los hijos, pues cuando el padre [o la madre] tiene[n] cierta fortuna se acostumbran al pensamiento de que su subsistencia y porvenir están asegurados sin mayor esfuerzo" (Somarriva, 1938, P.61)

## REFERENCIAS

- Acedo, A. (2014). Derecho de Sucesiones el testamento y la herencia. Madrid: Dykinson.
- Acedo, A. (1996). El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN-e 0213-988X, N° 14-15, 1996-1997, págs. 323-392. España: Universidad de Extremadura.
- Aguado, E. (2001). Derecho de Sucesiones. Bogotá: Leyer.
- Aguilar, L. (2014). Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones y soluciones actuales y soluciones de futuro. Ed. Arandzadi: Pamplona.
- Álvarez-Correa, E. (2015). Curso de derecho romano. Tomo I. Fuentes, procedimientos, personas y sucesiones. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Amezquita, J. (1997). La mujer, sus obligaciones y sus derechos. Bogotá: Ediciones AA.
- Angarita, A. (2010). Algunas aproximaciones sobre el régimen sucesoral en Colombia. Justicia, No. 18 - pp. 122-130 - Diciembre 2010 - Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia - ISSN: 0124-7441.
- Arias, M. (1993). Derecho de Familia. Legislación de menores y actuaciones notariales. Bogotá: ECOE Ediciones
- Arroyo, E. (2013). La reforma del Derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania. Tendencias contemporáneas del derecho. Sucesiones y Herencia, 495-555.
- Azpiri, J. (1991). manual de derecho sucesorio. Buenos Aires: Hammurabi.
- Berenguer, M. (2012). La flexibilización de la legítima hereditaria. Tesis doctoral. Argentina: Universidad católica argentina.
- Barria, M. (2013). Las Asignaciones Forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión. Tesis Doctoral. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Barrio, A. (2012). El largo camino hacia la libertad de testar de la legítima al derecho sucesorio de alimentos. Madrid: Dykinson.
- Biondi, B. (1960). Sucesion testamentaria y Donacion. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Cardenas, J. (2014). El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cardona, G. (2004). Tratado de sucesiones. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Cardona, G. (1992). Tratado de Sucesiones. Primera Edición. Pereira: Ediciones Abogados Librería.
- Carrascosa, J. & Martínez, J. (2015). Prontuario básico de derechos sucesorio internacional. Granada: Editorial Comares.

Cámara de Representantes (2016). Proyecto de Ley 066. Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil. Bogotá

Congreso de la República. (2016). Gaceta del congreso 602/16.

Colmenares, (2017). Libertad testamentaria en roma. Una aproximación a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia. En el Libro Estudios Latinoamérica de Derecho Romano. Adame, J. & Heredia, H. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Enlace <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/1.pdf>.

Congreso de la Republica (1887). Ley 57, Código Civil Colombiano.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-494/92. [MP. Ciro Angarita Barón].

Corte Constitucional. (1993). Sentencia No. T-212/93. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C- 660/96. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-237/97. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (2000). Sentencia C- 641/00. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C -429/01. [MP Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-919/01 [MP Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1111/01. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-1033/02. [MP. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-430/03. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-825/4. [MP. Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C- 029/09. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte constitucional. (2011). Sentencia C-577/11. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza].

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-283/11. [MP. Jorge Ignacio Pretelt].

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-506/11. [MP. Humberto Antonio Sierra].

Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-731/14. [MP. Luis Guillermo Guerrero]

Corte Constitucional (2014). Sentencia C-552/14. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional (2014). Sentencia C-683/14. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. (1998). Ref: Expediente No. 4899. [MP. Carlos Esteban Jaramillo]

Corte Suprema de Justicia (13 de noviembre de 1994). [M.P. Héctor Marín Naranjo]

Corte Suprema de Justicia (2016). Sentencia SC16669-2016. [Ariel Salazar Ramírez].

- Domínguez, L. (2016). Derecho de Familia. Los alimentos (juicio oral). Segunda Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda.
- Echeverría, M. (2011). Derecho sucesoral. 536 p. ISBN: 978 958 8621 28 9. Cartagena: Universidad Libre. Obtenido de:  
[http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/COMPENDIO\\_DE\\_DERECHO.pdf](http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/COMPENDIO_DE_DERECHO.pdf)
- Estrada, I. (2015). Libertad de testar, legítima y solidaridad intergeneracional. “Las legítimas alimentarias” en el Derecho Comparado. Lérida – España: Universitat de Lleida.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=103529&orden=1&info=link>
- Espada Mallorquín, Susana. (2017). DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES. Revista chilena de derecho privado, (29), 337-345.  
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200337>
- Espejo, M. (1996). *La legítima en la sucesión intestada en el código civil*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Fernández, J. (2004). Sucesión Forzosa. Estudio sobre las legítimas y las reservas en el derecho común y foral. Granada: Ed. Comares.
- Fernández-Hierro, M. (2010). Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Bilbao: Jado, boletín de la Academia Vasca de Derecho, ISSN 1888-0525, Año 8, N°. 19.
- Fornieles, S. (1958). Tratado de las sucesiones. Cuarta Edición. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Gásperi, L. (1953). Tratado de Derecho Hereditario. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Galvis, L. (2011). Pensar la familia de hoy. Bogotá: Editorial Aurora.
- Gete-Alonso Calera, M. (2011). *La institución de la legítima en el na y en los derechos Forales*. Pamplona- España: Aranzadi
- Gómez de la torre, V. (2007). Sistema Filiativo Chileno: filiación biológica por técnicas de reproducción asistida y por adopción. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. Revista de Derecho Privado, núm. 10, enero-junio, 2006, pp. 5-27. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.  
Consultado en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537586001>
- Jimenez, M. (2007). Estudios sobre el fideicomiso. Bogota: Ibañez.
- Lacalle, E., Sanmartín, F. y Aparicio C. (2008). *Sucesiones y herencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Lafont, P. (2000). Partición Sucesoral Notarial. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Lafont, P. (2006). Derecho de sucesiones. Bogotá: ABC.
- Lafont, P. (2013). Derecho de sucesiones. Tomo II. La partición y protección Sucesoral, partición Sucesoral anticipada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Lafont, P. (2017). Derecho de sucesiones. Tomo I. Parte general y sucesión intestada. Décima Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional
- Lafont, P. (2017). Derecho de sucesiones. Tomo III. Sucesión Testamentaria y Contractual. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Lafont, P. (2019). Derecho de sucesiones. Tomo II. Teórico Práctico. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Lafont, P. (2020). Derecho de sucesiones. Tomo I. Parte General y Sucesión Intetada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Lasarte, C. (2011). Derecho de Sucesiones. Tomo 7mo, 7ma edición. Marcial Poin: Madrid.
- Lledó, F. (2017). Derecho Sucesorio. 2da edición. Dykinsons, S.L.:Madrid.
- López, M. (2015). (2017). Derecho de sucesiones. Segunda Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch
- Madriñán, M. (2008). La representación sucesoria en el derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria. Santiago de Compostela, Galicia: En la Universidad de Santiago de Compostela.
- Martinic, M. (2006). Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el Derecho chileno. Revista juridica: Libro armado: Chile, p 69 – 75. Consultado 29 de abril de 2019 en: [http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/407/Las\\_?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/407/Las_?sequence=1).
- Medellin, C. (2009). Lecciones de derecho Romano. Bogotá: Legis.
- Mora Barrera, J. (2014). *Manual De Sucesiones. Teorico-Practico*. Bogotá: Leyer.
- Montesquieu (1748). El espíritu de las leyes. Traducción por Graficas Modernas (1989). Bogotá: Graficas Modernas.
- Navarro (1999). Manual práctico de sucesiones. Bogotá: Impresiones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ortuño, M. (2013). Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la Lex Voconia. Mulier: algunas historias e instituciones de derecho romano / coord. por Rosalía Rodríguez López, María José Bravo Bosch, 2013, ISBN 978-84-9031-413-5, pág. 451
- Ossorio, J. (2001). *Manual de sucesión testada*. Granada: Editorial Comares, S.L.
- Parra, J. (2008). La filiación en derecho de familia. Bogota: Ed. Leyer.

- Parra, J. (2010). Derecho de sucesiones, Ediciones Sello Editorial. Medellín: Universidad de Medellín.
- Parra, J. (2015). Derecho de Sucesiones. Medellín: Universidad de Medellín.
- Pérez. L. (2010). El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos. Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires: Temis.
- Pérez, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México: Nostra Ediciones S.A.
- Puentes, A. (2015). La obligación de dar alimentos post mortem y la legítima. Un acercamiento en busca de nuevas miradas para la protección de los más vulnerables. Anuario iberoamericano de derecho notarial. Números 4-5. Años 2015-2016. Universidad de La Habana: Cuba, 270 – 285. Consultado 29 de abril de 2019 en: [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=13807670&name=DLFE-222975.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=13807670&name=DLFE-222975.pdf).
- Ramírez, R. (2003). Sucesiones. Sexta Edición. Bogotá: Temis.
- Ramírez fuentes Roberto, sucesiones, quinta edición, Bogotá, editorial Temis, año 1999
- Rebolledo, A. (2010). *La Familia En El Derecho De Sucesiones: Cuestiones Actuales Y Perspectivas De Futuro*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.
- Rivero, M. (2010). Tensiones entre las asignaciones forzosas. REVISTA DE DERECHO 05 - 2010 - pp. 193 – 218. Universidad Católica del Uruguay.
- Roca i Trias, E. (2014). Especialidades en derecho de familia. Asociación española de abogados de familia. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez, R. (2012). Las sucesiones en el siglo XXI: Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales. Bogotá: Universidad la Gran Colombia.
- Rojas, M. (2007). Alimentos en el derecho de familia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá: Grafi- Impacto Ltda. Enlace: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a5/1.pdf>
- Rossel Saavedra, Enrique. Manual de derecho de familia. Santiago de Chile, editorial jurídica de Chile, 1994, séptima edición actualizada, p. 334
- Sánchez (1981). Introducción al derecho Mexicano Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México. México: Sánchez-Cordero J.
- Segura, S. (2016). Derecho de Sucesiones. Teórico Práctico, aprendizaje a través de casos. Tercera edición. Bogotá: Ibáñez.
- Simó, S. (1968). Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones. Madrid: Editorial Tecnos.

- Somarriva, M. (1938). De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento.
- Somarriva, M. (1988). Derecho Sucesorio. Cuarta Edición Actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Suárez, R. (2007). Derecho de Sucesiones. Quinta Edición. Bogotá: Temis.
- Suarez, R. (2014). Derecho de Familia. Bogotá: Temis.
- Suárez, R. (2015). Derecho de sucesiones. Bogotá: Temis.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2016). Supuestos de procedencia del derecho de la ex cónyuge inocente a recibir los alimentos derivados del divorcio necesario: (legislación del estado de Puebla). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 35. ISBN 978-607-468-007-2.
- Tabares, C. (2017). La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 155-169.
- Tamayo Lombana (2008). Manual de las sucesiones. Bogotá: doctrina y ley ltda.
- Torres García, T. (2012). Tratado de Legítimas. Ed. Atelier: Barcelona
- Ugarte, J. (2007). Protección de la Legítima Contra los Legados de Cuerpo Cierto. *Revista chilena de derecho*, 34(2), 251-288. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000200003>
- Vaquer., A. (2013). Libertad de testar, legítima y desheredación por falta de relación familiar: a propósito de la nueva causa de desheredación del art.415-17.e del código civil de Cataluña. *Tendencias contemporáneas del derecho. Sucesiones y Herencia*, 101-125.
- Verbel, Carlota (2007). Manual de Derecho Sucesoral. Bogotá: Leyer.
- Zoppini, A. (2013). Las Sucesiones en el derecho Comparado. *Tendencias contemporáneas del derecho. Sucesiones y Herencia*, 69-95.