

**TERCER ORDEN HEREDITARIO:
ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO
DESIGUAL DE LOS HERMANOS EN
COLOMBIA**

**INVESTIGADOR:
Daniel Lopera Díaz
Abogado
Esp. Derecho Procesal**

**ASESORES:
Carlos Julio Arango Benjumea
Lina Marcela Estrada Jaramillo**

**Universidad Eafit
Medellín
2018**

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	
UNA MIRADA HISTÓRICA	11
1. Origen de la regulación de los órdenes hereditarios	12
2. El Código de Napoleón (Código Civil Francés 1804)	16
3. El Código Civil Chileno de Andrés Bello	22
3.1 Proyecto de Código Civil Chileno 1841.....	24
3.2. Proyecto de Código Civil Chileno 1853.....	26
3.3. Proyecto inédito de Código Civil Chileno 1853.....	26
3.4 Código Civil Chileno 1855.....	31
4. Regulación en Colombia del tercer orden hereditario	35
4.1 Acogida del Código Civil Chileno en Colombia.....	35
4.2 Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano.....	38
4.3 Ley 153 de 1887	40
Este tercer numeral al incluir las expresiones “por parte de padre” o “por parte de madre” se asemeja a la distribución en líneas troncales que contenía el Código Civil Francés de 1804, de modo que si esta regulación se hubiera mantenido, podría considerarse que el trato desigual de los hermanos tendría al menos la misma justificación que en el Código Francés.	40
4.4 Ley 45 de 1936.....	40
4.5 Ley 29 de 1982.....	41
5. Análisis Constitucional a partir de la Constitución Política de Colombia	43
CAPÍTULO II	
LOS TRASPLANTES JURÍDICOS COMO RAÍZ DEL PROBLEMA	51
1. Origen del Problema	51
2. Trasplantes Jurídicos	57
3. Libertad de configuración vs compromisos legales, constitucionales e internacionales	63
CAPÍTULO III	
ARMONIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	68
1. Lege Ferenda	69
2. Acción De Inconstitucionalidad	71
Argumentos para instaurar una nueva acción de inconstitucionalidad:	77
3. Excepción de inconstitucionalidad	86
CONCLUSIONES	90
REFERENCIAS	93

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el derecho civil y de familia se considera relevante desde el aspecto teórico y práctico, el análisis de los órdenes hereditarios para el estudio y aplicación de los conceptos propios del derecho de familia y en especial de la sucesión *ab intestato*.

En la presente investigación se analiza el origen del concepto de orden hereditario y su evolución normativa en el tiempo, el cual se ha transformado hasta la figura que se tiene actualmente en el Código Civil Colombiano con cinco órdenes hereditarios que permiten distribuir los bienes herenciales del *de cuius* a sus parientes consanguíneos, afines y civiles de un modo organizado y equitativo.

El tercer orden hereditario dispuesto en el artículo 1047 del Código Civil que fue modificado por la Ley 29 de 1982, es el orden a partir del cual se pretende demostrar que existe una distribución inequitativa de la herencia del causante entre sus hermanos. Esta clase de repartición de la masa sucesoral plantea una problemática jurídica en primer lugar cuando determina que se deben clasificar los herederos del causante en hermanos de doble conjunción o carnales y hermanos de simple conjunción o medios, y luego cuando pretende repartir la herencia por cuotas, de modo que los hermanos dobles recibirán doble porción en comparación a los hermanos simples.

Dicha discriminación no tiene una justificación lógica, normativa, filosófica o social que permita mantenerla en el sistema jurídico colombiano, máxime cuando el bloque de constitucionalidad y la Constitución Política misma imponen al Estado la obligación de proscribir toda forma de discriminación y tratar a las personas según parámetros de igualdad sin importar entre otros su origen familiar. Además, dicha disposición normativa genera una disonancia en el sistema jurídico ya que concede unos derechos y genera unas cargas a las personas ocasionando una discriminación negativa.

En este sentido, con la Constitución Política de 1991 el derecho privado se ha constitucionalizado y esto ha generado que los valores y los principios tengan mayor relevancia frente a las leyes como garantía del estado social de derecho. De esta forma, la igualdad como valor constitucional ha desarrollado en el sistema jurídico colombiano, lineamientos interpretativos que sistemáticamente han cobijado los derechos de las personas que históricamente habían sido discriminados negativamente, como se puede resaltar en el tema de las sucesiones con los hijos ilegítimos, los hermanos medios, los compañeros permanentes, entre otros.

El presente trabajo surge del ejercicio profesional como abogado en el área del derecho de familia durante el desarrollo de un caso en el año 2010, del cual para efectos de confidencialidad y respeto por la privacidad de la familia, se reemplazan los nombres de las personas involucradas.

En dicho proceso el causante, cuyo nombre en este artículo será Benito Quintas Acevedo, falleció en el año 2008. Al momento de su muerte no tenía descendencia ni ascendencia, pero le sobrevivían 3 hermanos de simple conjunción (hermanos medios), los cuales se llamarán, para este artículo, Juan, Julia y Pedro Quintas Posada; y 4 hermanos de doble conjunción (hermanos carnales o dobles): Camilo, Betty, Sandra y Alonso Quintas Acevedo.

Una vez Benito fallece, los hermanos inician el proceso de sucesión para el cual decidieron, por mutuo acuerdo, que la repartición de la herencia se hiciera por partes iguales entre todos, tanto hermanos medios como hermanos dobles, de este modo la porción hereditaria de cada hermano equivaldría al 14,3% de la masa herencial.

No obstante, uno de los herederos consulta con otro abogado, quien le recomienda no repartir por partes iguales, sino que se reparta por cuotas, ya que de esta forma los hermanos carnales recibirían el doble respecto a los hermanos medios, según lo indica el Código Civil.

En este orden de ideas, se generó controversia entre los herederos, por lo cual los hermanos dobles decidieron realizar el proceso según lo indica la ley, pues ellos pensaron que, con en el planteamiento de la repartición de mutuo acuerdo por partes iguales, estarían cediendo la mitad de su herencia.

Lo anterior, en el caso concreto es curiosamente cierto desde el punto de vista legal, pero erróneo desde el punto de vista matemático.

En el caso de la repartición por partes iguales:

Cada heredero recibe el 14,3% de la masa herencial como resultado de dividir el 100% de la herencia entre 7 hermanos.

En el caso de la repartición por cuotas:

Según la aplicación del inciso final del artículo 1047 del Código Civil, el cual menciona: “*Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos*”, se obtiene como consecuencia que los hermanos dobles reciban 18,2% cada uno y los hermanos medios el 9,1% cada uno, Esto, llevado a una ecuación matemática se traduce así: $a * (2X) + b * 1X = 100\%$

En donde:

a= número de hermanos dobles

b= número de hermanos medios

X= cuota herencial

Entonces:

$$a * (2X) + b * 1X = 100\%$$

$$X (2a + b) = 100\%$$

$$X = 100\% / (2a + b)$$

Reemplazando los valores, tenemos que:

a= 4 hermanos dobles

b= 3 hermanos medios

$$X= 100\% / (2*4+3)$$

$$X= 100\% / 11$$

X= 9,1%, correspondiente a una cuota herencial, en donde el hermano medio recibe una cuota (9,1%) y el hermano doble recibe 2 cuotas (2 x 9,1% = 18,2%).

Ahora bien, al comparar el escenario 1 con el escenario 2, no es cierto que los hermanos carnales reciben el doble, ya que en el primer escenario recibirán el 14,3% y en el segundo un 18,2%, lo que representa un incremento del 21,4%, no un incremento del 100%. Sin embargo, los hermanos medios recibirían en el segundo escenario un 57% menos, ya que en el primer escenario recibirían un 14,3% respecto a un 9.1% del segundo escenario.

Esta complejidad matemática llevó a que los hermanos medios Juan, Julia y Pedro cuestionaran la razón por la cual se reduciría más de la mitad su herencia. Y es allí donde radica el fundamento de este estudio:

¿Por qué los hermanos carnales reciben doble porción de herencia frente a los hermanos que sean simplemente paternos o maternos?, según lo dispuesto por la normativa colombiana del artículo 1047 del Código Civil colombiano para las sucesiones intestadas de tercer orden.

Este es el cuestionamiento que motiva la presente investigación y la posibilidad de explorar una fórmula de armonización en donde no se discrimine a los hermanos por su origen familiar.

Es pertinente entonces, hacer una análisis de la figura de los órdenes hereditarios en la sucesión intestada a partir del entendimiento del origen de esta regulación y las razones que la sustentan, para luego abordar en profundidad el tercer orden hereditario que en su concepción actual genera no sólo una discriminación negativa sino también una disfunción del sistema normativo, desde el bloque de constitucionalidad hasta la norma sustantiva que

regula este aspecto, pasado por las normas adjetivas que permiten la aplicación de la norma sustantiva.

Por su parte, la disfunción inicia desde la misma Carta Política cuando en su artículo 13 establece:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Así mismo, en la Ley 29 de 1982 denominada: “*por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios*”, donde se igualan los derechos de los hijos, eliminando las diferencias entre los hijos legítimos y los hijos extramatrimoniales, haciendo la salvedad, como lo hace José Félix Escobar; que dicha ley se creó para equiparar o igualar los derechos de los hijos sin examinar a profundidad los demás órdenes:

La Ley 29 de 1982 lo único que persiguió fue equiparar los derechos herenciales de los hijos, cualquiera que fuera la circunstancia social o jurídica de su nacimiento. Nada más. Quien es tenido como padre e inspirador de dicha ley, el maestro Hernando Devis Echandía, manifiesta que los motivos que tuvo el legislador para expedir la Ley 29 fueron exclusivamente los de establecer “igualdad de derechos herenciales para todos los hijos, sin distinción alguna por su origen de legítimos nacidos de matrimonio o de naturales nacidos extramatrimonialmente y de adoptivos plenos” (1982: 341 y ss.). No persiguió el legislador alterar órdenes hereditarios para razón distinta a equiparar los derechos de los hijos. (Escobar, J. 2011)

Dicha omisión legislativa creó una discriminación negativa de los hermanos dobles en relación con los hermanos simples en la repartición del patrimonio herencial del causante; que no se explica aun cuando en el cuarto orden

hereditario la herencia se reparte entre los sobrinos (los hijos de los hermanos) en partes iguales, sin importar que dichas personas sean o no hijos de hermanos de doble o simple conjunción.

Se entienden entonces como objetivos de esta investigación analizar el tercer orden hereditario con el fin de plantear una alternativa de solución que permita armonizar el sistema jurídico y dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado Colombiano en el ámbito internacional por medio de tratados internacionales ratificados por Colombia en los cuales se prohíbe cualquier trato discriminatorio.

Para lo anterior, se plantea en la investigación realizar un análisis cualitativo a través de un enfoque hermenéutico que busca determinar la existencia de una inconsistencia normativa (por correspondencia en los valores y principios constitucionales).

Para el estudio del estado del arte es preciso indicar que funcionalmente la Ley 29 de 1982 merecía un estudio de armonización constitucional en relación con los tratados internacionales indexados al bloque de constitucionalidad y al marco constitucional vigente en materia de igualdad. Esto mediante la técnica del análisis documental utilizando fuentes directas como son las legislaciones originales como el Código Civil de Francia de 1804, el Código Civil de Chile de 1853, incluyendo los proyectos de ley presentados por Andrés Bello, el Código Civil Colombiano y las diferentes normas que lo han modificado.

Igualmente fuentes doctrinarias reconocidos en la materia en el siglo XX tanto chilenos como colombianos dentro de los cuales resalta Pedro LaFont Pianetta, Fernando Vélez y Arturo Valencia Zea entre otros, teniendo en cuenta que no es posible encontrar muchos autores que aborden la problemática del tercer orden hereditario, ya que gran parte de la doctrina tiene trabajos descriptivos o explicativos de los órdenes hereditarios pero muy pocos autores analizan el origen del trato desigual de, los hermanos o incluso el origen mismo de los órdenes hereditario, esta investigación que propende por dar explicación a cuál

es la razón de consagrar en la ley un trato desigual entre personas implicó no solo la recolección documental sino que además se debieron realizar derechos de petición a la Universidad Católica de Chile, a la Biblioteca del Congreso de Chile ley a la Universidad de Chile para pedir información de Andrés Bello y los proyectos de ley que se presentaron durante la creación del Código Civil Chileno y también se solicitó la exposición de motivos de esta legislación, para este trabajo también se consultaron artículos extraídos de bases de datos y repositorios; así mismo esta investigación utiliza fuentes jurisprudenciales.

Para esto, se propone un estudio en tres etapas fundamentales, la primera de ellas una fase de rastreo y recopilación documental con el concepto clave de tercer orden hereditario, frente al cual se determinará el estado actual del sistema jurídico colombiano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable como criterio de argumentación emitida en la materia, una construcción genealógica del desarrollo histórico de dicho concepto para comprender las condiciones de interpretación y argumentación de dicho concepto en el sistema jurídico colombiano actual.

Posteriormente, en una segunda fase se realiza el análisis documental de las condiciones del bloque de constitucionalidad y en el marco constitucional colombiano en perspectiva de igualdad dada en función al origen familiar, determinando en el mismo las categorías funcionales que permitan evidenciar similitudes y diferencias estructurales posicionadas en razón del sistema jurídico armonizado, de forma subsiguiente se construye una rúbrica estructural que permita clarificar si finalmente existe una afectación a la armonización normativa.

Finalmente, con los resultados de las dos primeras fases se procederá a realizar a través del círculo hermenéutico tres propuestas de alto valor que establezcan condiciones para la armonización del tercer orden sucesoral en Colombia, toda vez que a día de hoy las sucesiones de tercer grado intestadas deben resolverse aplicando una norma que se encuentra derogada tácitamente



o que es inconstitucional sobreviniendo ya que no encaja dentro del catálogo de derechos y principios constitucionales vigentes para el estado social de derecho colombiano.

CAPÍTULO I UNA MIRADA HISTÓRICA

Para abordar el objeto de estudio del presente trabajo es necesario entender el origen de la distribución de las sucesiones en el tercer orden hereditario es decir, aquel que está compuesto por los hermanos y/o el cónyuge, con miras a analizar su procedencia pero no desde el punto de vista meramente formal sino también tratar de caracterizar cuál fue la motivación original del tercer orden hereditario desde su inicio hasta la concepción que se tiene actualmente del mismo en el Código Civil colombiano, artículo 1047.

**ARTICULO 1047. TERCER ORDEN HEREDITARIO -
HERMANOS Y CÓNYUGE. Subrogado por el art. 6º, Ley 29 de 1982.**

El nuevo texto es el siguiente:

Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquellos por partes iguales.

A falta de cónyuge, llevarán toda la herencia los hermanos, y a falta de éstos aquél.

Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos. (1982).

La inquietud investigativa de este trabajo radica en ese último inciso del artículo 1047 de Código Civil Colombiano, que implica que los hermanos carnales o de doble conjunción reciben en el trabajo partitivo de la sucesión de un hermano, el doble que los hermanos medios o de simple conjunción y es intención de este capítulo caracterizar dicha regulación, para lograr la identificación de los fundamentos fácticos, teóricos y/o jurídicos que sostiene en la actualidad del Estado Colombiano una regulación tan particular, que fácilmente se puede catalogar como discriminatoria y que desarmoniza el sistema jurídico colombiano, el cual en su Carta Política, artículo 13, consagra el derecho

fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación por cualquier causa.

1. Origen de la regulación de los órdenes hereditarios.

Haciendo una reconstrucción histórico-normativa y jurisprudencial de los órdenes hereditarios a través del tiempo, y de las diferentes legislaciones que se fueron transmitiendo, se llegó finalmente a la regulación actual, siendo la legislación colombiana, así como muchas otras fruto de un trasplante jurídico, tal como lo menciona John W. Cairns en su libro *Trasplantes Legales*:

“De hecho, las leyes suelen ser prestadas de otra parte, de modo que las leyes a menudo operaban en sociedades y en lugares muy diferentes de aquellos en los que inicialmente se habían desarrollado. Las leyes a menudo estaban fuertemente arraigadas en el pasado. (Cairns,J, pp.640)¹

De este modo será posible comprender las razones para instituir una disposición, con el fin de establecer quién tiene derecho a recibir los bienes del *de cuius* si éste muere sin otorgar testamento y en qué orden están llamados a suceder los herederos. Esta reconstrucción histórica debe partir desde el derecho romano, base e inspiración del Código Napoleónico y luego numen de Andrés Bello para redactar el Código Civil Chileno,

Es sabido que nuestro Derecho civil en buena medida proviene, a través de Chile, del Código Civil francés expedido en 1804 bajo el régimen de Napoleón Bonaparte. Los civilistas franceses del período clásico guiaron y moldearon nuestro Derecho privado. (Escobar, J. 2011)

Es así como el Código Civil colombiano puede encontrar sus orígenes directos en el Código Civil francés de 1804 para luego “evolucionar” en el Código Civil chileno de 1855. El siguiente gráfico lo evidencia de esta manera:

¹La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: “*In fact, laws were usually borrowed from elsewhere, so that laws often operated in societies and in places very different from those in which they had initially developed. Laws were often strongly rooted in the past. (Cairns,J, pp.640)*”

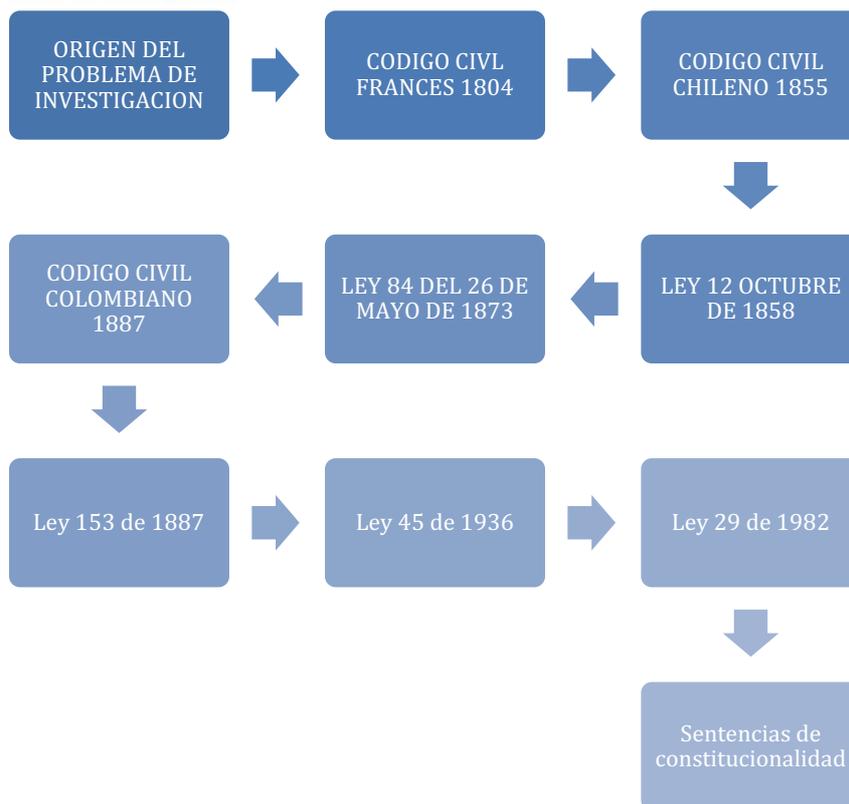


Figura 1. Recorrido cronológico del tercer orden hereditario

Sin embargo, no es posible hacer un estudio histórico del origen de la legislación colombiana sin hacer referencia a las fuentes que marcaron la regulación de las sucesiones por causa de muerte y especialmente de los órdenes hereditarios, por lo tanto es necesario acudir a las fuentes directas del Código de Napoleón de 1804, las cuales se remontan al derecho romano, tal como lo menciona Pedro Lafont Pianeta, quien indica que para intentar darle cohesión al tema sucesoral se hizo una organización escalada de los parientes consanguíneos a la hora de repartir el patrimonio herencial, de modo que la herencia se distribuyera por grados u órdenes, dependiendo de los parientes más próximos del causante. Lafont lo describe así:

El derecho romano organizó la vocación hereditaria de manera ordenada y sucesiva, dando origen a los llamados órdenes sucesorales, los cuales fueron regulados distintamente en la ley de las XII tablas, la legislación pretoriana, prejustiniana y justiniana, y consagrados ciertos casos especiales. En la ley decenviral se lee: “cuando muere, sin haber hecho

testamento, quien no tenga suisher, los bienes hereditarios se defieren al agnado próximo. Si no hay agnados la bona familia pasará a los gentiles.” (si intestato moritur, cuisuus heres necescit, gentiles familiamhabento). De esta transcripción se desprende que se consagraron tres órdenes sucesorales, lo cual indica que no puede pasarse al orden siguiente mientras el precedente no haya quedado vacante por no existir ningún heredero de este orden. (Lafont. 1982. P. 26).

Pero es en la legislación justiniana, de hace 2500 años, donde se encuentra el génesis de la regulación del tercer orden hereditario, al respecto Alfredo Islas menciona:

Entre 529 y 565 las compilaciones de Justiniano. Justiniano reina en Oriente de 527 a 565 en donde elevó a un monumento jurídico la gloria de la antigüedad romana, en una obra realizada en el siglo VI: se compone Novus codex justinianus, Digesta, las Instituciones, el Codex justinianus repetitae praelectionis, las Novellae constitutiones, las cuales en su conjunto desde el siglo XVI, se denominan Corpus juris civilis.(Islas, 2009. p. 8)

Después de una exploración de la legislación romana, la cual origina la legislación de las sucesiones y también los órdenes sucesorales, es preciso dar un salto temporal hasta la época colonial donde Colombia formó parte de España, período en el cual es preciso revisar la legislación española, tal como lo plantea Alfredo Islas Colín:

En Iberoamérica es importante resaltar cómo el Derecho Romano renace mediante los estudios y tratados de los glosadores y pos glosadores, primero en España se hizo sentir también esta nueva influencia y como demostración de ella se expidieron las famosas leyes conocidas como las Siete Partidas, cuerpo legal eminentemente romanista. Las Siete Partidas dejaron sentir la influencia del Derecho Romano no sólo en la jurisprudencia, sino en la confección de nuevas leyes, como la Nueva y Novísima Recopilación. Algunos preceptos que

aparecen en las Leyes de Indias acusan también la inspiración del origen romano. (Islas, 2009. p. 3)

Y de igual manera, Fernando Vélez en su libro Estudio Sobre Derecho Civil Colombiano, expresa como texto jurídico preponderante las Siete Partidas:

Entre las leyes generales españolas más importantes: las siete partidas, la nueva recopilación, la novísima recopilación la recopilación de Indias, que fueron los códigos de especial aplicación en la colonia y después de ésta, durante varios años. (Vélez. 1981. P. 23)

En este período será entonces menester revisar las Siete Partidas que, como lo menciona Fernando Vélez, “dicho texto comprende la colección de leyes más acabada de su época, según concepto de ilustrados juristas.” Dentro del texto en la partida sexta, que está dedicada a la sucesión por causa de muerte, en su título XIII ley 2, dice respecto de los órdenes hereditarios:

Tres grados o líneas de parentesco: la una es de los descendientes, así como los hijos y los nietos y los otros que descienden por ella, la otra es de los ascendientes, así como el padre y el abuelo y los otros que suben por ella; la tercera es de los de través, así como los hermanos y los tíos y los que nacen de ellos. (Siete Partidas. 1265.)

Sin embargo es de anotar que si bien en las Siete Partidas se menciona a los hermanos como herederos, no se hace ninguna mención a que se deba distinguir el origen de estos con miras a hacer una repartición equitativa o diferenciada entre ellos. Para poder vislumbrar el origen del trato diferenciado entre los hermanos es preciso acudir al siguiente punto de inflexión en esta revisión histórica: el Código Civil francés de 1804, que se constituye en el ingrediente principal de las legislaciones de América Latina y especialmente de la chilena y la colombiana como resultado de ésta, por lo cual es preciso revisar la regulación que contenía respecto a las sucesiones, y concretamente frente al tercer orden hereditario o sucesión de hermanos.

2. El Código de Napoleón (Código Civil Francés 1804).

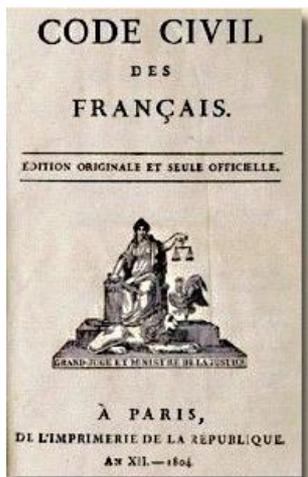


Imagen 1 Código civil Francés de 1804 Fuente: <http://www.cronotecagenealogica.com/imageleft.jpg>

El Código Civil de Francia de 1804 es el producto de trasplantes legales de diferentes regulaciones jurídicas anteriores que tuvieron gran influencia en el mundo, algunas de ellas mencionadas anteriormente. Este trasplante jurídico fue un intento de Napoleón por crear una codificación perfecta en materia civil, y ese mismo espíritu ha perdurado a lo largo de las codificaciones de América Latina. Javier Tapia menciona al respecto:

En resumen, Napoleón recogió todo el bagaje histórico, jurídico y cultural del Código de Hamurabi, de la Ley de las XII Tablas, del Código de Justiniano, del Código Canónico, De las Ordenanzas, los proyectos pre-revolucionarios, las disposiciones emanadas de la revolución y el preclaro talento de grandes juristas, filósofos, estadistas e historiadores, y el 13 de agosto de 1800 instituyó la comisión encargada de la elaboración del Código de los Franceses, con el cual lograría la anhelada unidad jurídico-social. (Tapia. P.72)

El Código de Napoleón constituye un punto de gran importancia en esta mirada histórica, debido a su influencia en las legislaciones a lo largo de América y Europa, tal como lo menciona Javier Tapia Ramírez en su texto La Influencia Del Código De Napoleón En La Ordenación Sistemática Del Derecho Civil Mexicano:

El Código de Napoleón, en cuanto a la influencia de su ordenación y sistema, es comparable con el Corpus Iuris Civilis del emperador Justiniano, y tiene un merecido reconocimiento internacional, pues motivó a la mayor parte de los Estados del mundo a efectuar una codificación del derecho civil a la manera del citado Código de Napoleón. Todo, sin duda, debido a que sus creadores tuvieron la inteligencia de aprovechar la diversidad de las fuentes normativas a que nos hemos referido, y de ahí que se explique su perdurabilidad, pues “si

nosotros franceses, hemos nacido de la mezcla y el cruce de diversas razas, ello también [los códigos] son el resultado de una laboriosa y lenta fusión. (Tapia, p.74)

Revisando el Código Civil francés de 1804, en el aparte de las herencias colaterales, se encuentra que en el supuesto de que un causante muera y que sus ascendientes hayan muerto previamente, en cuyo caso recibirían la herencia sus hermanos, pero es en este punto donde se encuentra el origen de una distribución inequitativa entre ellos ya que la mencionada codificación hace la salvedad de que si los hermanos son procedentes de un mismo matrimonio, la herencia se repartirá en partes iguales pero en caso contrario, es decir en caso de existir hermanos extramatrimoniales, se debe realizar una distribución diferente según “troncos o tallos familiares” o sea, la partición se efectúa en función de si son hermanos paternos y maternos de manera independiente así:

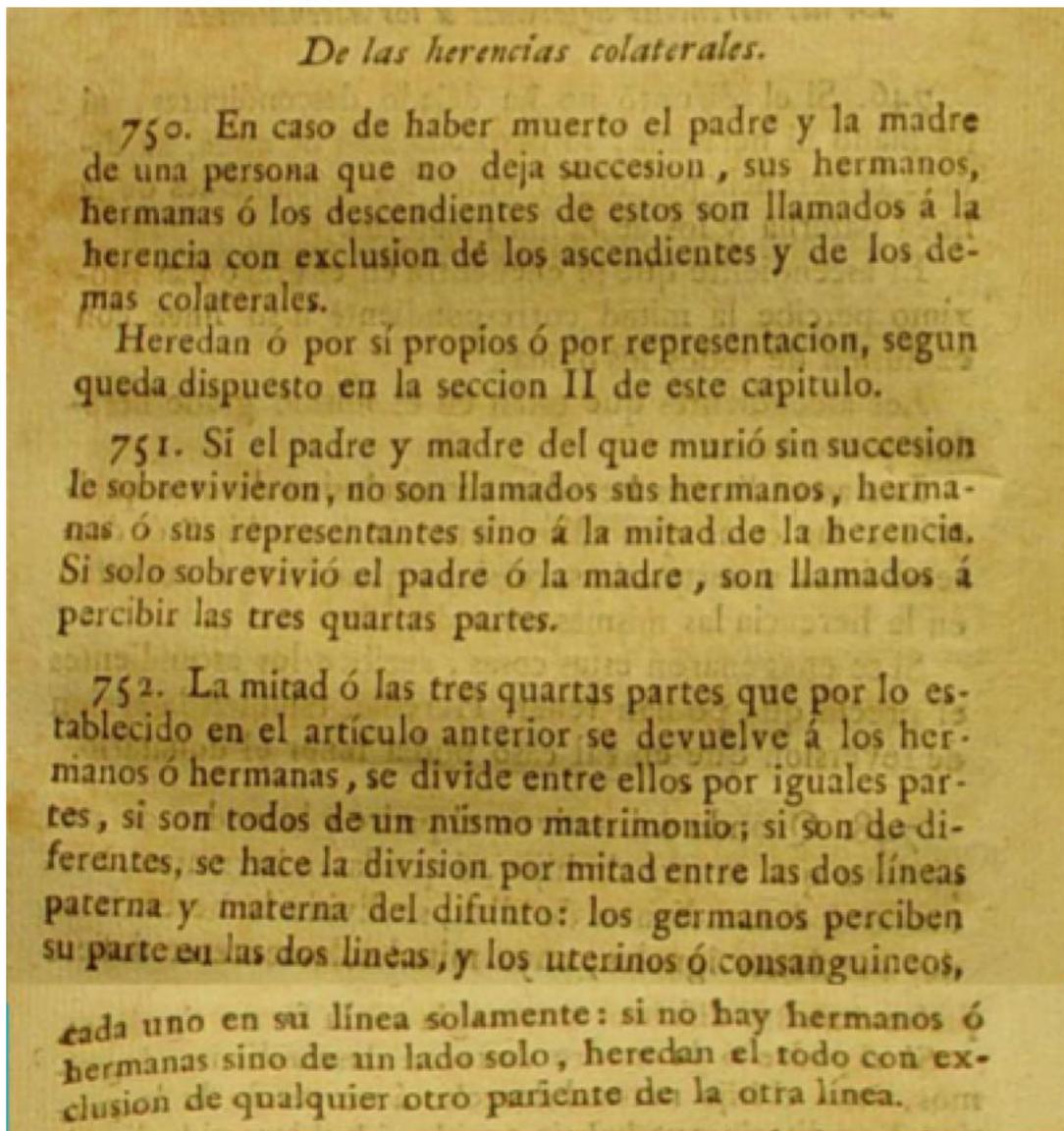


Imagen 2. Artículos 750, 751 y 752. Fuente: Código Civil Francés, 1804

Esta regulación que contiene el Código Civil de Napoleón de 1804 donde dividirá la herencia para los colaterales en cuatro eventos, puede resultar a primeras luces compleja o incluso ininteligible, pero estudiando con cautela los eventos que plantean los tres artículos precedentes, se puede no sólo comprender sino, además, avizorar el origen de la distribución que hoy en día continúa vigente el Código Civil Colombiano, para lo cual, entonces, se divide la regulación presentada en la imagen antecedente en 4 eventos de la siguiente forma:

En el primer evento, redactado en el artículo 750, el causante fallece y sus ascendientes también han fallecido, caso en el cual los herederos de éste serán sus hermanos, y el 100% de la herencia se repartirá entre estos por partes iguales, tal como se muestra en la siguiente ilustración:

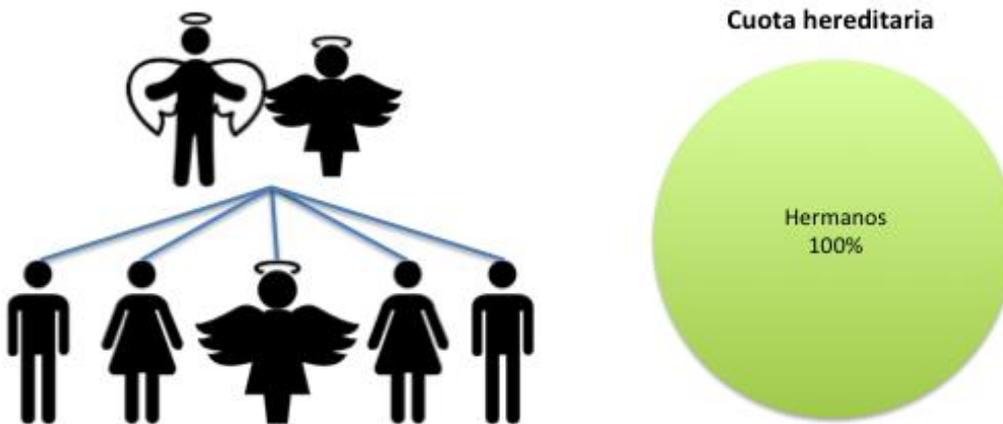


Ilustración 1. Primer evento- Hermanos con 100% de cuota herencial.

El segundo evento que propone el artículo 751, se presenta cuando el causante fallece pero le sobreviven sus padres, caso en el cual sus padres recibirían el 50% de la herencia (25% para el padre y 25% para la madre) y sus hermanos recibirían en partes iguales el 50% restante, así:



Ilustración 2. Segundo evento- Padres y hermanos comparten la herencia.

El tercer evento se encuentra regulado en la última parte del artículo 751 y en la primera del artículo 752, caso en el cual al causante le sobrevive sólo uno

de sus padres. En este evento, entonces, se establece que el padre superviviente recibirá una cuarta parte de la herencia; es decir un 25% y las tres cuartas partes restantes, o sea el 75% de la herencia se reparte entre los hermanos en partes iguales siempre y cuando todos sean hermanos de doble conjunción, es decir, hermanos matrimoniales, de la siguiente forma:



Ilustración 3. Tercer evento- Solo un padre sobrevive y comparte herencia con hermanos

En el cuarto y último evento el Código Civil Francés propone una situación en la cual existe un padre superviviente y además de esto existen hermanos de doble conjunción y hermanos de simple conjunción, caso en el cual el padre superviviente, igual que en el evento anterior, recibe un 25% de la herencia y el 75% restante se debe dividir en 2 mitades, una mitad destinada a la línea paterna y la otra mitad destinada a la línea materna, y se deberá repartir de tal modo que los hermanos extramatrimoniales paternos reciban de la línea paterna y los hermanos extramatrimoniales maternos reciban de la línea materna, además los hermanos dobles reciban de ambas líneas. En este caso los hermanos de doble conjunción recibirán doble cuota, toda vez que éstos reciben una porción de ambas líneas, lo que duplica la porción de los hermanos de simple conjunción ya que estos sólo reciben una porción de su respectiva línea de ascendencia así:

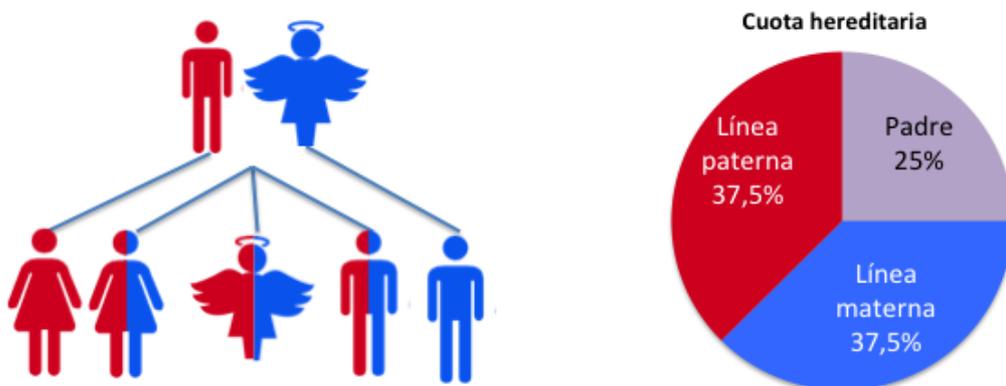


Ilustración 4. Cuarto evento- Repartición por líneas troncales

En el cuarto evento, los hermanos de simple conjunción representados en color azul y rojo respectivamente según sus padres recibirán en total un 12,5% cada uno de la herencia de su hermana, y los hermanos de doble conjunción representados mitad rojos y mitad azules recibirán cada uno un 25% (12,5% de la línea paterna y 12,5% de la línea materna) ya que pertenecen a ambas líneas doblando de esta manera lo que recibirán sus hermanos medios en la herencia de su hermana fallecida.

Se ha encontrado como fruto de esta investigación, que es en estos tres artículos en el Código Civil Francés de 1804 donde radica el origen de la concepción actual que diferencia entre los hermanos de doble conjunción y los de simple, y que privilegia los hermanos carnales o de doble conjunción frente a los hermanos medios o de simple conjunción, tal como se puede apreciar en las ilustraciones anteriores. Sin embargo, es preciso hacer hincapié en que en el primer evento (Ilustración 1), la herencia se distribuye de manera igualitaria entre todos los hermanos sin discriminación alguna, pero sólo cuando los padres también han fallecido, es decir que en el evento reglado en el art 750 (Imagen 2) del Código Civil Francés de 1804 se acoplaría de manera perfecta al tercer orden hereditario del Código Civil Colombiano artículo 1047 (fallece el causante, sus ascendientes también están fallecidos, pero le sobreviven los hermanos). No obstante, como se verá a continuación, el Código Colombiano

no se basó en esta primera parte de la regulación de la herencia en los colaterales del Código Francés, sino más bien en la parte final, y que además pareciera que cuando Andrés Bello lo compiló omitió la regulación por troncos familiares y simplemente cambió la redacción, tratando de hacer un acople entre dos legislaciones diferentes pero originando así una regulación que perfectamente podría catalogarse como discriminatoria.

3. El Código Civil Chileno de Andrés Bello.

El siguiente punto de inflexión en esta caracterización de la legislación que



Imagen 3. Código Civil Chileno

Fuente:

<https://www.kaaterskillbooks.com/pictures/medium/39603.jpg?v=1434441048>

regula el tercer orden hereditario en Colombia, se presenta con el Código Civil Chileno que en gran medida fue redactado por Don Andrés Bello, personaje descrito en la biografía de la página web Biografías y Vidas, donde, entre muchas otras cosas, se destaca sobre este ilustre personaje:

Filólogo, escritor, jurista y pedagogo venezolano, una de las figuras más importantes del humanismo liberal hispanoamericano. Más influyente sería aún su labor como redactor del Código Civil chileno de 1852, cuerpo jurídico promulgado en 1855 que reglamenta las relaciones de la vida privada entre las personas. En vigencia desde 1857, fue un

código modelo para diferentes naciones sudamericanas, y no necesitó de una primera reforma hasta 1884.

En 1840, 1841 y 1845 se habían nombrado comisiones encargadas de redactar un proyecto de Código Civil, pero indefectiblemente habían terminado sucumbiendo ante la magnitud de la empresa y disolviéndose sin lograr resultado alguno. Andrés Bello, miembro de la última, prosiguió por sí solo dicho trabajo, hasta que, concluido, pudo presentarlo en 1852 al gobierno, el cual ordenó su impresión y nombró una comisión revisora presidida por el propio presidente, Manuel Montt. Cumplida esta tarea, el proyecto fue enviado para su aprobación al Congreso Nacional. El 14 de diciembre de 1855 se promulgaba como ley de la República para comenzar a regir el 1 de enero de 1857.

El nuevo código armonizó sabiamente el antiguo derecho de Roma y de

España con los nuevos principios de la Revolución Francesa recogidos en el Código Napoleónico. A diferencia de las excentricidades que cometían algunos gobiernos de la región, como el de Andrés Santa Cruz, que en su tiempo había dispuesto la traducción y promulgación del Código Napoleónico para Bolivia, Andrés Bello supo adaptar a la realidad cultural americana la tradición jurídica europea. Por esta razón, fue adoptado como propio por otros gobiernos americanos y en Chile se encuentra aún vigente, aunque, obviamente, con cambios significativos. (Biografías y vidas, 2017)

El Código Civil Chileno no surgió como una obra independiente sino más bien como el resultado de un trabajo que tomó varios años por parte de la comisión redactora encabezada por Andrés Bello, y antes de la promulgación del texto definitivo que sería aprobado en el congreso de Chile, Bello publicó 4 proyectos de Código Civil. En la introducción del tercer tomo de las Obras Completas de Andrés Bello de 1932, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, en su Tratado de Derecho Civil, describen los proyectos de Código Civil realizados por Andrés Bello de la siguiente manera:

Proyecto de 1841-1845: *Tomando como base el primer proyecto de la Constitución Política de la República, se empieza a estudiar ésta, bajo la responsabilidad de la comisión bicameral del Congreso, que fue instituida por la ley vigente el año 1840 (específicamente el 10 de septiembre) con el objeto de establecer la "Codificación de las Leyes Civiles", creando un nuevo cuerpo; ordenado y más completo, eliminando lo superfluo y pugne de las instituciones republicanas del Estado, y dirimiendo los puntos controvertidos para los intérpretes del derecho. Esta comisión bicameral estaba compuesta por los senadores Andrés Bello y Mariano Egaña, y los diputados Manuel Montt, Ramón Irrarrázaval y Juan Manuel Cobo.*

Proyecto de 1847: *Luego de los resultados establecidos por los comentarios y revisiones de la comisión bicameral hacia el proyecto anterior (1841-1845), Andrés Bello de forma autónoma y unilateral, crea una armonización e incorporación de dichas propuestas al Proyecto*

presentado anteriormente a la comisión, el resultado de este trabajo fueron dos cuadernillos; el primero en el año 1846 que trata sobre sucesiones y el segundo en el año 1847 que trata sobre contratos y obligaciones convencionales.

Proyecto de 1853: *En este proyecto se logra obtener una codificación más sólida, con una correlación numérica acerca del articulado y de los títulos del código. Cabe destacar que este proyecto es, en su gran mayoría, creación autónoma de Andrés Bello.*

Proyecto Inédito: *En este proyecto inédito, el proyecto del año 1853 es presentado en una comisión presidencial, la cual fue conocida como "Comisión revisora de juristas y magistrados". El presidente de ésta, fue el primer mandatario Manuel Montt. En este proyecto trabajaron Andrés Bello, Manuel José Cerda y Ramón Irarrázaval, ambos jueces de la Corte Suprema; Diego Arriarán, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal, todos miembros de la Facultad de leyes de la Universidad de Chile; y Alejo Valenzuela, juez de la Corte de Apelaciones de Santiago. José Gabriel Ocampo, futuro redactor del Código de Comercio de Chile, y José Miguel Barriga, juez de la Corte de Apelaciones de Concepción, fueron integrados después. (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1990)*

3.1 Proyecto de Código Civil Chileno 1841.

Así pues, avanzando en el tema es necesario dar una mirada a América Latina para entrar en materia y constatar cómo para 1840, cuando Andrés Bello inicia la elaboración del Código Civil Chileno, incluye en el mismo la regulación de los órdenes hereditarios del derecho romano, pero con un ligero cambio que se encuentra en el proyecto de Código Civil – De La Sucesión Por Causa De Muerte, que comenzó a publicarse en El Araucano número 561, correspondiente al 21 de mayo de 1841 y es cuando el título II que habla de la sucesión ab intestato artículos 14 y 15 dice:

Artículo 14.

A falta de descendientes o ascendientes que tengan derecho a la sucesión del difunto, sucederán los hermanos lejítimos (sic).

Artículo 15.

*Los hermanos uterinos o consanguíneos concurren con los hermanos carnales personal representativamente; pero la porción del hermano uterino o consanguíneo será la mitad de la porción del hermano carnal.
(Bello. 1841)*

La distribución propuesta por Andrés Bello en este Proyecto de Código Civil se puede ilustrar de la siguiente forma:

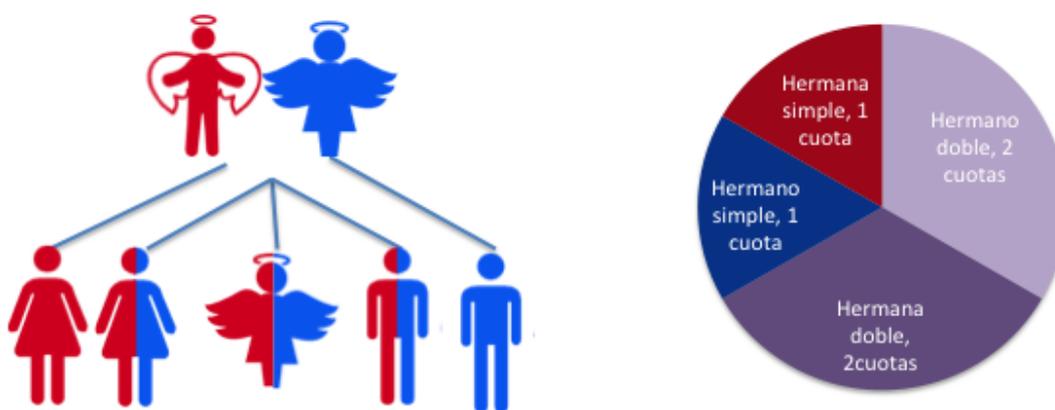


Ilustración 5. Distribución de la herencia, Proyecto Código Civil Chileno, 1841

Esta regulación del Proyecto de Código Civil de Andrés Bello no separa a los hermanos de doble conjunción y simple conjunción en dos órdenes hereditarios diferentes y excluyentes como en el Código Francés, sino que los reúne en uno solo pero haciendo la salvedad de que los hermanos medios recibirán la mitad de la cuota herencial de su hermano carnal. De este modo el Proyecto de Código Civil en el artículo 14 toma la regulación del primer evento (Ilustración 1) del Código Civil Francés donde si al causante no le sobreviven ascendientes, la herencia le corresponderá en su totalidad a los hermanos, pero en el artículo subsiguiente es donde se encuentra el punto de inflexión que motiva este trabajo investigativo, ya que es aquí donde se comienza a reflejar la regulación actual donde se distribuye la herencia de manera diferenciada entre hermanos de doble conjunción y de simple conjunción tomando como referencia el cuarto evento (Ilustración 4) del Código Civil de Napoleón, pero el problema es que en el caso del Código Civil Francés dicha distribución inequitativa se ve justificada, ya que la herencia se divide en dos

troncos familiares: el paterno y el materno, por lo que se puede llegar a justificar que los hermanos reciban doble porción en razón de que recibirán una por el tronco paterno y otra por el tronco materno, lo que no ocurriría en el caso de los hermanos medios o de simple conjunción, ya que al estar relacionados con el causante por uno solo de los troncos paternos o maternos, es entonces entendible que unos reciban de manera diferenciada con respecto a los otros. Pero en el caso del proyecto del Código Civil de Andrés Bello no se encuentra una justificación más allá de la libertad de configuración del legislador.

3.2. Proyecto de Código Civil Chileno 1853.

Para 1853 Andrés Bello publica el tercer proyecto de Código Civil del cual, la mayor parte es de su autoría, como lo menciona Somarriva. En el primer artículo los hermanos reciben la herencia del causante que no deja descendientes ni ascendientes, pero lo que llama poderosamente la atención, es que en el segundo artículo Bello trata a los hermanos carnales y a los hermanos medios como dos grupos de herederos totalmente diferentes, es decir, concibe a los hermanos medios y a los hermanos carnales como dos personas que integran órdenes hereditarios distintos, pero que pueden concurrir.

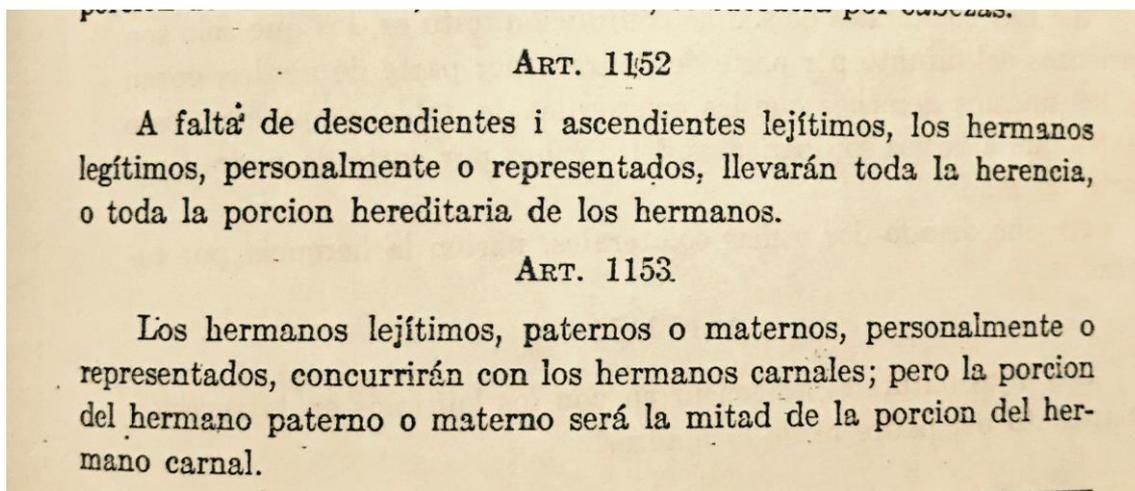


Imagen 4. Artículos 1152 y 1153. Fuente: proyecto de Código Civil, Andrés Bello, 1853.

3.3. Proyecto inédito de Código Civil Chileno 1853.

Posteriormente, en Proyecto Inédito de Código Civil de Andrés Bello de 1853,

presenta un cambio considerable con respecto al proyecto inédito y transforma la regulación de dos artículos independientes a un solo artículo, pero extiende la regulación de los herederos tipo y los herederos concurrentes, incluyendo en este caso al cónyuge, los hijos naturales o extramatrimoniales y los hijos del cónyuge o hijastros del causante, así:

ART. 1152.

Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge, i sus hijos naturales: la herencia se dividirá en tres partes: una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge, i otra para los hijos naturales.

No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legítimos i en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge.

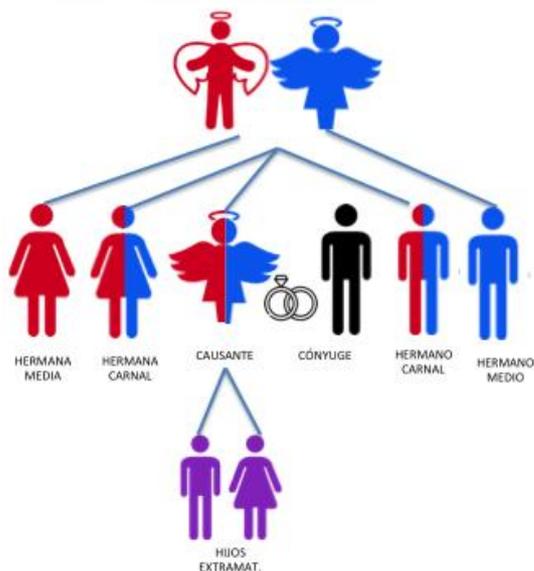
No habiendo ni hijos naturales, ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos.

Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo, se comprenderán los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.

No habiendo hermanos carnales, los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevarán toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos.

Imagen 5. Artículo 1152. Fuente: Andrés Bello, proyecto inédito de Código Civil Chileno, 1853.

Haciendo un ejercicio comparativo entre el Código Civil de Napoleón visto anteriormente, y el Proyecto Inédito de Código Civil de Andrés Bello, se puede encontrar que este último propone una regulación igual que en el caso francés, por eventos, teniendo el primer evento una distribución de la masa herencial que se puede ilustrar de la siguiente forma:



CUOTA HEREDITARIA

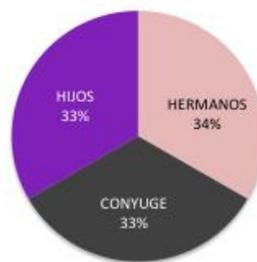
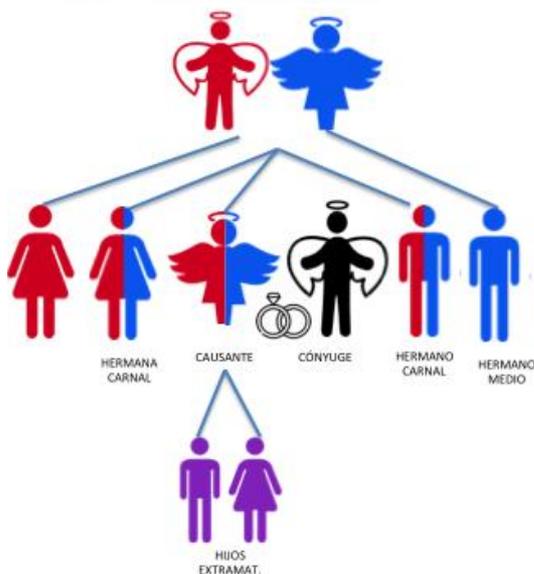


Ilustración 6. Primer evento- Cónyuge, hijos y hermanos comparten herencia. Fuente: Proyecto Inédito de Código Civil Chileno, Andrés Bello, 1853.

Se puede observar cómo este artículo 1152 del Proyecto Inédito de 1853, en el primer inciso distribuye la herencia en 3 partes, adjudicando un tercio a los hermanos, pero llama poderosamente la atención que no diferencia a los hermanos medios de los hermanos carnales, sino que por el contrario parece tratarlos, en esta primera parte, en igualdad de condiciones. Sin embargo, leyendo el penúltimo inciso, se menciona que para los efectos de ese artículo lo hermanos de doble conjunción tendrán, en comparación con los hermanos de simple conjunción, el doble de porción, pero sin justificación o explicación del motivo.

En el segundo inciso del artículo 1152 del proyecto inédito de Bello de 1853, se encuentra una variación en un segundo evento, donde se propone eliminar uno de los tres sujetos del primer evento. En este caso específico, el inciso menciona la falta de cónyuge o la falta de hijos, evento en el cual la herencia no se repartiría en tres tercios sino por mitades, un 50% para los hermanos y el 50% restante para el cónyuge sobreviviente así:



CUOTA HEREDITARIA

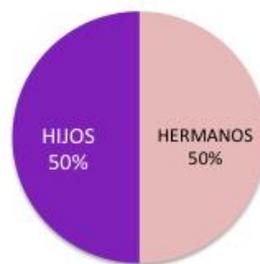
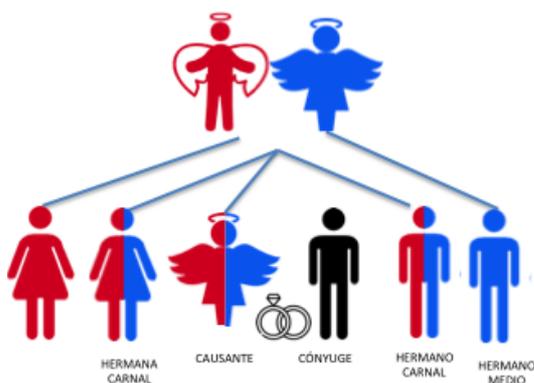


Ilustración 7. Segundo evento, variable A- Hermanos e hijos. Fuente: Proyecto Inédito de Código Civil Chileno, Andrés Bello, 1853.



CUOTA HEREDITARIA



Ilustración 8 Segundo evento, variable B- Cónyuge y hermanos. Fuente: Proyecto Inédito de Código Civil Chileno, Andrés Bello, 1853.

Igual que en el primer evento es de resaltar que en el inciso segundo del artículo 1152 del Proyecto Inédito de Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1853, no se hace distinción en primera instancia entre los hermanos, sino que para encontrarla es preciso dirigir la mirada al cuarto inciso del mencionado artículo.

Pero es aún más inquietante la regulación que proyecta Andrés Bello en el tercer inciso de este artículo 1152, ya que en este evento elimina los 2 sujetos sobrevivientes vistos en el primer y segundo evento, es decir, elimina tanto al cónyuge como a los hijos, evento en el cual la herencia se adjudicaría en un

100% a los hermanos, lo cual, en una mirada desprevénida, podría interpretarse que la adjudicación sería proindiviso, así:

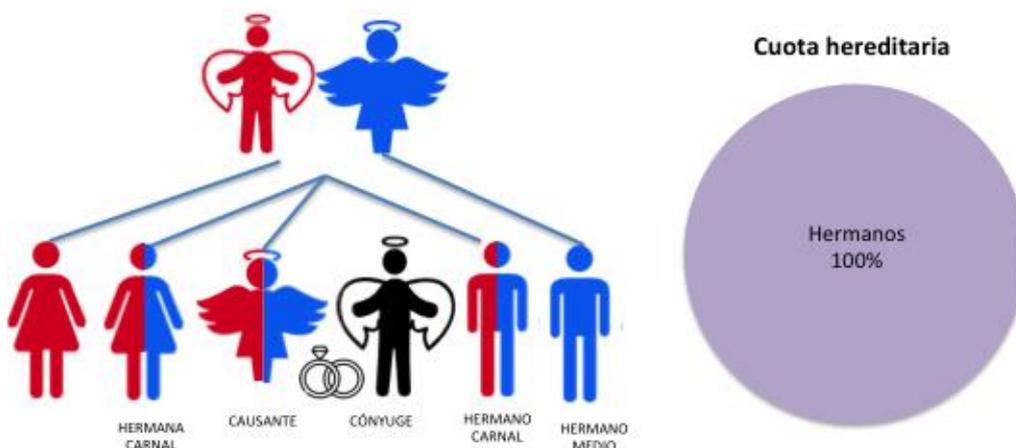


Ilustración 9. Tercer evento- Interpretación independiente. Fuente: Proyecto Inédito de Código Civil Chileno, Andrés Bello, 1853.

Sin embargo, si este inciso tercero se lee en conjunto con el inciso cuarto, se interpreta, entonces, que la distribución se hace de la misma forma analizada anteriormente en la Ilustración 5 del Proyecto de Código Civil Chileno de 1841 ilustrado de esta manera:

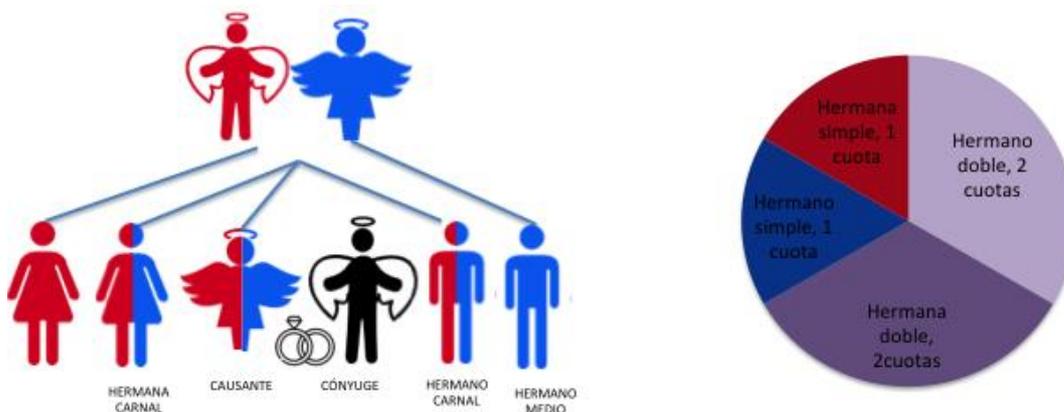


Ilustración 10. Tercer evento- Interpretación conjunta. Fuente: Proyecto Inédito de Código Civil Chileno, Andrés Bello, 1853.

Es en este último caso donde se refleja la evolución del primer proyecto de Código Civil de Andrés Bello frente al segundo, y aunque mediante un redacción distinta se intenta regular diferentes eventos y explicar las porciones, no proporciona una explicación de la diferenciación en las cuotas

herenciales entre hermanos, a diferencia del Código Francés que al dividir la herencia por troncos paternos y maternos podría justificar la diferenciación según el origen familiar.

3.4 Código Civil Chileno 1855.

Para lograr la aprobación del Código Civil Chileno el señor Manuel Francisco Montt Torres, presidente de Chile desde 1851 hasta 1861, envió al congreso chileno un mensaje solicitando su aprobación cuando se empezó a tramitar el proyecto de ley. En dicho mensaje hace referencia a las sucesiones y deja claridad en la distinción que realiza el redactor en el Código entre los parientes legítimos, los legitimados y los extramatrimoniales; es entonces cuando se evidencia que el espíritu de la codificación, es decir su naturaleza, fue concebido haciendo las distinciones entre personas dependiendo de su filiación que, se reitera, para la época no era reprochable, ya que concordaba perfectamente con la realidad política y social, e incluso con regulaciones jurídicas de otros Estados, como la francesa, analizada anteriormente, y con las disposiciones canónicas de la iglesia católica de gran influencia en América Latina:

La sucesión intestada es en lo que más se aparta de lo existente este proyecto. El derecho de representación no tiene cabida sino en la descendencia legítima del representado, ni en otra descendencia que la de los hijos o hermanos legítimos o naturales del difunto; descendiendo la representación a todos los grados y no perjudicando a ella la circunstancia de no haber tenido el representado derecho alguno que transmitir, basta que por cualquiera causa no haya participado de la herencia.

Se ha mejorado notablemente la suerte del cónyuge sobreviviente y de los hijos naturales. Al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación, se le asegura una no corta porción en el patrimonio del difunto, al modo que se hace en la legislación que hoy rige, pero igualando el viudo a la viuda; lo que si antes de ahora se ha observado alguna vez, ha sido sólo en fuerza de una interpretación injustificable de la ley romana y española. Además de esta asignación forzosa, que prevalece aún sobre las disposiciones

testamentarias, y que se mide por la legítima rigurosa de los hijos legítimos cuando los hay, el cónyuge es llamado por la ley a una parte de la sucesión intestada, cuando no hay descendientes legítimos; al todo, cuando no hay ascendientes ni hermanos legítimos, ni hijos naturales del difunto. Los hijos naturales colectivamente, y el cónyuge, gozan de derechos iguales en la sucesión intestada.

La incapacidad de sucederse unos a otros los que se han manchado con un ayuntamiento dañado y punible, no desciende a la inocente prole de esta conexión criminal; y los derechos de los colaterales a la sucesión intestada llegan solamente al sexto grado.

En cuanto a legítimas y mejoras, la mitad de lo habría cabido a cada uno de los legitimarios o herederos forzosos sucediendo abintestado, forma su legítima rigurosa, que se puede aumentar considerablemente, pero no disminuir ni gravar en ninguna manera. No teniendo descendientes legítimos, que personal o representativamente le sucedan, puede cualquiera persona disponer libremente de la mitad de su patrimonio; en el caso contrario, sólo la cuarta parte de los bienes le es lícito distribuir con absoluta libertad; la cuarta restante debe invertirse en mejoras, esto es, en favor de uno o más de sus descendientes legítimos, a su arbitrio. Por lo demás, cada persona tiene durante su vida, la facultad de hacer el uso de sus bienes que mejor le parezca; sólo en casos extremos interviene la ley imputando a la mitad o cuarta de libre disposición el exceso de lo que se ha donado entre vivos, y en caso necesario revocándolo. (Montt, 1855)

Es así como para el año de 1852 Andrés Bello termina su redacción del Código Civil el cual es aprobado por el Congreso de Chile en el año de 1855 mediante la Ley del 14 de Diciembre de dicho año. Para el caso específico de estudio de este trabajo investigativo será necesario revisar el artículo 990 que dice:

ART. 990. Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge, i sus hijos naturales: la herencia se dividirá en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge, i otra para los hijos naturales.

No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legítimos i en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge.

No habiendo ni hijos naturales, ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos.

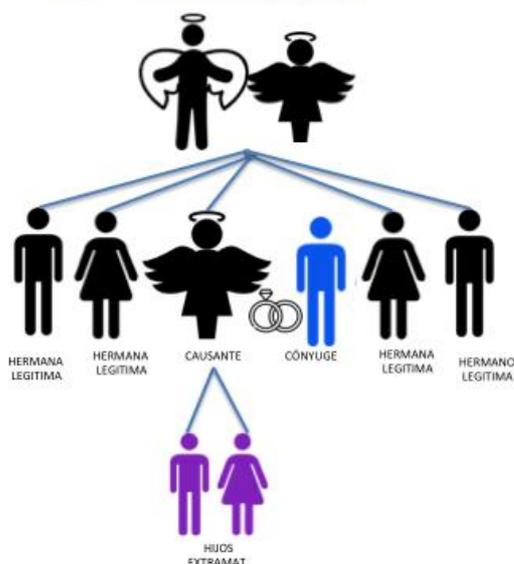
Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.

No habiendo hermanos carnales, los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevarán toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos.

Imagen 6. Artículo 990. Fuente: Civil Chileno, 1855.

En el artículo anterior también se regulan cuatro eventos dependiendo de las personas que sobrevivan al causante, los cuales se pueden graficar de la siguiente manera:

En un primer evento, descrito en el inciso primero, el supuesto jurídico implica que existe un causante al que no le sobrevive descendencia ni ascendencia y entonces propone que los herederos en este caso son 3 sujetos: los hermanos legítimos (de doble conjunción), el cónyuge y los hijos naturales (extramatrimoniales del causante) y en este evento de manera similar a la partición del Código Francés se divide la herencia en tres partes recibiendo cada uno de estos sujetos la tercera parte de la herencia. Sin embargo, a diferencia del Código Francés donde la herencia se divide de esta manera incluyendo los hermanos matrimoniales y extramatrimoniales para luego subdividir la herencia en tres partes según la mitad correspondiente al tronco paterno y materno, el Código Civil Francés plantea la división en tres partes pero no justifica en este primer evento tal distribución, sino que simplemente establece dicho porcentaje y cabe también anotar que en este primer evento no hay hermanos de simple conjunción o hermanos medios.



CUOTA HEREDITARIA

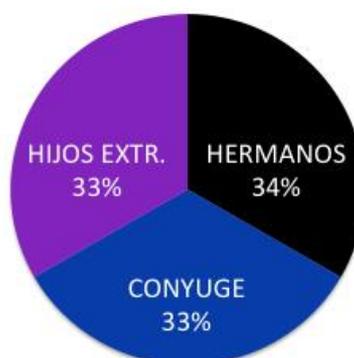


Ilustración 11 Primer Evento- Sucesión con hermanos , cónyuge e hijos extramatrimoniales. Fuente: Código Civil Chileno, 1804

En el segundo evento simplemente se dejó inmutable el inciso segundo del artículo 1152 del Proyecto Inédito de 1853, visto en el acápite anterior y de igual forma propone dos supuestos: un primer supuesto en el que el cónyuge no existe, en el cual la herencia se repartiría 50% para los hermanos y 50% para los hijos naturales o extramatrimoniales, tal como se expresó gráficamente en la ilustración 7; y otro supuesto en el cual los que no existen son los hijos extramatrimoniales en cuyo caso se distribuye un 50% para los hermanos legítimos o de doble conjunción y el otro 50% para el cónyuge, tal como se expresó en la ilustración 8.

El tercer evento, descrito en el tercer inciso del artículo 990 del Código Civil Chileno, implica que el causante no tenga descendientes o ascendientes, cónyuge o hijos, en cuyo caso la herencia sería 100% para los hermanos. Cabe anotar que este inciso también se trasladó inmutable del Proyecto Inédito del Código Civil Chileno de 1853 y está representado en este trabajo en la ilustración 9.

Y por último, el cuarto evento también se traslada inmutable del Proyecto Inédito y es el que está representado en la ilustración 10.

Es, entonces, claro que para el Código Civil Chileno es de suma importancia, como lo destaca el presidente de la república chilena Manuel Montt en el comunicado que envió al Congreso, que la filiación de las personas determine no sólo el parentesco sino también los derechos personales y patrimoniales, tal como el derecho hereditario, distinguiendo en este caso entre los hermanos de doble conjunción y de simple, por la proveniencia de estos últimos, que en algunos casos se trataba de criminal incluso, verbi gratia la regulación original que establecía el Código Civil Colombiano en el artículo 52 donde clasificaba a los hijos como legítimos y de “*dañado y punible ayuntamiento*”.

4. Regulación en Colombia del tercer orden hereditario

4.1 Acogida del Código Civil Chileno en Colombia.

El Código Civil Colombiano surge como una adopción paulatina que se fue realizando en los diferentes estados de la nación (para ese momento se denominada Estados Unidos de Colombia) del Código Civil Chileno. Esta adopción empezó con la Ley 12 de octubre de 1858, por medio de la cual el Estado de Santander acoge el Código Civil Chileno, suscrita por Manuel Murillo Toro, presidente del Estado. En este sentido Fernando Hinestrosa en su artículo “El Código Civil De Bello En Colombia” resalta:

El Estado de Santander, constituido en Mayo de 1857, emprendió la labor de darse un Código Civil, que culminó con la expedición de la ley el 12 de octubre de 1858, sancionada el día 18, por el doctor MANUEL MURILLO TORO, Presidente del Estado, quien había puesto todo empeño en su elaboración, análogamente a como luego habría de hacer con el Código Civil de la Nación en 1873, siendo Presidente de la Unión. El artículo 1.º de aquella ley dispone: “Adóptase como lei del Estado el Código civil de la República de Chile, sancionado el 15 de diciembre de 1855, con las adiciones, supresiones i variaciones siguientes...”¹⁰. Ese Código habría de comenzar a regir el 1.º de enero de 1860, pero su eficacia se pospuso hasta el 1.º de julio del mismo año. (Hinestrosa, 2006, p 8)

A partir de este momento varios estados de la nación comenzaron también su intento por realizar una codificación que pudiera regular la vida de las personas y las relaciones intersubjetivas entre estos, en el mismo sentido que en el párrafo anterior, Fernando Hinesrosa lo relata de esta forma:

Paralelamente, avanzado el año de 1857, el recientemente creado Estado de Cundinamarca dispuso la elaboración de códigos, entre ellos el civil, tarea en la que se avanzó a lo largo del año siguiente, a cuyo final fue aprobado. Sancionada la Ley el 8 de enero de 1859 y dispuesta su entrada en vigor para el 1.º de junio siguiente, el comienzo de su vigencia fue aplazado luego hasta el 1.º de enero de 1860.

El Estado del Cauca, por Ley del 8 de octubre de 1859, adoptó el Código Civil de Chile, que debería entrar a regir el 20 de julio de 1860, habiendo tomado al de Cundinamarca como modelo.

El 23 de octubre de 1860, el Estado de Panamá expidió el Código Civil, cuya vigencia comenzó el 1.º de marzo de 1862. Y en noviembre de aquel año se dispuso la vigencia en el nuevo Estado del Tolima de las leyes que regían en el Estado de Cundinamarca.

El Estado de Bolívar expidió un Código Civil el 1.º de febrero de 1862, que comenzó a regir el 26 de julio de 1862. Y uno segundo el 22 de noviembre de 1883, siempre dentro del patrón del chileno.

En noviembre de 1863, el Estado de Boyacá adoptó el Código Civil de Cundinamarca, con vigencia desde el 10 de noviembre de 1864.

El Estado de Antioquia hizo otro tanto por Ley de septiembre de 1864, que entró a regir el 1.º de enero de 1865.

El Estado de Magdalena, que se había anticipado a expedir un Código Civil de su o diferente en 1857, en octubre de 1866 adoptó el Código de Cundinamarca, llamado a regir desde el 1.º de febrero de 1867.

Por la Ley 84 del 26 de mayo de 1873, los Estados Unidos de Colombia adoptaron como Código Civil de la Unión el Código Civil de Chile, con algunas modificaciones, siguiendo el ejemplo de otras naciones hispanoamericanas y de los distintos Estados colombianos, código aplicable en los territorios administrados directamente por el Gobierno

Nacional.

Queda así en claro cómo y cuándo llegó a nuestro país el Código Civil de Chile o Código de Bello. Los Estados de la Confederación Granadina, luego de los Estados Unidos de Colombia, lo fueron adoptando sucesivamente, todos, y por último la Unión. (Hinestrosa, 2006, pp 8,9)

De esta forma se evidencia cómo el Código Civil Colombiano no es un trasplante jurídico *per se*, sino que es la adopción plena e inédita del Código Civil Chileno que a su vez es el resultado de un trasplante jurídico, proveniente en su gran mayoría del Código de Napoleón, adaptado a una sociedad en una época y un continente diferentes, utilizando además normativa canónica y moral que le permitió a Andrés Bello justificar la discriminación de los hermanos en el tercer orden hereditario basándose en su origen familiar, discriminación que para la época estaba de acuerdo con los parámetros morales y el marco jurídico, pero que al día de hoy es incomprensible que siga vigente y es más descabellado aún pensar que ante tres revisiones de constitucionalidad, la Corte Constitucional no haya declarado la inexecutable del último inciso del artículo 1047, cuando abiertamente se antoja conflictivo con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, y más cuando la misma Corte Constitucional define el bloque de constitucionalidad y confronta una ley con éste, el cual propone la eliminación de la última, de esta forma:

*Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu* (algunos tratados sobre de derechos humanos, leyes orgánicas y ciertas leyes estatutarias), forman parámetros de validez constitucional, por virtud de los cuales, si una ley u otra norma de rango inferior es incompatible con lo dispuesto en cualquiera de dichas disposiciones, la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, para cumplir con el mandato constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. (C-774 de 2001)*

Es en este punto de la historia donde no sólo puede establecerse con claridad el origen de la regulación actual del tercer orden hereditario sino que así mismo puede decirse sin lugar a equívoco que al día de hoy dicha regulación no

debería estar incólume como es el caso, sino que desde 1982 fecha de la última reforma jurídica a este artículo, se estaba en mora de un cambio no sólo en la redacción sino en el fondo, y más cuando la Ley 29 de 1982 se denominó por el legislador como “Ley De Igualdad Sucesoral”, y cuya finalidad era igualar los derechos de personas que se habían tratado como desiguales de manera injustificada.

4.2 Ley 57 de 1887 Código Civil Colombiano.

El ordenamiento colombiano instituye dentro del Código Civil, en su libro tercero que habla de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, las reglas de la sucesión intestada y más concretamente regula los órdenes hereditarios para repartir el patrimonio del causante cuando éste no ha dejado testamento. Esta regulación basada en la originalmente presentada por Andrés Bello, tenía más órdenes hereditarios que los considerados actualmente, donde se han limitado a 5, de los cuales el tercer orden hereditario es el foco de estudio de este trabajo de investigación. Sin embargo Pedro Lafont Pianeta, de manera muy precisa, hace un recuento y explica el origen de los órdenes hereditarios originales de la Ley 57 de 1887, de esta manera:

Las novelas 118 y 127 pedidas por Justiniano reglamentan los órdenes sucesorales suprimiendo las antiguas discriminaciones de agnados y cognados, sexo y emancipación. Tales órdenes han sido estructurados tradicionalmente, siguiendo el parentesco en tres, a saber: descendientes, ascendientes y colaterales. Por nuestra parte, con base del carácter excluyente de los órdenes, nosotros hemos desarrollado cinco órdenes que son: primer orden sucesoral compuesto por los hijos quienes suceden personalmente (in capita) o por representación de su descendencia (in stirpes). Segundo orden sucesoral integrado por los ascendientes de grado más próximo como herederos principales o tipos, Y los hermanos carnales como herederos concurrentes, quienes únicamente podría suceder personalmente en la siguiente proporción: habiendo todos, la herencia se distribuía por partes iguales, en tanto que cuando los únicos herederos eran ascendientes la herencia se distribuía

por líneas en dos cuotas (paterna y materna). El tercer orden sucesoral estaba conformado por los hermanos carnales, como herederos tipos o principales, quienes podrían suceder personalmente o por representación. El cuarto orden sucesoral estaba estructurado por los hermanos medios o de simple conjunción, quienes sucedían personalmente o por representación. El quinto orden estaba compuesto por los colaterales de grado más próximo, quienes sucedían personalmente y por partes iguales. (Lafont. P. 28, 1982)

Es así como en una revisión de la Ley 57 de 1887 que acogió el Código de los Estados Unidos de Colombia para la República de Colombia, en el artículo 1047 originalmente decía:

ARTÍCULO 1047. Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales; la herencia se dividirá en tres partes: una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales.

No habiendo cónyuge, o no habiendo hijos naturales, sucederán en la mitad de los bienes los hermanos legítimos, y en la otra mitad los hijos naturales o el cónyuge.

No habiendo ni hijos naturales ni cónyuge sobreviviente, llevarán toda la herencia los hermanos.

Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.

No habiendo hermanos carnales, los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevarán toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos. (1887)

Como se puede observar, este artículo 1047 es prácticamente una copia al carbón del artículo 990 del Código Civil Chileno, por lo que no introduce ninguna modificación frente a la distribución de los bienes herenciales del

causante en el supuesto de que no dejara descendencia ni ascendencia. Sin embargo, no transcurrirían ni 2 meses para que se insertara la primera modificación a esta regulación mediante la Ley 153 de 1887.

4.3 Ley 153 de 1887

La Ley 57 de 1887, es decir el Código Civil Colombiano, sufrió la primera modificación extensa, en el mismo año de su promulgación, por la Ley 153 de 1887, que igualmente debe ser tenida en cuenta y llama poderosamente la atención lo estipulado en el artículo 87:

ARTÍCULO 87. *A falta de descendientes, ascendientes y hermanos legítimos, de cónyuge sobreviviente y de hijos naturales, sucederán al difunto los otros colaterales legítimos, según las reglas siguientes:*

1a. El colateral o los colaterales del grado más próximo excluirán siempre á los otros;

2a. Los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del décimo grado;

3a. Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte del padre, ó por parte de madre, gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte del padre y por parte de madre. Subraya fuera de texto. (1887)

Este tercer numeral al incluir las expresiones “por parte de padre” o “por parte de madre” se asemeja a la distribución en líneas troncales que contenía el Código Civil Francés de 1804, de modo que si esta regulación se hubiera mantenido, podría considerarse que el trato desigual de los hermanos tendría al menos la misma justificación que en el Código Francés.

4.4 Ley 45 de 1936

En este mismo orden de ideas es necesario revisar la Ley 45 de 1936 que modificó el artículo 1047 de la Ley 57 de 1887 y que fue la segunda modificación en cuanto al aspecto a tratar, dicha modificación se realizó en el siguiente sentido y donde ya se establece que tanto los hermanos de doble conjunción como los de simple conjunción reciben de manera simultánea, pero la cuota de los primeros será el doble que la de los segundos así:

ARTICULO 21: *El artículo 1048 del Código Civil quedará así:*

Si el difunto no ha dejado descendientes ni ascendientes legítimos, ni hijos naturales, le suceden su cónyuge sobreviviente y sus hermanos legítimos. La herencia se divide así: la mitad para el cónyuge y la otra mitad para los hermanos legítimos.

A falta del cónyuge, llevan toda la herencia los hermanos legítimos, y a falta de éstos, el cónyuge.

Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo se comprenden aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno es la mitad de la porción del hermano carnal.

No habiendo hermanos carnales, los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevan toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos. (1936).

4.5 Ley 29 de 1982

La Ley 29 de 1982 se denominó “Por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.” En esta ley se igualaron los derechos y obligaciones de los hijos extramatrimoniales y matrimoniales, de modo que estuvieran en igualdad de condiciones. Al respecto Fernando Hinestrosa menciona:

La Ley 29 de 1982 sustituyó la calificación de hijos “naturales” por la de “extramatrimoniales”, y otorgó “igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos”, con lo cual se amplió el derecho de re-presentación a toda la descendencia. (Hinestrosa, 2006, p 17)

De este modo, para completar el panorama histórico de la evolución normativa del tercer orden hereditario en la sucesión intestada, propuesto por este trabajo investigativo, se aborda la Ley 29 de 1982, que contiene la modificación de carácter legislativo más reciente al tema en cuestión, y que es la legislación

vigente para el tercer orden hereditario. En el artículo 6 de dicha ley se concreta la modificación del artículo 1047 de la Ley 57 de 1887 y queda así:

ARTICULO 1047. TERCER ORDEN HEREDITARIO - HERMANOS Y CONYUGE. Subrogado por el art. 6º, Ley 29 de 1982. El nuevo texto es el siguiente:

Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquéllos por partes iguales.

A falta de cónyuge, llevarán la herencia los hermanos, y a falta de éstos aquél.

Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos. (1982)

Como se mencionó anteriormente resulta curioso el hecho de que la Ley 29 de 1982 iguale los derechos de los hijos, proponiendo que no debe existir un trato desigual entre hijos, sin importar que estos sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, ya que esto genera una discriminación injustificada que desarmoniza el sistema jurídico, pues cuando esos mismos hijos -que en el primer orden “son iguales ante la ley”- mueren y deben heredarse entre sí como hermanos, se mantiene la discriminación en razón del origen familiar y con el agravante de que el hermano adoptivo se tratará como un hermano carnal o doble, de modo que incluso el hermano que no comparte ningún vínculo de sangre tendrá derechos preferentes y recibirá el doble de herencia que un hermano medio con el cual existe al menos un vínculo sanguíneo. Es simplemente increíble que en dicha ley el legislador colombiano no se preocupara por la modificación del tercer orden hereditario, utilizando los mismos argumentos que se usaron para modificar el primer orden.

Esto generó que en fechas posteriores a la promulgación de esta ley se emprendieran varias acciones de inconstitucionalidad con respecto al artículo 1047 del Código Civil colombiano, acciones que se estudian a continuación.

5. Revisiones Constitucionales generadas a partir de la Constitución Política de Colombia

La promulgación de la Constitución Política de 1991 y la creación de la Corte Constitucional con competencia para revisar las demandas de inconstitucionalidad en contra de normas jurídicas que vulneran la Carta Política, permitió que se generaran varias demandas de inconstitucionalidad en contra del artículo 1047 del Código Civil, la primera de ellas resuelta mediante la sentencia C-105 de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, y en la cual la Corte declaró exequible el mencionado artículo aduciendo:

Esta es una norma que se ajusta a la lógica y a la justicia. Basta este razonamiento: el extraño, el que no es hermano, nada hereda; el hermano paterno o materno, comúnmente llamado hermano medio, hereda la mitad de la herencia del hermano carnal; y éste hereda toda la herencia, porque no es hermano medio, sino hermano completo. Hay que tener presente que se trata de la herencia entre hermanos, es decir, cuando alguien hereda a quien es su hermano. (C-105 de 1994)

Cabe resaltar aquí que el argumento que expone la Corte Constitucional más que un argumento es un silogismo, tal como lo define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Silogismo: *Argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos.*” Es decir que en este caso la Corte no hace un estudio de constitucionalidad, ni analiza el origen del artículo 1047, sino que simplemente defiende la constitucionalidad del mismo haciendo un silogismo lógico donde, como premisa mayor o universal, dice que el extraño no recibe herencia, como premisa menor que el hermano medio recibe la mitad de la herencia y que por lo tanto el hermano carnal recibe el doble de herencia. Es de notar la falta de un análisis jurídico o incluso moral para declarar en esta sentencia la exequibilidad de una norma jurídica. Es decir, la Corte Constitucional menciona que no se viola la constitución ni se hace una discriminación en razón del origen familiar exponiendo un silogismo lógico sin mayor profundidad.

Con posterioridad el señor Andrés López Valderrama demanda de nuevo la inconstitucionalidad, entre otros artículos, del 1047 del Código Civil y en sentencia C-174 de 1996 con magistrado ponente Jorge Arango Mejía, se declara nuevamente exequible aduciendo que no contrarían en nada la Constitución, pero también menciona que “no adujo el demandante cargo ninguno de inconstitucionalidad.” (Sentencia C-174/96). Sin embargo, llama la atención la aclaración de voto de dicha sentencia, donde pareciera que la Corte se contradice con respecto a la decisión de exequibilidad cuando se menciona que una norma jurídica, aún cuando haya sido creada en utilización del principio de libertad de configuración legislativa, no puede contrariar la Constitución ni puede discriminar o realizar distinciones por razones caprichosas o arbitrarias:

Esta Corporación ha establecido, en varias oportunidades, que una regulación legal puede violar el principio de igualdad y vulnerar la Constitución, si ella establece distinciones irrazonables. Por ejemplo, la Corte ha reconocido que la definición de los recursos que proceden en cada proceso, con excepción del recurso de apelación en materia penal, es un asunto de libre configuración legal. Por esta razón puede el legislador crear o suprimir formas de reposición o apelación de una determinada decisión judicial o administrativa. Sin embargo, no podrá hacerlo introduciendo distinciones arbitrarias o caprichosas. Esto explica que la Corporación haya retirado del ordenamiento ciertas regulaciones que excluían, sin razón objetiva suficiente, algunos recursos en determinados procesos, mientras los reconocían en otros de idéntica naturaleza. Por consiguiente, incluso en relación con derechos de creación y configuración legal pueden presentarse violaciones de la igualdad si las distinciones establecidas por la ley no tienen un fundamento objetivo y razonable. Por las razones anteriores consideramos desafortunada y contraria a la jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad, la afirmación de la sentencia, según la cual, siendo los derechos consagrados por las normas acusadas "de carácter

legal, no vulnera la Constitución la ley que los consagra en unos casos y los niega en otros.”(Aclaración de voto sentencia C-176/96).

En el año 2012, la Corte Constitucional resolvió en sentencia C-238 de 2012 sobre la constitucionalidad del artículo 1047 del Código Civil en una demanda que intentaba demostrar la inconstitucionalidad de la exclusión del compañero permanente en su vocación hereditaria. En dicha sentencia la Corte hace un análisis de la cosa juzgada constitucional con referencia al artículo 1047 y expresa:

Ciertamente en la Sentencia C-105 de 1994 la Corporación examinó la constitucionalidad del artículo 1047 del Código Civil y, en el numeral 3º de la parte resolutive de esta providencia, decidió declararlo exequible “en su integridad”. La fórmula empleada hace pensar que se trata de una cosa juzgada absoluta y no sólo por la referencia a la totalidad del artículo, sino también por la ausencia de expresiones indicativas de una eventual limitación de la cosa juzgada a ciertos cargos.

Sin embargo, dado que la cosa juzgada puede ser aparente si la declaración de exequibilidad no se encuentra fundada en un análisis efectivo de la disposición a la luz de la Carta o relativa de forma implícita cuando su referencia a algunas acusaciones no se hace explícita en la sentencia, resulta claro que la sola revisión de la parte resolutive es insuficiente para establecer, a cabalidad, si el asunto puesto a consideración de la Corte ha entrado o no en autoridad de cosa juzgada constitucional, siendo indispensable, por consiguiente, examinar lo efectivamente considerado en la sentencia previa y confrontarlo con la nueva demanda para determinar si hay cosa juzgada y, en caso afirmativo, cuál es su alcance.

Así las cosas, en la demanda resuelta mediante la Sentencia C-105 de 1994, el artículo 1047 del Código Civil fue acusado bajo el cargo de prever una discriminación en contra del hermano medio, por disponer que éste solo tiene derecho a la mitad de la porción hereditaria que le correspondería al hermano carnal, discriminación que tendría fundamento en los lazos afectivos que se presentan entre los hermanos

carnales y que, según el entonces demandante, implicaría la inconstitucionalidad de la disposición, debido a no tener en cuenta que entre un hermano medio y uno carnal puede existir el amor y el cariño predicable de los hermanos carnales.

Al despachar el cargo, la Corte precisó que el demandante confundía a los hermanos carnales con los hermanos legítimos y, a la vez, equiparaba los hermanos maternos y paternos a los hermanos extramatrimoniales, e indicó que en nada resulta contrario a la igualdad que en una sucesión intestada los hermanos carnales reciban el doble de la porción correspondiente a los simplemente paternos o maternos, pues se ajusta a la lógica y a la justicia que el hermano carnal herede toda la herencia, “porque no es hermano medio, sino hermano completo”, teniendo presente “que se trata de la herencia entre hermanos, es decir, cuando alguien hereda a quien es su hermano”.

Con base en los anteriores argumentos, la Corporación concluyó que el artículo 1047 del Código Civil sería declarado exequible y así lo plasmó en la parte resolutive de la citada sentencia, añadiéndole la expresión “en su integridad” que no puede tener la consecuencia de conferirle carácter absoluto a la cosa juzgada o de cerrar todo debate sobre la constitucionalidad del precepto examinado. (Sentencia C-1238 de 2012)

No obstante, como se ha venido manifestando, yerra la Corte cuando dice que el argumento en que se basó la sentencia C-105 de 1994 fue los lazos afectivos entre los hermanos ya que en la parte motiva la Corte expresamente manifestó:

Esta es una norma que se ajusta a la lógica y a la justicia. Basta este razonamiento: el extraño, el que no es hermano, nada hereda; el hermano paterno o materno, comúnmente llamado hermano medio, hereda la mitad de la herencia del hermano carnal; y éste hereda toda la herencia, porque no es hermano medio, sino hermano completo. Hay que tener presente que se trata de la herencia entre hermanos, es decir, cuando alguien hereda a quien es su hermano. (Sentencia C-105 de 1994)

Es en la intervención ciudadana designada por el Ministerio de Justicia donde se manifiesta un argumento con relación a las relaciones afectivas entre los hermanos:

En relación con la supuesta inconstitucionalidad del artículo 1047 del Código Civil, considera que esa disposición responde a una ley natural, según la cual, las relaciones de los hermanos carnales, son por lo general, más intensas que las existentes entre hermanos medios. Por tanto, una norma que permita a aquellos una mayor participación en la sucesión en relación con la de quienes no tienen en común sino a uno de sus padres, no puede desconocer ningún precepto constitucional.

Pero, de existir el mismo amor entre una y otra clase de hermanos, la supuesta desigualdad que alega el actor, se soluciona en el testamento, donde se puede reconocer una partición en la sucesión, mayor a la que prevé la norma acusada. (Sentencia C-105 de 1994)

Pero, entonces, se podría inferir; si el afecto es el argumento base de la decisión de exequibilidad de la Corte, que se estaría generando de esta manera una presunción de derecho (que no admite prueba en contrario), en la cual no es posible demostrar que un hermano medio puede tener lazos fraternos iguales o más fuertes que los de los hermanos carnales, esto sin mencionar que medir o cuantificar el afecto no es posible, además Luis Claro Solar menciona que el origen de dicha discriminación es otro:

La regla no es tomada del Código francés, que no la establece en estos términos: es una consecuencia de la regla de ese Código, con arreglo a la cual la herencia o la porción hereditaria de los hermanos se divide en dos partes iguales, una para la línea paterna y otra para la línea materna, figurando los hermanos de doble vínculo en una y otra línea. (Claro, L. 1940)

Esto plantea, entonces, que la disposición tal como está establecida hoy en día en el Código Civil Colombiano parte de una mala interpretación del Código Francés, porque es claro y entendible que en una sucesión conjunta (de padre y madre) los hijos sólo del padre o de la madre reciban la mitad que los hijos de

ambos causantes que recibirían las 2 herencias, en contraste a sólo una por parte de los hijos de uno solo de los padres; pero en el tercer orden hereditario la herencia no parte de los padres sino de un hermano y quienes están llamados a suceder son sus hermanos, por lo que clasificarlos según su doble o simple conjunción, crea una discriminación que no está ni puede estar justificada por algo inconmensurable como es el afecto entre parientes, o simplemente con un silogismo lingüístico casi equivalente al latinazgo *dura lex sed lex*. Y así lo expone Pedro Lafont Pianeta cuando menciona que debe abolirse:

Salvo la consideración del carácter cerrado e independiente de la familia, no existe argumento sobre el cual pueda descansar la dignidad sucesoral. Además, no puede afirmarse que es más fuerte el afecto o la convivencia familiar de los hermanos carnales que la de los hermanos medios, por ello no siempre corresponde a la realidad. Pero aún en el caso de que esa fuere la razón, tampoco sería justa por cuanto el afecto no ha sido factor determinante en la organización de todos los órdenes hereditarios.

Esa discriminación no tiene sino una explicación histórica. Consiste en la ordinaria pertenencia a diferentes hogares, bajo los cuales, se criaban estas dos clases de hermanos, y de los cual resultaba un mejor tratamiento para los hijos comunes o carnales frente los medios. Pero esta consideración personal comenzó a debilitarse con el desarrollo y auge del otorgamiento de la vocación hereditaria a los hijos extramatrimoniales, quienes por su carácter eran aislados familiar y socialmente o pertenecían a un hogar distinto. Pero hoy día tal argumento pierde totalmente su consistencia. En efecto, si entre los hijos existe igualdad sucesoral, independientemente de que sean hermanos carnales o medios, para efecto de suceder a sus padres, no hay razón alguna para que se vaya considerar en dicha situación cuando ellos entren a sucederse mutuamente. Es decir, carece de sentido que no se distinga la forma de procreación cuando el hijo va a suceder al padre, que es donde mayor incidencia tiene, y, en cambio, sí se le tenga en

cuenta cuando los hijos van a heredar a sus hermanos: se les discrimina por el origen de su nacimiento o procreación, lo cual no solo es extraño en la fundamentación de la vocación hereditaria, sino que carece de influencia en el estado civil. En efecto, para suceder a una persona basta tener parentesco con ella, que en este caso se lograría cuando son hijos, por lo menos, del mismo padre: un hermano que pretende suceder a su hermano materno solamente necesita ese parentesco materno, pero no el de la línea paterna, porque no se va a heredar al padre o a los colaterales paternos. (Lafont. 1982. pp, 633 - 634).

Pero más importante aún cuando el mismo Pedro Lafont menciona como segundo argumento abolicionista que:

La susodicha discriminación no se ajusta a la organización general de la vocación hereditaria. El presupuesto general para el otorgamiento de esta vocación es el parentesco en sí mismo considerado; y no la procreación que le ha dado su existencia (si es doble o simple). Tan cierto es lo anterior que ni siquiera se tiene en cuenta esta distinción en la sucesión de los sobrinos. Todos suceden por partes iguales. (Lafont, p 634).

Con este argumento Pedro Lafont Pianeta desmonta el planteamiento de la Corte Constitucional, en el cual se expresa que el trato diferenciado que se produce en el tercer orden hereditario se basa en las relaciones afectivas entre hermanos, de modo que como entre los hermanos uterinos o carnales existe un vínculo más profundo que el que existe entre hermanos medios, (argumento que también puede ser debatido desde la psicología) ya que la vocación hereditaria y la regulación de las sucesiones no se basa en las relaciones afectivas entre las personas sino en el parentesco, de modo que la argumentación de la Corte para declarar la exequibilidad del artículo 1047 se encuentra infundada, teniendo en cuenta el párrafo anterior dicho por Lafont, por lo que no es viable justificar que se está en presencia de un trato diferenciado sino que se expone una vez más que la división actual es un trato discriminatorio y por lo tanto no puede seguir vigente dentro del ordenamiento jurídico colombiano.



CAPÍTULO II

LOS TRASPLANTES JURÍDICOS COMO RAÍZ DEL PROBLEMA

1. Origen del Problema.

Es de destacar que el Código Civil Chileno redactado por Andrés Bello, (origen del Código Civil Colombiano) no es una codificación incluyente sino más bien una que por la tradición histórica y social, tiene marcados límites y barreras que al día de hoy se yerguen como discriminatorias, pero que para la época no eran más que el reflejo del *statu quo* de la sociedad chilena (y francesa) del siglo XIX. Se puede ver este carácter sectario del Código por ejemplo con el mensaje de Manuel Francisco Montt Torres, presidente de Chile desde 1851 hasta 1861, enviado al congreso chileno cuando se empezó a tramitar el Código Civil Chileno con miras a lograr su aprobación

La filiación es legítima, natural o simplemente ilegítima. En cuanto a los hijos legítimos concebidos en matrimonio verdadero o putativo, el presente proyecto no difiere substancialmente de lo establecido en otras legislaciones, incluso la nuestra. En cuanto a los legitimados por matrimonio posterior a la concepción (única especie de legitimación que admite el proyecto), el sistema adoptado en éste combina las reglas del derecho romano, el canónico y el código civil francés. En el derecho romano, al que se casaba con la concubina, se exigía para la legitimación de los hijos habidos en ella el otorgamiento de escritura; no para que valiese el matrimonio, pues éste se contraía por el sólo consentimiento; sino para que constase que la concubina pasaba a la categoría de mujer legítima, y si existían hijos, cuáles de ellos se legitimaban. Ésta es la doctrina de los más ilustres intérpretes de la ley romana. De que se colige que la legitimación era voluntaria por parte de los padres, y no se extendía a todos los hijos habidos en la concubina, sino a los que el padre quería. Era asimismo voluntario de parte de los hijos, pues sin su consentimiento no podían hacerse aliene juris, ni asociarse a la condición de un padre tal vez de mala fama y perversas costumbres. Estos dos principios, legitimación otorgada por instrumento

público, y legitimación voluntariamente concebida y aceptada, se han adoptado en el proyecto; exceptuados solamente dos casos: el hijo concebido antes del matrimonio, y nacido en él, y el hijo natural, esto es, el ilegítimo que ha sido antes reconocido formal y voluntariamente por el padre o madre, quedan ipso jure legitimados por el matrimonio subsecuente.

La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el derecho civil ha creado. ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido? El derecho canónico relajó en esta parte los principios del romano; pero a la potestad temporal es a la que toca prescribir las condiciones necesarias para el goce de los derechos civiles. (Montt, 1855)

En este mensaje se retrata cómo para la época, la legitimación es una parte fundamental para establecer el goce de los derechos personales tales como el derecho de herencia. Vale decir que no se pueden juzgar tales disposiciones con los principios y valores del Estado Colombiano actuales, ya que no tendrían cabida en el presente, debido a que no sólo se ha incorporado en la Constitución el derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación, sino también se contraen obligaciones internacionales en el mismo sentido, *verbi gratia* las descritas en el artículo 1 de la Convención Americana De Derechos

Humanos, ratificada por Colombia por la Ley 16 de 1972 y que por lo tanto hace parte del bloque de constitucionalidad:

Artículo 1o. *Obligación de respetar los Derechos.*

1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* (Convención Americana, 1969, ratificada por Colombia Ley 16 de 1972)

Si bien, como ya se dijo, no es viable hacer un análisis de valor con criterios actuales sobre una regulación del siglo XIX, sí es necesario que hoy en día la regulación se acoja a los estándares nacionales e internacionales y es inconcebible, a la luz de este trabajo investigativo, que disposiciones como las descritas en el artículo 1047 del Código Civil Colombiano, continúen vigentes cuando no soportarían un test de constitucionalidad. Sin embargo, la misma Corte Constitucional se ha negado a declarar la inexecutable del referido artículo, argumentando entre otras cosas la libertad de configuración del legislador, razón que también resulta inadmisibles a la luz de disposiciones como las contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana De Derechos Humanos que obliga a los Estados Partes a cambiar y modificar su legislación interna para estar en consonancia con las obligaciones contraídas por dicho pacto:

Artículo 2o. *Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno.*

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana, 1969, ratificada por Colombia Ley 16 de 1972)

El problema radica en que existen dos conceptos jurídicos que *a priori* parecerían sinónimos, pero que haciendo un estudio más profundo implican grandes diferencias, como son la distinción y discriminación, siendo la distinción un trato diferente fundamentado en razones lógicas y legales que no vulnera el ordenamiento jurídico, sino que por el contrario es una aplicación del principio de igualdad: “trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales” y siendo la discriminación un trato diferente que vulnera los principios y el ordenamiento jurídico, porque las razones fundantes del trato desigual no están respaldadas o se basan en situaciones específicas que no son justificables en un estado social de derecho. En tal sentido Iván Velásquez Gómez y Víctor Javier Velásquez Gil, en su libro *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Extractos de Jurisprudencia Tomo II 1988/2015*, han tomado las disposiciones de la Corte Interamericana De Derechos Humanos cuando se ha pronunciado al respecto, y proponen la siguiente diferenciación entre los 2 conceptos:

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Diferencia entre discriminación y distinción.

La corte interamericana ha señalado reiteradamente que la convención americana no prohíbe todas las “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos... (caso Artvaia Murillo y otros [“fecundación in vitro”] vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012).

Sobre el concepto de “discriminación”, si bien la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas no contienen una definición de este término,

la Corte y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, para sostener que la discriminación constituye “toda distinción, exclusión restricción o preferencia que se

basa en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A No. 18, Párr.92. (Velásquez & Velásquez, 2017)

En este orden de ideas, no puede justificarse la distinción realizada por el Código Civil Chileno de 1855 con la discriminación actual que se genera con la aplicación del artículo 1047 del Código Civil Colombiano, ya que si bien para el momento de redacción del código de Bello se hacía una distinción fundamentada por los fenómenos políticos y sociales de la época, hoy en día esa tesis no es sostenible por el cambio en el modelo de estado que pasó de un estado de derecho a un estado social de derecho, lo cual implica como lo menciona Marie Picard de Orsin y Judith Useche:

El Estado Social de Derecho implica un replanteamiento de los derechos fundamentales. El concepto de derechos fundamentales es de particular importancia en el Estado Social de Derecho, ya que en ese concepto de Estado se mezclan en la Constitución los derechos fundamentales individuales, propios del liberalismo, con los derechos económicos y sociales. Tienen relevancia los derechos económicos y sociales que se convierten en programas de acción que derivan de la propia Constitución y no de la ley. (Picard de Orsin & Useche, 2006, p. 198)

Así mismo no es posible que a día de hoy, en pleno siglo XXI, una norma generada en el siglo XIX siga inmutable y que no se admita una modificación para igualar los derechos entre personas, no sólo por el simple paso del tiempo, sino también porque los contextos en los cuales se han generado las

normas que han regulado esta materia, difieren en grado sumo, de la Francia de 1700 – 1800 a Colombia hoy en día, pasando por el Chile de 1800. Si bien las normas jurídicas reflejan la cultura jurídica del sitio de producción, cuando las normas jurídicas se trasplantan, como ha sido el caso del artículo 1047 del Código Civil Colombiano, como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo, esto cambia radicalmente el sentido y el significado de las normas y así lo expresa Alan Watson cuando en el artículo *Legal Transplants And European Private law* responde a Pierre Legrand diciendo:

Para empezar, deseo decir francamente que creo que sus puntos de vista (Pierre Legrand) son anticuados. Parece creer que la filosofía jurídica es la clave para entender la ley en la sociedad. La historia legal, incluida la historia legal comparada, tiene poco lugar en su esquema de cosas. Detrás de su enfoque está la opinión no expresada -aunque a veces casi explícita- de que la ley es el "espíritu del pueblo". Por lo menos, para él, una regla legal en un país expresada exactamente con la misma redacción en otro, no es la misma ley. El contexto es todo. No podría estar más de acuerdo. De hecho, desde los primeros días he argumentado que una regla una vez trasplantada es diferente en su nuevo hogar. (Watson, 2000)²

Así pues, resulta inaudito que el artículo 1047 del Código Civil Colombiano permanezca al día de hoy vigente, y más aún que sea analizada su constitucionalidad y se opte por mantener una norma jurídica que contiene una discriminación en razón del origen familiar, con argumentos tan vagos, e incluso insulsos, como los esgrimidos en las diferentes sentencias de constitucionalidad por la Corte Constitucional, y aún cuando el argumento pasara por el principio de libertad de configuración del legislador, no sería

²La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: *To begin with, I wish to state frankly that I believe his views are old-fashioned (Pierre Legrand). He appears to believe that legal philosophy is the key to understanding law in society. Legal history, including comparative legal history, has little place in his scheme of things. Underlying his approach is the unspoken - yet at times almost explicit - view that law is the 'spirit of the people'. At the very least, for him a legal rule in one country expressed in exactly the same wording in another is not the same law. Context is everything. I could not agree more. Indeed from early days I have argued that a rule once transplanted is different in its new home.*(Watson, 2000)

viable la constitucionalidad de la mencionada norma jurídica, ya que haciendo un análisis histórico profundo se evidencia que el legislador colombiano tuvo poco o nada que ver con la redacción de dicha normativa, sino que más bien fue trasplantada del Código Civil Chileno que a su vez la trasplantó del Código Civil Francés de 1804.

Pero el problema no es que una norma sea trasplantada de un sistema jurídico a otro, sino las “hibridaciones” y “bastardizaciones” que se generan con los trasplantes jurídicos por lo que primero es necesario considerar lo que implican éstos.

2. Trasplantes Jurídicos

El término “trasplante jurídico” fue acuñado por Alan Watson en 1974 en su libro *Legal Transplants* donde los define “Como el movimiento de una regla o un sistema de leyes de un país a otro, de un pueblo a otro” (Watson 1974)³.

En cuanto a por qué razón suceden los trasplantes, en el artículo *Legal Transplants And Comparative Law* de la revista *International Law*, escrito por Irma Johana Mosquera Valderrama, quien es PhD e investigadora de la facultad de leyes de la Universidad de Groningen en Holanda, mencionan las causas de los trasplantes jurídicos y se enuncian 5 posibilidades que generan el fenómeno:

Los eruditos legales sugieren los siguientes motivos como el factor predominante para determinar qué leyes se trasplantan. En consecuencia, el trasplante legal tiene lugar debido a (i) autoridad, (ii) prestigio e imposición, (iii) oportunidad y necesidad, (iv) eficacia esperada de la ley, y (v) incentivos políticos, económicos y de reputación de los países y terceros. (Mosquera, 2003)⁴

³ La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: *As the moving of a rule or a system of law from one country to another, of from one people to another (Watson 1974)*

⁴ La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: *“The following reasons are suggested by legal scholars as the predominant factor in determining which laws are transplanted. Accordingly, legal transplantation takes place due to (i) authority, (ii) prestige and imposition, (iii) chance and necessity, (iv) expected efficacy of the law, and (v) political, economic and reputational incentives from the countries and third parties.” (Mosquera, 2003)*

Para el caso colombo-chileno, en cuanto a la regulación del tercer orden hereditario, se puede suponer sin temor a equivocarse, que la razón del trasplante se da por el literal segundo, es decir Prestigio e Imposición, y así lo menciona también la señora Mosquera Valderrama cuando explica:

ii. Prestigio e Imposición.

Esta teoría es desarrollada por SACCO cuando refiere que:

"Hay dos causas fundamentales de la imitación (es decir, el trasplante legal): imposición y prestigio. Cada cultura que tiene fe en sí misma tiende a extender sus propias instituciones. Cualquiera con el poder de hacerlo tiende a imponer su propia responsabilidad sobre los demás. Las recepciones debido a la fuerza pura, sin embargo, son reversibles y terminan cuando se elimina la fuerza".

Además, la imitación también puede tener lugar:

"Debido al deseo de apropiarse del trabajo de los demás. El deseo surge porque este trabajo tiene una cualidad que solo se puede describir como prestigio".

En el ámbito del derecho privado, se señala que para algunos países de derecho civil (por ejemplo, los países latinoamericanos) la importancia de seguir las directrices de derecho privado francés puede justificarse en función del prestigio que este sistema legal logró como resultado de la recepción en esos países del Código de Napoleón. (Mosquera, 2003)⁵

En este orden de ideas, cuando se habla en este escrito de trasplantes jurídicos, se hace referencia a fenómenos en el que un Estado "importa" un sistema jurídico de otro Estado por las razones antes expresadas, y lo que se

⁵ La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal:

ii. Prestige and Imposition.

This theory is developed by SACCO when he refers that:

"There are two fundamental causes of imitation (i.e. legal transplantation): imposition and prestige. Every culture that has faith in itself tends to spread its own institutions. Anyone with the power to do so tends to impose his own upon others. Receptions due to pure force, however, are reversible and end when the force is removed".

Moreover, imitation can also take place:

"Because of the desire to appropriate the work of others. The desire arises because this work has a quality one can only describe as prestige".

In the field of private law it is submitted that for some civil law countries (e.g. Latin American countries) the importance to follow the French private law guidelines may be justified based on the prestige that this legal system achieved as a result of the reception in those countries of the Codex of Napoleon. (Mosquera, 2003)

intenta plantear es que dichas importaciones o trasplantes no implican *per se* que si un sistema jurídico funciona correctamente en un determinado lugar, el resultado sea igual al trasladarlo a otro. El problema del trasplante jurídico es que esta práctica genera problemas de “acople”, ya que el sistema importado está creado en un sitio de producción basándose en unas características poblacionales, sociales, religiosas, culturales y políticas diferentes a las del sitio de recepción, lo cual dificulta el éxito del trasplante; esto debido a que en el caso del trasplante originado por el prestigio, como es el caso colombiano con el Código Civil Francés (pasando obviamente por el Código Civil Chileno), el cual se hace tal como lo consideran multiplicidad de autores, como una reproducción o traducción, y aunque se le hagan algunos ajustes menores o intervenciones mayores, no es una norma jurídica pensada para el sitio de recepción. Esto lo expone la Dra. Mosquera Valderrama cuando menciona acerca de la investigación conducida por Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, sobre trasplantes legales transnacionales:

A modo ilustrativo y siguiendo a BERKOWITZ en el campo del derecho privado, Colombia (un país de derecho civil) presenta un trasplante no receptivo del código legal francés dado que en el momento de la recepción, "Colombia voluntariamente, pero casi a ciegas ..." trasplantó el Código francés. Además, "... las leyes fueron elegidas y adoptadas sin siquiera considerar sus contenidos". En consecuencia, el trasplante en lugar de una adaptación consciente de la institución a las condiciones locales resulta en el trasplante de instituciones menos efectivas que en los países de origen. (Mosquera, 2003)⁶

Ese problema de acople genera que el legislador del sitio de recepción de la norma trasplantada, se vea en la imperiosa necesidad de hacer “ajustes” a la legislación importada para intentar alcanzar un acople exitoso, teniendo en cuenta las divergencias tanto de modelo de estado como sociales, económicas,

⁶ La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: *For illustration purposes and following BERKOWITZ in the field of private law, Colombia (a civil law country) presents an unreceptive transplant of French legal code given that at the time of reception, "Colombia voluntarily, but almost blindly..." Transplanted the French Code. Additionally, "the laws were chosen and adopted without even considering their contents". In consequence, the transplantation rather than a consciously adaptation of the institution to the local conditions results in the transplantation of less effective institutions than origin countries. (Mosquera, 2003).*

políticas, entre otras. Tal como ocurrió con el artículo 1047 del Código Civil Colombiano, en donde el legislador y en especial su redactor Andrés Bello, debieron realizar adaptaciones y modificaciones a la normativa. Este fenómeno es lo que Diego Eduardo López Medina en su texto *Teoría Impura del Derecho* llama hibridaciones y bastardizaciones, genera en este caso una norma jurídica totalmente diferente a la original, y así lo menciona en la entrevista que le realiza Iván Adelchi Peña a Diego Eduardo López Medina:

Entonces en Teoría Impura del Derecho yo quiero mostrar que la impureza tiene que ver con dos hechos: uno, que nuestro derecho es parte del experiencia occidental, que nuestra teoría jurídica en gran parte es recibida de ideas de sitios de producción y de sitios prestigiosos donde se han construido los ideales del derecho, pero que nuestra recepción de esas ideas no ha sido la de los modelos originales sino que hay procesos de hibridación y bastardización que son los que finalmente han construido la cultura jurídica local. Entonces yo quiero proponer esas ideas, quiero estudiar esas ideas influyentes pero en sus contextos de recepción y a través de las hibridaciones y bastardizaciones con las cuales las conocemos. (López, 2014)

El problema en este caso no es la ocurrencia de un trasplante jurídico, ya que como menciona William Ewald

En una avalancha de libros y artículos que examinan la historia de la ley occidental, Alan Watson ha propuesto una teoría del cambio legal: la teoría, más o menos, afirma que el crecimiento de la ley se explica principalmente por el trasplante de normas legales⁷ (Ewald, 1995)

El problema no es que exista un trasplante jurídico, ya que esto más bien lo que hace en términos de Watson es “crecer y mejorar” la ley. Incluso, el Código Civil de Napoleón de 1804 es fruto de múltiples trasplantes jurídicos. El problema tampoco es el fenómeno de hibridación y bastardización propuesto por López Medina, ya que esto es sólo un efecto de las acciones que debe realizar el legislador para lograr un acople exitoso entre dos legislaciones, sino

⁷ La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: “In a flood of books and articles examining the history of Western law, Alan Watson has proposed a theory of legal change: the theory, roughly stated, that the growth of law is principally to be explained by the transplantation of legal rules” (Ewald, 1995)

que el problema radica en la inmutabilidad del legislador, en la cual el proceso de hibridación no se lleva a cabo, se realiza de forma incompleta o se realiza mal. Esta es la verdadera razón del problema ya que si la norma que se pretende importar no se integra correctamente, genera disfunciones con el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto William Ewald expone:

Es fácil ver por qué la teoría de Watson tiene implicaciones radicales. Si las reglas legales pueden ser fácilmente transportadas de sociedad a sociedad; si las mismas reglas de contrato pueden operar en los mundos de Julio César y los Papas medievales, de Luis XIV, de Bismarck y del estado de bienestar del siglo XX; si la ley cambia, no en respuesta a presiones externas, sino a los requisitos internos del sistema legal en sí, la idea de una Gran Teoría del Derecho Externa - la idea de ley reducida a sociología o economía o política de clase - debe ser una fatamorgana, una quimera de académicos que están embelesados por las afirmaciones de la alta teoría, pero que no han estudiado adecuadamente la forma en que el derecho, como una cuestión de hecho histórico, realmente se desarrolla.⁸

Es por esto que no se entiende como la Corte Constitucional declara exequible la norma objeto de este escrito y que la misma organización haga mención a la interpretación evolutiva de la Constitución, es decir que se debe interpretar la Constitución ajustada a las condiciones variantes de la sociedad y la realidad, así se menciona en la sentencia C-577 de 2011:

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya ha sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está

⁸ La traducción que se presenta es propia y corresponde al siguiente tenor literal: *It is easy to see why Watson's theory has radical implications. If legal rules can be readily transported from society to society; if the very same rules of contract can operate in the worlds of Julius Caesar and the medieval Popes, of Louis XIV, of Bismarck, and of the twentieth-century welfare state; if law changes, not in response to external pressures, but to the internal requirements of the legal system itself, then the idea of a Grand External Theory of Law - the idea of law reduced to sociology or economics or class politics - must be a fata morgana, a pipe-dream of scholars who are entranced by the claims of high theory, but who have not adequately studied the way in which law, as a matter of historical fact, actually develops.* (Ewald, 1995 pp 490-491)

prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente, que “puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la constitución, -que es expresión precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de inconstitucionalidad de una determinada norma”, sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, “ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar valores y principio constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance de una institución jurídica”.
(Sentencia C-577/2011)

Así, pues, resulta relativamente fácil demostrar el trasplante jurídico del cual surge el Código Civil Colombiano, e incluso las hibridaciones y bastardizaciones que ha sufrido, en especial el artículo 1047, pero no es entendible por qué razón se detuvo el desarrollo de dicha normativa hace más de tres décadas y media, lo cual resulta en una discordancia de la misma con el resto del ordenamiento jurídico, y en especial con el bloque de constitucionalidad y con las obligaciones contraídas por Colombia por medio de los tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos; así mismo resulta inconcebible que la Corte Constitucional no haya declarado la inconstitucionalidad del mencionado artículo, sino que haya optado por declararlo exequible aduciendo, entre otros argumentos, el de la libertad de configuración del legislador, mismo legislador que no acabó de acoplar la normativa trasplantada al modelo de estado que cambió después de 1991. Entonces no se puede alegar la libertad de configuración cuando una norma no fue realizada pensando en el modelo de estado, o en el catálogo de derechos vigente o incluso en el funcionamiento e integración de la misma al ordenamiento jurídico actual.

3. Libertad de configuración vs compromisos legales, constitucionales e internacionales

El principio de libertad de configuración legislativa, que podría ser enarbolado como argumento en contra de declarar la exequibilidad del artículo 1047 del Código Civil Colombiano, es básicamente el principio que fundamenta dentro de una democracia, el poder legislativo del representado en el caso colombiano por el Congreso de la República, cuya función como lo menciona al artículo 114 de la Constitución Política de Colombia de 1991, es crear las leyes y esta facultad se fundamenta en que el Congreso es el constituyente secundario, siendo el constituyente primario el pueblo, y el Congreso por ser la representación del pueblo, se establece como el llamado a crear las normas jurídicas dentro de un Estado. Esto es la base de la democracia, es decir el gobierno del pueblo.

Sin embargo, el principio de libertad de configuración legislativa no es absoluto pues está limitado en primera medida por el pueblo, fin último de la democracia, en segundo lugar está por la constitución y en tercer lugar está limitado por el legislador mismo, ya que es inviable que se puedan crear normas contradictorias. Frente a esto la Corte Constitucional lo define como:

En oportunidades anteriores la Corte ha examinado la razón de ser de la libertad de configuración política del Congreso y de los límites de la misma. Al respecto, ha indicado que en principio la sujeción y subordinación de la ley a la Constitución debe permitir cierto margen de acción en la labor de desarrollo de las normas superiores, de manera tal que las diversas alternativas se adopten dentro del marco del principio democrático y pluralista que orienta nuestro sistema constitucional. Las distintas corrientes de pensamiento y opinión representadas en el órgano legislativo, deben participar en el desarrollo e implementación de la Constitución, optando por las diferentes posibilidades dentro del principio de las mayorías. Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del

grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional. (Sentencia C-404 de 2001)

Entonces dicha libertad está supeditada a las decisiones del mismo Congreso, *verbi gratia* si se crea una ley que dice que el derecho a la vida es inviolable, como es el caso de la Constitución Política de 1991, no es factible la creación de un nuevo Código Penal que contenga la pena de muerte como una de las sanciones por una conducta delictiva. En todo caso, esta segunda ley tendrá que supeditarse a la primera; este es precisamente el caso con el artículo 1047 del Código Civil Colombiano, que si bien establece una diferenciación entre los hermanos, “creada” por el legislador dentro de su libertad de configuración, también es cierto que ese mismo legislador ha creado otras normas de mayor jerarquía, como por ejemplo la Ley 16 de 1972 donde se ratificó el pacto de San José de Costa Rica, es decir la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo segundo menciona:

Artículo 2o. Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana, 1969, ratificada por Colombia Ley 16 de 1972)

Esto significa que mediante la Ley 16 de 1972, el mismo Congreso colombiano establece, dentro del principio de libertad de configuración legislativa, la obligación de modificar y adaptar la legislación que ya había creado y la legislación futura a esta Convención. Además, no sólo adquiere la obligación consigo mismo, sino también en el contexto internacional. Incluso el principio de autorresponsabilidad internacional faculta a otros Estados para exigir el cumplimiento de los pactos internacionales suscritos, tal y como lo mencionan Iván y Víctor Velásquez cuando anotan en su texto:

La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea al origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma; el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio de la obligatoriedad general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 85) es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. (Velásquez & Velásquez, 2017)

Además, al ratificarse un tratado internacional también se le impone a la rama judicial en cabeza de los jueces a realizar control de convencionalidad sobre las leyes internas que no estén de acuerdo con la convención, en lo que podría considerarse como una complementación del principio de legalidad adicionado a estas normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos ha mencionado:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Caso Almoacid Arrellano y otros contra Chile. 2006. Consideración 124)

Así las cosas, al mantener dentro del ordenamiento jurídico el artículo 1047 del Código Civil, tal y como está redactado hoy en día, Colombia no sólo está manteniendo una norma inconstitucional que afecta a un grupo limitado de personas y que genera una obvia desarmonización del ordenamiento, sino que, además, al mantener el mencionado artículo, también se está faltando internacionalmente a uno de los compromisos adquiridos con la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros tratados internacionales, que establecen no sólo el principio de no discriminación o trato desigual injustificado, sino también el compromiso de adecuar el ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes para armonizarlos con los preceptos de la Convención. Pero también, si se revisa la Constitución se está en una flagrante violación no sólo del artículo 13, sino también del principio de la dignidad humana que implica, dentro de una de sus 3 acepciones, el vivir sin humillaciones, ya que la discriminación injustificada de los hermanos de simple conjunción que los obliga a recibir la mitad de la herencia respecto de los hermanos carnales, supone un trato injustificado de la ley, que puede con



facilidad catalogarse como una humillación legislativa en razón del origen familiar.

CAPÍTULO III ARMONIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En este capítulo se realiza una propuesta de valor a partir del planteamiento de **Fórmulas de Armonización** del sistema jurídico en cuanto al tercer orden hereditario en Colombia. Se hace alusión a “fórmulas” en plural ya que en el transcurso de esta investigación se ha dejado en evidencia que una sola propuesta no sería suficiente teniendo en cuenta las condiciones actuales del Estado Colombiano.

Las fórmulas de armonización tienen como intención corregir el problema que genera una norma jurídica disfuncional dentro de un sistema normativo, por lo que es necesario realizar unos ajustes, como lo menciona Julio Mario Bonilla:

La noción de la armonización del derecho es un concepto que podríamos considerar pacífico en la doctrina, en la que, si bien no existe una completa uniformidad en la definición, tampoco existe una airada discusión en cuanto a su contenido.

Distintos autores han creado definiciones de la armonización del derecho, que si bien pueden variar de un autor a otro, nunca llegan a tener diferencias significativas. Así, Lerner la define como "un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares". Bogdan la define como "hacer compatibles las disposiciones de dos o más sistemas". Goldring, como "un proceso por medio del cual los efectos de una transacción, bajo un determinado ordenamiento, son llevados lo más cerca posible a los que se generarían por la misma transacción, bajo otro conjunto de disposiciones". Keily hace referencia a "acercar las disposiciones y hacerlas similares". Gopalan la establece como "la producción de resultados armónicos mediante la extracción de las mejores soluciones, en un área determinada, de los distintos ordenamientos"; y, por último, Rodríguez afirma que "por la armonización normativa nos referimos a los procedimientos que suponen una modificación de la legislación de varios

Estados sin alcanzar una completa unificación, pero con el propósito de crear un afinidad esencial entre varias legislaciones, ya sea de tipo sustantivo o de tipo adjetivo o procesal". (Bonilla, 2013)

En ese sentido, esta investigación se encamina a proponer fórmulas de armonización como lo expone Bogdan, de modo que mediante la corrección del artículo 1047 del Código Civil se genere la compatibilidad entre el sistema jurídico colombiano y la regulación de una situación personal como es una sucesión de tercer grado, y para esto se proponen tres posibles acciones: una *lege ferenda* que implica un reforma directa al artículo 1047, una acción de inconstitucionalidad para determinar que el último inciso del mencionado artículo genera un estado de cosas inconstitucional o una excepción de inconstitucionalidad que le permita a los operadores judiciales y a los abogados litigantes hacer caso omiso del último inciso por estar derogado implícitamente.

1. Lege Ferenda.

Es la primera opción que se antoja, a priori, más sencilla, para una propuesta de reforma legislativa que equipare los derechos de los hermanos en el tercer orden hereditario, para armonizar el sistema jurídico y dar cumplimiento a las obligaciones surgidas de la Constitución Política de 1991 y las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al momento de ratificar la Convención Americana, que hace parte del bloque de constitucionalidad, Convención que en su artículo 1, impone a los Estados firmantes la obligación de acoplar su legislación interna a las normas del tratado y en su artículo segundo proscribire cualquier forma de discriminación, incluida la surgida del origen familiar o estirpe, razones por las cuales la fórmula de armonización del sistema constaría simplemente del siguiente planteamiento:

Propuesta de reforma al artículo 1047 del Código Civil Colombiano. El nuevo texto debería ser:

ARTICULO 1047. TERCER ORDEN HEREDITARIO – HERMANOS Y CÓNYUGE O COMPAÑERO PERMANENTE.

Si el difunto no deja descendencia natural o adoptiva, ni ascendencia natural o adoptiva le sucederán sus hermanos y/o su cónyuge o compañero permanente.

En dicho caso la herencia se repartirá: la mitad para el cónyuge o compañero permanente supérstite y la otra mitad para los hermanos del causante en partes iguales.

A falta de cónyuge o compañero permanente la herencia la recibirán los hermanos en partes iguales y a falta de éstos el cónyuge o compañero permanente recibirán la herencia en su totalidad.

Es de anotar que en esta *lege ferenda* se ha cambiado la redacción, no sólo en lo concerniente a los hermanos, sino también frente al cónyuge, en primera medida introduciendo la expresión “o compañero permanente” para dar aplicación a la sentencia C-238 de 2012, y en segunda instancia introduciendo la expresión “y/o” para zanjar la discusión de que la redacción actual del Código, al contener la expresión “*le sucederán sus hermanos y su cónyuge..*”, se puede entender como un conector conjuntivo, no disyuntivo; lo que podría implicar que en el tercer orden hereditario tanto hermanos como cónyuges, deben recibir la herencia como concurrentes ya que, de no existir alguno de los sujetos, no podría establecerse el orden y se deberá pasar al cuarto orden; al cambiar, entonces, la redacción en este aspecto, no habrá lugar a interpretaciones que puedan llevar a error.

Sin embargo, esta propuesta de solución es, en la práctica, la más difícil de llevar cabo, debido a la falta de voluntad política y legislativa en asuntos de familia que se vive actualmente en Colombia, donde la última reforma en este tema se hizo en 1982. Además esta propuesta de cambio supone la presentación de un proyecto de ley, lo que implica, en primera medida, contar

con el apoyo de un congresista que presente el acto legislativo, situación que empezaría a minar la viabilidad de esta *lege ferenda*, si no logra despertar el interés de alguno de los integrantes del congreso, ya que la presentación del mismo mediante iniciativa popular, no sólo generaría un aumento en los gastos sino también una gran dificultad relacionada con la logística para la recolección de las firmas necesarias para tal fin.

Por otra parte, lograr la aprobación tanto en las comisiones como en las dos cámaras del Congreso, es difícil, si se observa la experiencia que se ha tenido en el campo del derecho de familia, donde se padece de una legislación prácticamente estática. Como ejemplo, se encuentra lo acontecido con el matrimonio de parejas del mismo sexo: aún cuando la Corte Constitucional le impuso al Congreso la obligación de legislar el tema, ésta se vió en la necesidad de legislarlo ella misma, por la inactividad luego de dos años de plazo. Así mismo, los avances en temas de familia han sido dados, en su mayoría, por sentencias de constitucionalidad de la Corte. Por esto, no resulta viable pensar que dicho proyecto de ley pueda tramitarse con facilidad.

2. Acción De Inconstitucionalidad

Esta fórmula de solución y armonización implica la presentación de una acción pública de inconstitucionalidad, cuya finalidad es demandar ante la jurisdicción constitucional la regulación jurídica del tercer orden hereditario frente al trato discriminatorio que se da a los hermanos de doble conjunción frente a los de simple, y tendría como finalidad que la Corte Constitucional declare la inexecutable del artículo 1047 del Código Civil Colombiano o que se declare la inconstitucionalidad del último inciso del mencionado artículo, el cual expresa: “...*Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos.*” (1857), en palabras de Vidal Perdomo es instaurar un proceso constitucional en contra de la mencionada regulación, así:

La acción pública de inconstitucionalidad permite entablar un verdadero proceso en contra de la ley, a título de que ella quebranta la constitución.

La decisión adversa a la ley sí la afecta, y ella no puede aplicarse en el futuro, es el efecto de inexequibilidad, según la expresión del derecho colombiano, la generalidad de la inaplicación se pone bajo la fórmula erga omnes, para todos. (Vidal, 1993, p.93)

Sin embargo, esta fórmula de armonización supone los desafíos teóricos más importantes ya que se debe intentar atravesar la barrera de la cosa juzgada constitucional, esto debido a que el artículo 1047 del Código Civil ha sido demandado en varias oportunidades tal como se muestra en el siguiente gráfico:

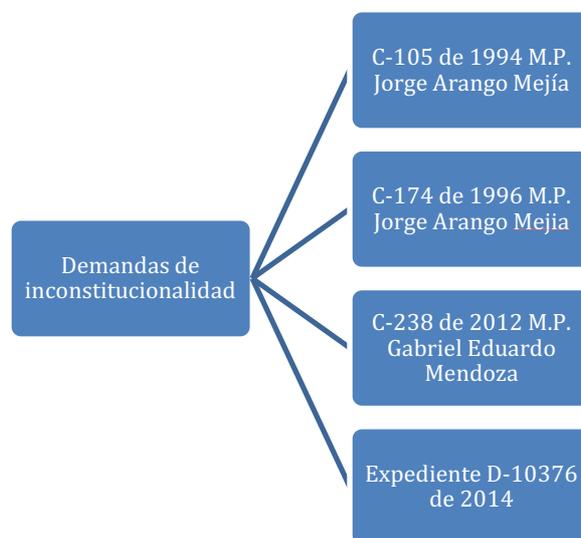


Figura 2. Sentencias de constitucionalidad contra el artículo 1047

La Sentencia C-105 de 1994 fue la primera demanda que se intentó en contra de la regulación del tercer orden hereditario, sin embargo en esta oportunidad se demandó la inconstitucionalidad de la expresión “legítimos” contenida de los artículos 61, 222, 244, 249, 260, 411, 457, 465, 537, 550, 596, 1016, 1025, **1047**, 1226, 1242, 1236, 1253, 1259, 1261 y 1266 del Código Civil, y además se demandó el ultimo inciso del artículo 1047 frente a la existencia de una violación al principio de la igualdad entre los hermanos, generada por la discriminación en razón del origen familiar. La Corte Constitucional sorprendentemente, en una justificación que no podría considerarse sino cantinflesca adujo la exequibilidad del articulo así:

Esta es una norma que se ajusta a la lógica y a la justicia. Basta este razonamiento: el extraño, el que no es hermano, nada hereda; el hermano paterno o materno, comúnmente llamado hermano medio, hereda la mitad de la herencia del hermano carnal; y éste hereda toda la herencia, porque no es hermano medio, sino hermano completo. Hay que tener presente que se trata de la herencia entre hermanos, es decir, cuando alguien hereda a quien es su hermano. (C-105 de 1994)

El anterior argumento fácilmente podría catalogarse como beocio, debido a que se solicita la revisión constitucional de una ley porque ésta vulnera el principio de la igualdad y la Corte en vez de poner en pugna la regla acusada versus la disposición constitucional, menciona que la regla se acoge a la lógica y a la justicia y además lo sustenta en un silogismo. Pero llama aún más la atención que en la misma sentencia C-105 de 1994, la Corte contradice el anterior argumento aduciendo en otro apartado de la sentencia:

Así como antes la desigualdad y la discriminación se transmitían de generación en generación, ahora la igualdad pasa de una generación a la siguiente. Basta pensar en los sentimientos de los hombres, para entender por qué la discriminación ejercida contra el hijo afecta a su padre, como si se ejerciera contra él mismo. (...) Es evidente que la igualdad pugna con toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado. (sentencia C-105 de 1994)

La Sentencia C-174 de 1996 constituyó la segunda oportunidad en la cual se demandó el artículo 1047, el cual se “empaquetó” de manera similar a lo que se había hecho en la 105 del 94, pero en esta ocasión se demandó la expresión “cónyuge” , toda vez que la misma constituía una discriminación al no incluir al compañero permanente, y la Corte rechazó la demanda frente al artículo 1047 por existir cosa juzgada; y además en la parte resolutive declaró la exequibilidad del artículo 1047.

La Sentencia C-238 de 2012 fue un reflejo de la sentencia C-174 de 1996, debido a que en ella se intentó la inconstitucionalidad surgida de la expresión “cónyuge” contenida en la regulación jurídica de los órdenes hereditarios: primero (art. 1040), segundo (art. 1046) y tercero (art. 147). Sin embargo, nada se mencionó al respecto de la discriminación en razón del origen familiar que se produce entre los hermanos en el tercer orden hereditario.

El expediente D-10376 de 2014, corresponde a la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Paula Loreno Quintero, Julieth Stefany Zea y Alexander Fabara. en la cual se demandó directamente el último inciso del artículo 1047 del Código Civil aduciendo que existía una vulneración a la igualdad y *“que la norma acusada genera una discriminación entre hermanos carnales lo cual no sólo representa una violación al artículo 13 Superior sino también al 42 numeral 5º porque altera la integridad y armonía familiar como núcleo de nuestra sociedad”*.

No obstante, inconcebiblemente la Corte Constitucional profirió auto de rechazo por existir cosa juzgada frente al asunto, argumento totalmente errado, ya que la misma Corte ha definido la cosa juzgada de la siguiente forma:

Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere: Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el

cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa. Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. (sentencia C-774 de 2001)

Teniendo en cuenta estos parámetros y aún haciendo una revisión escueta de las acciones de inconstitucionalidad en contra del artículo 1047; es claro que en estas, aunque se demandó el tercer orden hereditario sólo se hizo aduciendo que el último inciso contenía un trato discriminatorio entre los hermanos en la sentencia C-105 de 1994 y en esta providencia la corte no resolvió correctamente ya que ni siquiera analizó el cargo, ni propuso el conflicto entre la norma y la Constitución. Simplemente declaró la norma exequible con un argumento que fácilmente violaría el principio de congruencia. Es por esto, que la decisión de rechazar por cosa juzgada constitucional no encaja con la acción intentada por Paula, Julieth y Alexander en el 2014, ya que la misma Corte Constitucional cuando define la cosa juzgada constitucional menciona que ésta sólo opera en la medida que se esté demandando la exequibilidad de la misma disposición o fragmento y que se esté utilizando los mismos argumentos:

En el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada. (sentencia C-774 de 2001)

Teniendo en cuenta lo dispuesto anteriormente, no se entiende cómo la Corte optó por rechazar la demanda cuando es fácil constatar que en la sentencia C-

105 de 1994 se cometió un yerro al declarar la inconstitucionalidad, debido a que en ningún momento se analizó la regulación acusada a la luz de la Constitución, sino que simplemente se adujo que era constitucional en razón de la justicia y la lógica; argumentos que resultan inválidos para la acción instaurada pues lo que se pretende es remover una norma del ordenamiento jurídico que está contrariando la norma superior.

En este orden de ideas, pareciera que la decisión de rechazar la demanda por cosa juzgada, no sólo fue apresurada sino incluso negligente, porque si para los magistrados era “evidente” una cosa juzgada en sentido lato debido a que la disposición ya había sido demandada, aun así la Corte podría haber revisado la norma acusada teniendo en cuenta los cargos aducidos y las razones de derecho para solicitar la revisión constitucional, por lo que se estaría en presencia de una cosa juzgada relativa, debido a que las demandas anteriores si bien versaban sobre la misma disposición normativa, no utilizaban los mismos fundamentos de derecho y por lo tanto era viable la revisión constitucional- Es así como, el argumento de cosa juzgada relativa constitucional lo define la misma Corte como:

La diferencia entre cosa juzgada absoluta y relativa se establece teniendo en cuenta el cargo de inconstitucionalidad y, en particular, la amplitud del pronunciamiento previo de la Corte. Será cosa juzgada absoluta, cuando la primera decisión agotó cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Será cosa juzgada relativa si la Corte en una decisión anterior juzgó la validez constitucional solo desde la perspectiva de algunos de los cargos posibles. En el primer caso, por regla general, no será posible emprender un nuevo examen constitucional. En el segundo, por el contrario, será posible examinar la norma acusada desde la perspectiva de las nuevas acusaciones. (sentencia C-007 de 2016)

Teniendo esto en cuenta, esta propuesta de armonización que consiste en instaurar una nueva acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 1047 inciso final del Código Civil Colombiano, supone una dificultad

innata; ya que la idea debe cargar con el lastre que supone tener que demostrar el yerro de la Corte Constitucional en el año 2014 al rechazar la demanda de inconstitucionalidad, pero además deben adicionarse más argumentos que la “simple” vulneración de la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, argumentos de tal envergadura que saquen a la Corte del error de creer que dicha disposición fue construida desde la libertad de configuración legislativa y más importante aún que el trato desigual recibido por los hermanos no está justificado y por lo tanto supone una violación flagrante a la Constitución y al bloque de constitucionalidad. Algunos de estos argumentos podrían ser:

Argumentos para instaurar una nueva acción de inconstitucionalidad:

- I. El argumento base de la acción pública de inconstitucionalidad que se propone como fórmula de armonización, tal como se hizo en el 2014, consiste en que si se mantiene la regulación actual del tercer orden hereditario del artículo 1047 del Código Civil inciso final, se presenta una vulneración al principio de igualdad ante la ley, principio que está descrito en el artículo 13 primer inciso de la Constitución, así:

***ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

Es así como la consignación en el Código Civil de que los hermanos medios deben recibir la mitad de la porción hereditaria frente a los hermanos de doble conjunción; vulnera la disposición constitucional antes mencionada porque la desigualdad en el trato no está justificada y proviene como se demostró en el primer y segundo capítulo, de trasplantes jurídicos de normas extranjeras como el Código Civil de Napoleón de 1804, y de igual forma debe tenerse en cuenta que para el ordenamiento francés del siglo XIX, este trato sí se encuentra justificado ya que proviene de un sistema que regula las sucesiones por troncos familiares (tronco paterno y tronco materno); por lo que indicar que los

hermanos recibirán herencia sólo del tronco al que pertenecen y que si pertenecen a ambos recibirán de los dos troncos es una justificación suficiente para indicar que dicho trato no es discriminatorio, sino un trato desigual justificado, pero cuando se trasplanta la normativa a un sistema jurídico diferente que no consagra tal división troncal, no sólo desarmoniza el sistema sino que además se vulneran derechos de las personas perjudicadas.

Así mismo, a lo largo de la sentencia C-105 de 1994 se puede leer en las intervenciones del ICBF, del Ministerio Público y de un ciudadano; que el trato desigual entre los hermanos está justificado porque la norma fue creada por el legislador pensando en los lazos afectivos, los cuales son “obviamente” más fuertes entre hermanos de doble conjunción que entre hermanos de simple. No obstante, este argumento que se basa en las relaciones afectivas entre hermanos está equivocado por varias razones:

En primer lugar, suponer que en las relaciones entre hermanos carnales hay un mayor afecto que entre las relaciones entre hermanos medios, no sólo es una generalización que no es posible realizar en el marco de una regulación jurídica, sino que no se sustenta en ninguna prueba y como lo mencionaba Walter Gerard “la existencia de un hecho se basa en la prueba”, de modo que no se puede aseverar que sea cierto ya que esto requeriría estudios y pruebas al respecto.

En segundo lugar, tampoco es viable pensar que el argumento para mantener la discriminación del artículo 1047 son las relaciones afectivas debido a que si esa fuese la razón que utilizó el legislador cuando creó la norma, no se explica entonces cómo en el cuarto orden hereditario los sobrinos del causante heredan por partes iguales sin importar que estos sean hijos de hermanos medios o hermanos carnales, y además tampoco armonizaría tal disposición cuando se tiene en cuenta dentro de los hermanos a los adoptivos, los cuales se consideran como hermanos de doble conjunción aún cuando sólo hayan sido adoptados por un padre.

En tercer lugar, se ha demostrado a lo largo de este escrito mediante un estudio histórico del derecho, que el legislador colombiano poco o nada tuvo que ver con la creación de la regulación del tercer orden hereditario, que tal “honor” debería recaer sobre el Congreso Chileno y sobre Andrés Bello, y es debido precisamente a ese estudio histórico, que se puede decir sin lugar a equivocarse que en ningún momento se consideraron las relaciones afectivas entre los hermanos para la regulación del tercer orden hereditario, sino que ésta surge como una “bastardización” de la regulación de las herencias colaterales francesas en la cuales tampoco se consideró el afecto, sino que la herencia se divide en dos, una mitad para el tronco paterno y la otra mitad del tronco materno. De este modo, los hermanos de doble conjunción recibían doble porción porque pertenecían a las dos líneas (materna y paterna) y los hermanos medios recibían la mitad porque sólo recibían de una línea. Este sistema “troncal” podría explicar tal trato desigual, pero cuando la norma se trasplantó a latino América, no se incluyó en la regulación de las sucesiones la división de la masa herencial por troncos familiares y el problema de armonización surge a partir de ese acople entre dos sistemas discordantes.

Por último y en cuarto lugar, aún cuando la norma estuviera basada en las relaciones afectivas entre los hermanos para justificar la discriminación, eso no exime del análisis constitucional y no por esa concepción se puede justificar que una norma irrumpa con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y el bloque de constitucionalidad como el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos humanos.

- II. El segundo argumento para instaurar una nueva acción pública de inconstitucionalidad tiene que ver con la vulneración del bloque de constitucionalidad, específicamente con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el cual la Corte ha reconocido como parte integrante del bloque:

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, la Corte ha precisado que: "... sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica....". (Sentencia C-774 de 2001)

Se vulnera el pacto de San José de Costa Rica, ya que el artículo 1, en igual forma que el artículo 13 de la Constitución, proscribela discriminación por cualquier causa:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Este argumento no sólo está basado en la vulneración a la igualdad al consagrar en el artículo 1047 inciso final, el cual es una norma que discrimina a las personas en razón de su origen familiar dependiendo de si son hermanos de doble conjunción o hermanos medios, sino que también encuentra fundamento en que al mantener la regulación actual, el Estado Colombiano se encuentra en un déficit legislativo frente a los demás Estados Miembros; ya que el principio de autorresponsabilidad internacional le permite a los Estados Partes en un tratado internacional,

exigir el cumplimiento de lo pactado a un miembro incumplido y en la mencionada convención en el artículo 2 los Estados se comprometen a cambiar su legislación interna para garantizar los derechos contenidos en la convención así:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

- III. Un tercer argumento está encaminado a demostrar que el artículo 1047 adolece de una inconstitucionalidad sobreviniente. Esta figura está definida por la Corte Constitucional en la sentencia C-155 de 1996 de esta forma:

inexequibilidad sobreviniente, que se presenta cuando estando una norma vigente, aparece una nueva disposición de rango constitucional contraria a lo reglado en la primera. La Corte encuentra que la norma acusada devino en inconstitucional con la expedición de la nueva Carta Política. Este dato impone a esta Corporación la determinación de varios puntos: en primer lugar, si el pronunciamiento de la Corte se hace necesario, o si como lo afirma uno de los intervinientes la norma debe considerarse derogada, por lo cual, por sustracción de materia, no tiene sentido el fallo sobre su inexequibilidad. Y eventualmente, sería necesario considerar los posibles efectos jurídicos que con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución pueda haber producido o estar produciendo la norma acusada. (Sentencia C-155 de 1999)

En este sentido, la norma acusada adolece de una inconstitucionalidad sobreviniente a partir de dos momentos históricos para el ordenamiento jurídico colombiano: por un lado el del 5 febrero de 1972 fecha en la que se promulgó la ley que ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, y a partir de este momento; al Colombia ratificar el tratado se compromete a proscribir cualquier discriminación o trato desigual injustificado por el origen familiar entre otras razones. Como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo, el trato desigual del artículo 1047 no encuentra justificación ni sustento jurídico, político, social e incluso histórico ya que se realizó por un trasplante jurídico y no surgió como lo menciona la Corte Constitucional como resultado de la aplicación de leyes de la lógica o la justicia y menos por las relaciones afectivas entre hermanos, pues de ser así no se entendería cómo para el cuarto orden hereditario donde al no existir hermanos vivos del causante la herencia se reparte en partes iguales entre los sobrinos, es decir entre los hermanos del causante, sin importar que estos hayan sido hijos de hermanos medios o carnales.

En segundo lugar se produce una inconstitucionalidad sobreviniente desde 1991, año en el cual se promulgó la Constitución Política de Colombia, con la incorporación de la Carta Política y su conjunto de derechos como el contenido en el artículo 13 donde no tienen cabida disposiciones como la del último inciso del artículo 1047 y extrañamente la Corte Constitucional en temas como la equiparación de derechos entre compañeros permanentes y cónyuges, el matrimonio igualitario, la adopción por parejas del mismo sexo e incluso el reconocimiento de derechos a los hijos de crianza ha cambiado el ordenamiento jurídico aduciendo que las normas que regulan estos temas son contrarias a las disposiciones constitucionales y a los fines del estado social de derecho. Un ejemplo de esto se ve en el argumento que utiliza la Corte en la sentencia T-292 de 2016:

Resulta contrario a los fines estatales brindar un trato discriminatorio a las familias en razón a su forma de composición cuando, precisamente, por medio de su conformación, se busque cumplir el deber de protección y asistencia a los menores de edad. De esta manera, la protección y el respeto debido sobre la familia por parte del Estado se fundamenta en que “su desconocimiento significa, de modo simultáneo, amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez. (subrayas por fuera de texto). (sentencia T-292 de 2016)

- IV. El cuarto argumento para instaurar una nueva acción de inconstitucionalidad tiene que ver con el principio de progresividad y prohibición de regresividad, el cual implica que una vez alcanzado un cierto grado de protección de derechos resulta inconstitucional una disposición que restrinja o reduzca los derechos en el mismo sentido que antes se había progresado, la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2011 lo define como:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso

regresivo en el desarrollo de un derecho social (Sentencia C-228 de 2011)

En este caso, la protección se alcanza con la Ley 29 de 1982 la cual se denomina ley de igualdad sucesoral donde se manifiesta que los hijos sin importar su origen (extramatrimoniales, matrimoniales o adoptivos) tienen iguales derechos ya que de lo contrario se estaría en presencia de una discriminación en razón del origen familiar, sin embargo cuando uno de esos mismos hijos muere y no dejan descendencia ni ascendencia, sí se discrimina para repartir la herencia entre ellos; y más aún cuando se tiene también en el espectro el cuarto orden hereditario en el cual el causante muere y no le sobreviven ni hijos, ni padres ni hermanos; por lo que la herencia entonces se dividirá entre los sobrinos, es decir los hijos de sus hermanos por cabezas, sin importar si éstos son hijos de hermanos de doble conjunción o de simple. De esta forma, el artículo 1047 resulta lesivo frente al principio de progresividad toda vez que no es posible que el Congreso iguale los derechos en un orden hereditario para luego discriminar por el origen familiar y posteriormente volver a igualar.

También resulta inconstitucional el último inciso del artículo 1047 del Código Civil si se le aplica el test de proporcionalidad en materia de regresividad. Este test está descrito por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2011 de esta forma:

El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con

otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste.
(Sentencia C-228 de 2011)

Entonces si se aplica el test de proporcionalidad da como resultado lo siguiente: en primer lugar, en el juicio de igualdad hay un claro desbalance debido a que la disposición acusada no tiene un fin constitucional o una justificación para el trato diferenciado más allá de que es el resultado de un trasplante jurídico y una hibridación entre un sistema sucesoral troncal como el francés y un sistema por grados. En segundo lugar, en el presupuesto de necesidad es claro que la regulación actual del tercer orden hereditario no es ni por asomo la menos regresiva, lo cual se evidencia fácilmente al observar el primer y el cuarto orden hereditario donde sujetos similares reciben un trato igualitario, en un lado los hijos que reciben la herencia en partes iguales y por el otro, los sobrinos que también reciben en igualdad de condiciones sin importar si sus padres fueron hermanos dobles o simples. Y por último, al verificar la proporcionalidad se obtiene que la medida de distribuir la masa herencial según el origen familiar de las personas resulta lesivo del principio de igualdad e incluso vulnera la dignidad humana, entendida en cuanto al postulado de que las personas deben vivir sin humillaciones; un postulado como el del último inciso del artículo 1047 supone una humillación por parte de la legislación que obliga a que una persona reciba la mitad de la porción que otro, simplemente porque sus padres no son los mismos, esto sin tener en cuenta ningún otro argumento, ya que si bien en la sentencia C-105 de 1994 se habla de que dicho trato desigual está justificado en las relaciones afectivas, el mismo argumento también puede aplicarse en el caso de que dos personas a pesar de ser hermanos medios tengan una

relación afectiva muy estrecha incluso por encima de la que mantengan con otros hermanos carnales y aun así la ley lo discrimina y obliga a que reciba la mitad de la herencia sólo por su origen familiar.

Teniendo en cuenta los cuatro argumentos que se expusieron anteriormente, podría ser posible instaurar una nueva acción pública de inconstitucionalidad con miras a que la Corte Constitucional reconozca el error de haber declarado exequible el último inciso del artículo 1047 en la sentencia de 1994 y en la misma forma que reconozca que se equivocó en el 2014 al haber rechazado por cosa juzgada; sin embargo debe considerarse que ninguno de los argumentos expuestos pueden garantizar la efectividad de la acción, pero debido a que el recurso de la declaratoria de inconstitucionalidad es lesiva por medio de la cual se han logrado los avances en materia de derecho de familia; no resulta descabellado pensar que en igual sentido a como ocurrió con los compañeros permanentes y luego con las parejas del mismo sexo, se obtenga un cambio en la legislación y así la constancia logre vencer la tozudez.

3. Excepción de inconstitucionalidad.

La tercera opción de armonización implica exponer los argumentos para que los operadores jurídicos puedan aplicar válidamente una excepción de inconstitucionalidad cuando estén en presencia de una sucesión de tercer orden abintestato. La excepción de inconstitucionalidad la define la Corte Constitucional en sentencia SU-132 de 2013 como:

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de

una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Sentencia SU-132 de 2013).

Para el caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad se torna en un deber de los operadores jurídicos ocasionado por un defecto sustantivo por inaplicación de excepción de inconstitucionalidad, debido a que de emitirse el fallo aprobatorio de la partición en un proceso de sucesión de tercer orden abintestato, se da como resultado una violación directa a la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad y los fines del Estado, es decir; que de dar aplicación al último inciso del artículo 1047 resultaría en un fallo inconstitucional y por lo tanto los jueces deben abstenerse de aplicarlo mediante una excepción de inconstitucionalidad obligatoria, tal excepción por defecto sustantivo está definida en la misma sentencia de unificación SU-132 de 2013:

La razón por la cual se considera que el no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo es debido a que, el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma. (Sentencia SU-132 de 2013).

En igual sentido, otro argumento para la excepción de inconstitucionalidad es que la regulación del tercer orden hereditario contenida en el último inciso del artículo 1047 del Código Civil colombiano a día de hoy, se encuentra derogada tácitamente y por lo tanto no es posible su aplicación,

la derogación tácita se encuentra definida en la sentencia C-155 de 1999 de esta manera:

Las normas jurídicas preconstitucionales mantienen su vigencia bajo la nueva Constitución, salvo que resulten notoriamente contrarias a sus principios, circunstancia que implica que ellas desaparezcan del universo jurídico. Cabe preguntarse si este tipo de derogación es de los que la doctrina califica de "tácita o sobreentendida", a lo cual habrá de responderse que en efecto lo es. Por lo cual la norma manifiestamente contraria a la Constitución debe entenderse derogada, sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre su retiro del ordenamiento, ni sobre su inconstitucionalidad. La derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, es, además, un principio de interpretación legal avalado por la centenaria norma contenida en el artículo 9° de la Ley 153 de 1887. No obstante, la Corte resalta que la contradicción determinante de la derogatoria tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, debe ser una manifiesta incompatibilidad entre el contenido material o el espíritu de la nueva norma superior y la antigua norma de menor rango. (Sentencia C-155 de 1999)

El mencionado artículo del Código Civil encaja con lo dispuesto por la Corte, toda vez que la disposición data del siglo XIX y desde el momento en que se profiere la nueva Constitución Política en 1991 deviene en inconstitucional por atentar en contra del artículo 13 específicamente, pero es más; puede decirse que la norma se encuentra derogada tácitamente incluso antes de esto, desde 1972 fecha en la cual se aprobó la ley que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos que es parte integrante del bloque de constitucionalidad, por lo tanto los jueces pueden perfectamente repartir la herencia en el tercer orden hereditario sin miedo a prevaricar por acción debido a que desde hace varias décadas la norma está derogada tácitamente por inconstitucionalidad sobreviniente. Sin embargo, tal como se colige de la sentencia C-155 de 1999; si la incompatibilidad entre una disposición normativa y las normas superiores no

es tan manifiesta como para que su derogatoria se deduzca de la simple lectura de su texto frente a la Constitución, implica la necesidad de pronunciamiento frente a la no aplicación de la normativa. Esto es que el juez deberá en la parte motiva de la sentencia expresar que la partición de la sucesión debe hacerse conforme a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad y que por lo tanto la distribución de la masa herencial debe hacerse por partes iguales entre los hermanos, no dando aplicación al último inciso del artículo 1047.

Sin embargo, la excepción de inconstitucionalidad representa un problema para los jueces debido a que puede pensarse que la aplicación de ésta puede conllevar un prevaricato por acción, pero en igual sentido puede considerarse que antes la no aplicación de la excepción en este caso podría tomarse como un prevaricato por omisión, esto por lo que la Corte Constitucional expresó en la sentencia C-335 de 2008 cuando mencionó: *“la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con el delito de prevaricato. Así, en sentencia T-118 de 1995 consideró que una abierta contradicción de preceptos constitucionales por parte de un funcionario público daba lugar a una investigación penal por el delito de prevaricato”*. Es decir, que aplicar una norma sustancial que contraría claramente la Constitución también podría considerarse un prevaricato.

CONCLUSIONES

El tercer orden hereditario en Colombia no es una regulación creada por el poder legislativo colombiano ni pensada para el contexto social, político, religioso y económico del país, sino que es fruto de un trasplante jurídico que resultó del implante del Código Civil Chileno en el ordenamiento jurídico colombiano, y a su vez; el Código Civil Chileno es fruto de un trasplante jurídico del Código Civil francés de Napoleón, en donde este último si fue pensado para el contexto de Francia en los siglos XVIII y XIX. No obstante, el problema objeto de investigación no radica en que la norma haya surgido de un trasplante, pues el derecho se reproduce a través de la historia por medio de trasplantes,

El problema de la regulación del tercer orden hereditario surge del acople a un sistema jurídico diferente y a una sociedad distinta a la cual tuvo como destino inicial, ya que se trae del sistema francés donde las sucesiones se regulan en un sistema troncal; sistema que no se utiliza en América Latina y luego se adaptó, lo que en palabras de Diego López se denomina hibridación y bastardización del derecho, generando así una desarmonización del sistema jurídico.

Dicha desarmonización se produce por la existencia de normas de mayor jerarquía como la Constitución Política y los tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad que proscriben tratamientos desiguales sin justificación como el que se le da a los hermanos medios en Colombia en el tema de la sucesión ab intestato. No obstante, esta regulación se ha mantenido casi inmutable desde el siglo XIX hasta la actualidad, lo que genera que en las sucesiones de tercer orden que se tramitan hoy en día en Colombia se discrimina a los hermanos según su estirpe porque no se ha modificado una norma que a todas luces es inconstitucional.

Aunque la Corte Constitucional revisó el artículo 1047 del Código Civil Colombiano y declaró su exequibilidad, dicho fallo no está acorde ni a la Constitución ni al Bloque de Constitucionalidad, y no obedece a un ejercicio juicioso de interpretación jurídica y constitucional sino que por el contrario se analizó de manera negligente en la sentencia C-105 de 1994 el tercer orden hereditario. Esta apreciación es el resultado de analizar el argumento dado por la Corte para declarar la exequibilidad del artículo 1047 el cual fue:

Esta es una norma que se ajusta a la lógica y a la justicia. Basta este razonamiento: el extraño, el que no es hermano, nada hereda; el hermano paterno o materno, comúnmente llamado hermano medio, hereda la mitad de la herencia del hermano carnal; y éste hereda toda la herencia, porque no es hermano medio, sino hermano completo. Hay que tener presente que se trata de la herencia entre hermanos, es decir, cuando alguien hereda a quien es su hermano. (Sentencia C-105 de 1994)

Ese argumento denota que en el análisis hubo falta de técnica jurídica ya que la acción pública de inconstitucionalidad implica revisar una norma a la luz de la Constitución y determinar si sus preceptos contradicen en todo o en parte el catálogo de derechos y principios allí enmarcados y sin embargo en la sentencia, se utilizan argumentos como la lógica y la justicia y no se aplica el test de constitucionalidad u otros argumentos que puedan justificar la decisión, es por esto que se puede decir que la Corte Constitucional falló erradamente al no declarar que el tratamiento desigual que reciben los hermanos medios frente a los hermanos carnales en el artículo 1047 del Código Civil es discriminatorio y violatorio del principio a la igualdad.

Finalmente, se concluye que para solucionar la desarmonización del sistema que produce la regulación jurídica del tercer orden hereditario en las sucesiones *ab intestato*, es necesario hacer una modificación al ordenamiento jurídico, ya que no es posible mantener en un estado social de derecho como Colombia, una norma que discrimine a las personas en razón de su origen familiar, ni siquiera si esa discriminación surge de las relaciones afectivas entre los hermanos; ya que no puede el legislador con la excusa de la libertad de

configuración crear normas contrarias a la Constitución y al Bloque de Constitucionalidad, pues estas normas superiores le imponen un límite al Congreso de la República y no es posible que la mencionada regulación siga vigente. Con este fin entonces se proponen tres fórmulas para armonizar el sistema normativo colombiano: una propuesta de ley para cambiar el artículo 1047, una acción pública de inconstitucionalidad para que la Corte Constitucional enmiende su error y declare la inexecuibilidad del último inciso del artículo 1047, o una excepción de inconstitucionalidad para que tanto jueces como notarios no apliquen este último inciso por estar derogado tácitamente después de la expedición de la Constitución de 1991 y encontrarse dentro del fenómeno de la inexecuibilidad sobreviniente.

REFERENCIAS

- A, Alessandri, Somarriva, M. & Vodanovic, A., (1990). *Tratado de Derecho Civil Parte Preliminar y Parte General* 5° edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bello, A. (1932). *Andrés Bello Obras Completas Tomo Tercero Proyecto de Código Civil Primer Tomo*. Santiago, Chile: Editorial Nacimiento.
- Bello, A. (1932). *Andrés Bello Obras Completas Tomo Quinto Proyecto de Código Civil Tercer Tomo*. Santiago, Chile: Editorial Nacimiento.
- Bello, A. (1941). *Andrés Bello Obras Completas Tomo Treceavo Proyecto de Código Civil*. Santiago, Chile. Consultado en línea el 15 de mayo de 2017 de <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-10455.html>
- Bonilla, J. (2013). *La armonización del Derecho, concepto y críticas en cuanto a su implementación*. Colombia: Revist@ E-Mercatoria, vol. 12, n.º 2, julio-diciembre.
- Cairns, J. (2013). *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants* [Watson, Walton Y La Historia De Los Trasplantes Jurídicos], 41 Ga. J. Int'l & Comp. Georgia, Estados Unidos. Consultado en línea el 15 de Octubre de 2017 de <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=gjicl>
- Claro, L. (1940). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Tomo Décimo Tercero de la Sucesión por Causa de Muerte*. Santiago, Chile: Editorial Nacimiento.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 13 [Título II].
2da ed. Legis.

Congreso de Chile. (14 Diciembre 1855) Artículo 990 y ss [Título II].
Código Civil Chileno [Ley de 1855]

Congreso de Colombia. (26 de Mayo de 1887) Artículo 1047 y ss [Título II].
Código Civil Colombiano [Ley 57 de 1887].

Congreso de Colombia. (15 de Agosto de 1887) Artículo 87 [II. De Los Bienes].
Ley por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887 [Ley 153 de 1887]

Congreso de Colombia. (5 de Marzo de 1936) Artículo 6 [Título único].
Ley sobre reformas civiles (filiación natural) [Ley 45 de 1936].

Congreso de Colombia. (24 de Febrero de 1982) Artículo 21 [Título único].
Ley de Igualdad Sucesoral [Ley 29 de 1982].

Congreso de Colombia. (29 de Enero de 1985) Artículo 26 y 27 [Parte III, sección I].
Ley por la cual se aprueba la convención de Viena sobre el derecho de los tratados [Ley 32 de 1985].

Congreso de Colombia. (5 de Febrero de 1972) Artículo 1 y 2 [Parte I, capítulo I].
por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969" [Ley 16 de 1972].

Congreso de Francia. (5 Marzo 1803) Artículos 750 y ss [Título I]. Código Civil Francés [Código de Napoleón]

Convención Americana de Derechos Humanos. (22 Noviembre 1969)

Artículo 1 y ss [Título I].

Corte Constitucional. (10 de Marzo de 1994) Sentencia C-105/1994 [MP Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional. (29 de Abril de 1996) Sentencia C-174/1996 [MP Jorge Arango Mejía].

Corte Constitucional. (10 de Marzo de 1999) Sentencia C-155/1999 [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (19 de Abril de 2001) Sentencia C-404/2001 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (25 de Julio de 2001) Sentencia C-774/2001 [MP Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (16 de Abril de 2008) Sentencia C-335/2008 [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional. (30 de Marzo de 2011) Sentencia C-228/2011 [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (26 de Julio de 2011) Sentencia C-577/2011 [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (22 de Marzo de 2012) Sentencia C-238/2012 [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (13 de Marzo de 2013) Sentencia SU-132/2013 [MP Alexei Julio Estrada].

Corte Constitucional. (2 de Junio de 2016) Sentencia T-292/2016 [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (8 de Agosto de 2014) Auto D.10376-8 [MS Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (21 de Enero de 2016) Sentencia C-007/20166 [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de Septiembre de 2006) Sentencia Caso Almoacid Arellano y otros vs. Chile [P Sergio García Ramírez].

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Silogismo*. Consultado en línea el 30 de marzo de 2018 de <http://dle.rae.es/?id=XtsfEVn>

Escobar, J. F. (2011). Un Error De Primer Orden: La Interpretación Del Cuarto Orden Hereditario. *Criterio Jurídico*, 8(2).

Espinel, V. (1984). *Derecho Sucesoral*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Ewald, W. (1995). Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants [Jurisprudencia Comparativa (II): La Lógica De Los Trasplantes Jurídicos]. *The American Journal of Comparative Law*, 43(4), 489-510. doi:10.2307/840604

Hinestrosa, F. (2006). Revista de Derecho Privado. *El Código Civil De Bello En Colombia*, Número 10, Universidad externado de Colombia, recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537586001.pdf>

Islas Colín, A. (2009). Importancia del Derecho Romano en la época actual. *Amicus Curiae. Segunda Época*, 2(3).

Lafont, P. (1982). *Derecho De Sucesiones Tomo I*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería Del Profesional.

Lafont, P. (1982). *Igualdad Sucesoral, Ley 29 de 1982, Derechos Hereditarios De La Filiación Extramatrimonial*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería Del Profesional.

Montt, M. (1855). *Mensaje Del Ejecutivo Al Congreso Proponiendo La Aprobación Del Código Civil*. Consultado en línea el 21 de Septiembre de 2017 de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1080094>

Mosquera Valderrama, I. (2003). Legal Transplants And Comparative Law [Trasplantes Jurídicos Y Derecho Comparado]. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2), 361-276

Picard de Orsin, M. & Useche, J. (2006). Una nueva dimensión del Estado de Derecho: el Estado Social de Derecho Provincia, núm. Esp, pp. 189-218, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Consultado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55509810>

Proyecto Grado Cero AEJ (14 de febrero de 2014). *Teoría Impura del Derecho, una conversación con el Dr. Diego Eduardo López Medina*. [Archivo de Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=IKmYSG6-cr8&t=178s>

Ruiza, M., Fernández, T., Tamaro, E. & Durán, M. (2017). Andrés Bello. Consultado en línea el 15 de Octubre de 2017 de <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bello.htm>

- Tapia, J. (2005). *La Influencia Del Código De Napoleón En La Ordenación Sistemática Del Derecho Civil Mexicano*. Consultado en línea el 15 de Abril de 2018 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4592/7.pdf>
- Valencia, A. (1984). *Derecho Civil Tomo VI De Las Sucesiones*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Velásquez, I, & Velásquez, V. (2017). *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Extractos de Jurisprudencia Tomo II 1988/2015*. Medellín, Colombia: Editorial Librería Jurídica Sánchez R Ltda.
- Vélez, F. (1926). *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Lex.
- Vidal, R. (1993). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Watson, A. (2000). *Legal Transplants And European Private Law*. [Trasplantes Jurídicos y Derecho Civil Europeo] Consultado en línea 26 de Enero 2018 de <https://www.ejcl.org//44/art44-2.html>