

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

RAFAEL YESID SUS CABRERA

SEÑORES
HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Rafael Yesid Sus Cabrera, vecino de Bucaramanga, identificado con C.C. 88.221.304 de Cúcuta, Estudiante de Décimo Semestre de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en ejercicio del derecho de interponer acciones de inconstitucionalidad contra las leyes que contraríen el estatuto superior, consagrado en el Art. 40 num. 6 en concordancia con el Art. 241 num.4 de la Constitución Nacional, demando ante ustedes la norma contenida en el Art. 1042 del Código Civil, que reza:

“Los que suceden por representación heredan en todos casos por estirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por partes iguales la porción que hubiere cabido al padre o madre representado.

Los que no suceden por representación suceden por cabezas, esto es, toman entre todos y por iguales partes la porción a que la ley los llama, a menos que la misma ley establezca otra división diferente”.

Estimo como violadas las siguientes normas constitucionales:

1. El Preámbulo de la Constitución Nacional: *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano..., y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida....., la justicia, la igualdad.....”.*

2. El Art. 13 del mismo estatuto: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección....y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.....”*.

Las razones por las cuales creo que la norma impugnada es inconstitucional son las siguientes:

En primer lugar, considero importante recordar el sentido y alcance que la institución jurídica de la representación hereditaria tiene hoy día en nuestro país. Gracias a ella, tanto los descendientes del difunto como los de sus hermanos (del causante) pueden ocupar el lugar de aquellos que en la sucesión del de cujus, en caso de que falten. Y los descendientes del causante y los de sus hermanos faltan por cuatro motivos: 1) porque premueren al causante, es decir, fallecen antes de la apertura de su sucesión; 2) porque repudian la herencia; porque son declarados indignos mediante sentencia judicial; y, porque son desheredados.

Entonces, cuando una o varias de las cuatro circunstancias anteriores acaece opera la representación, la que permite que los descendientes del difunto y los de sus hermanos adquieran los derechos y obligaciones que a aquellos les hubiese podido corresponder en caso tal de que no hubieren faltado.

Cabe anotar que en la práctica suele con mayor frecuencia darse el caso de que sean los hijos los que representen a sus padres en la sucesión de su abuelo, o sea el padre o la madre de estos últimos, ó bien que, habiendo fallecido una persona sin dejar legitimarios al momento de la delación hereditaria, la ley llame a los hermanos del de cujus, los que por faltar, vienen a ser representados por sus descendientes, en caso de que los grados de parentesco intermedio se hallen vacantes. Lo primero por razones obvias, físicas, ya que es poco probable que una persona, el de cujus de quien venimos hablando, alcance a ver a sus bisnietos, mucho menos a sus tataranietos, como que, cuando estos nazcan (sean personas jurídicamente hablando) su bisa o tatarabuelo posiblemente ya habrá fallecido, correspondiéndole a los hijos o nietos del de cujus acudir a la sucesión de su padre o abuelo, ya por derecho propio ya por representación, caso este último en que los unos o los otros falten, por los motivos anteriormente esbozados. Y la misma razón se predica de la descendencia de los hermanos del causante, la que por su carácter de mortales como todos los humanos, hace poco plausible que sean los bisnietos y los descendientes de estos quienes sean llamados por ley a recibir herencia en la sucesión de aquel, siendo más frecuente que lo sean los hijos o nietos de los hermanos del finado.

En síntesis, la representación permite que una persona natural suceda al de-cuius al haber faltado aquella otra que, de “estar” al instante del deceso del difunto, hubiese sido llamada a continuarlo.

La esencia de la institución radica en la consideración romanística de que quien fallece, continua viviendo en la humanidad de sus hijos y demás descendientes, según el pensamiento ideado por los pretores en miras a poder esquivar la particular regla de todos los tiempos, de que para que una persona pueda suceder a otra, se requiere que la sobreviva, aunque fuera un instante siquiera. Fue entonces la necesidad de no dejar sin derechos herenciales a la estirpe de los hijos premuertos, frente a la presencia de otros hijos vivos de los causantes, lo que impulsó a los jurisconsultos romanos a crear la “ficción” que consiste en suponer que tal hijo premuerto (por ejemplo), seguía vivo en sus hijos, para que así estos últimos, en su representación y obrando como un conjunto (o estirpe), entraran a recoger la cuota o bienes herenciales de aquel que ya no podía hacerlo personalmente.

El radio de aplicación de la figura en comento es el de los órdenes primero y tercero de las sucesiones intestadas, sin que ello implique desconocer su operancia en tratándose de asignaciones forzosas del primer orden testamentario, señaladas por un testamento.

Ahora bien, para que la representación opere se requiere de los siguientes requisitos:

- Que falte la persona titular de los ordenes hereditarios primero y/o tercero.
- Que haya representante, es decir, que el representado tenga hijos o descendientes más próximos que lo sustituyan en la sucesión.
- Que los representantes reúnan los requisitos generales que les permitan suceder al de-cuius, tales como ser personas, dignos, entre otros. Y,
- Que en caso de no tratarse de hijos del representado, los grados de parentesco intermedios entre éste y quienes quieran o puedan ser representantes, estén vacantes o desiertos.

¿Porqué el art. 1042 en su inciso primero vulnera la Carta Política actual y porqué siempre la ha vulnerado?

Para responder este interrogante y fundamentar así la pretensión que elevo ante los Honorables Magistrados, creo necesario recordar cómo se aplica en la práctica el tan desigualitario inciso así como su injustificada consagración normativa.

Según la norma transcrita antes, en nuestro Derecho es característico del suceder por representación el que la herencia se divida por estirpes (primer inciso), así como es característico del suceder por derecho personal la división por cabezas, por partes viriles, provirili, como antaño se decía.

Para efectos de poner de presente la violación en que incurre el primer inciso del artículo demandado, me permito transcribir unos apartes del texto de sucesiones del profesor Hernando Carrizosa Pardo, quien ya desde 1941 hacía notar en su obra la inequidad a la que se puede llegar como consecuencia de la aplicación de esta norma.

Decía el distinguido maestro: "La razón o fundamento de la división por estirpes en la representación es la siguiente: pueden ser varios los representantes de un representado, y como todos aquellos han de ocupar el puesto de éste, claro que todos han de contarse como uno, en la sucesión a que concurren. **Entre nosotros, pronto lo demostraremos, se debe censurar la rígida generalidad de este imperativo, que conduce a resultados poco equitativos**, que también han sido blandidos por los civilistas franceses contra el precepto del Código de Napoleón, que es igual en esto al nuestro.

En efecto: se explica bien que en una sucesión que ha de partirse entre un hijo del causante y dos nietos que representan a su padre, se divida la herencia en dos, y corresponda una mitad al hijo, y la otra a los dos nietos. **Esto es justo porque los dos nietos ocupan ambos respecto del abuelo, un lugar equidistante al que ocupa su tío. Pero si suponemos que a determinada sucesión concurren tres nietos del causante, Primus, Secundus y Tertius, de los cuales dos: Primus y Secundus son hermanos entre sí, entonces veremos que éstos reciben, cada uno, la mitad de lo que recibe Tertius, resultado de la división por estirpes. Este repartimiento no es equitativo, porque todos los herederos tienen con el causante el mismo parentesco.**

Unos quisieron eludir esta consecuencia enojosa de la división por estirpes sosteniendo que, siendo todos los primos parientes del difunto en un mismo grado, no se aplica la representación, que por ser ficción legal es innecesaria, sino que suceden por derecho personal, y que se parten por cabezas. Esta opinión no tiene asidero ninguno entre nosotros, porque la representación siempre ha lugar (Art. 1.043), en la descendencia legítima del difunto, y porque en esto, precisamente quedó intacto el derecho antiguo, que disponía la división por estirpes, y como se deduce de la nota de Don Andrés Bello que después transcribiremos.

Si el finado dejó cuatro nietos, dos de un hijo premuerto, y los otros dos de otro, pudiera pensarse, a primera vista, que no hay utilidad en dilucidar si suceden por

troncos o por partes viriles, pues de ambas maneras cada uno ha de recibir la cuarta parte de la herencia. A pesar de todo no es así: si uno de los nietos falta, sin que haya quien lo represente, su parte va a su hermano, si se sucede por representación, y no a los tres herederos, como sucedería si heredasen por derecho personal.

Más dificultades ofrece la representación concedida en la descendencia legítima de los hermanos legítimos, que el derecho español aceptaba concurrendo tíos con sobrinos, pero no solamente sobrinos.

Acerca de esto Don Andrés Bello dijo: "Los descendientes de los hermanos suceden por derecho de representación indefinidamente, según los artículos 6 y 8 (iguales al 1041 y 1043 del Código Colombiano), y heredan por estirpes, según el artículo 7 (igual al 1042). Se corrige, pues, el derecho real en cuanto manda que, sucediendo los sobrinos sin concurrencia de hermanos, hereden por cabezas. Subsiste, además, la Ley 8 de Toro; y concurrendo los sobrinos del difunto con hermanos del mismo, deben suceder por estirpes y no por cabezas. Finalmente se extiende el derecho de representación a todos los descendientes de hermanos. Se establece, pues, una completa uniformidad entre los hijos del difunto y sus hermanos relativamente al derecho de los descendientes de unos y otros para representarlos. Prescindiendo de la ventaja que resulta de esta uniformidad, en los efectos del derecho de representación, se evita así un inconveniente que las leyes deben precaver en cuanto les sea posible: que es el de engañar las esperanzas que ellas mismas han hecho nacer. Supongamos tres hermanos A, B y C. A no tiene hijos; B tiene un hijo; C, tres. Mientras viven B y C la ley promete, por decirlo así, la herencia de A por partes iguales, a las dos familias de B y C, si fallece A intestado. Sobreviene la muerte de B, y este accidente no produce ninguna alteración en la expectativa legal de las dos familias. Pero fallece también C, y su fallecimiento ocasiona (según las leyes actuales) un trastorno súbito en las esperanzas de los herederos de A. La posteridad de B no tiene ya derecho a la mitad, sino a la cuarta parte de los bienes del tío sobreviviente; y este cambio es la obra de un solo momento. En circunstancias poco más o menos iguales, el placer de la ganancia que acrece a la posteridad de C no equivale al dolor de la pérdida que experimenta la posteridad de B; la ley, cual existe, tiende, pues, a producir mayor suma de mal que de bien; y esto con la agravación de distribuirse siempre la pérdida entre menor número de individuos que la ganancia. Si hubiese razón para que los sobrinos del difunto se partiesen la herencia por cabezas, cuando ningún hermano del difunto concurre con ellos, la habría también para que los nietos partiesen entre sí de la misma manera la herencia del abuelo, cuando no concurre con ellos ningún hijo".

Nada convincente es el razonamiento ni la explicación utilitarista de Don Andrés Bello. No sería la ley la que engaña las esperanzas que ella hace nacer; sería la

vida, la sucesión de los tiempos que todo lo trueca, y cuyos cambios ni pueden evitarse ni ser previstos por los hombres. **La ley debe buscar, antes que todo, un ideal de justicia, una necesidad de equidad, que no se encuentra ni puede traducirse en el señuelo del máximo de placer y el mínimo de dolor.** En lo que sí tiene razón Don Andrés Bello es en decir que no habría lógica (no la había en las antiguas leyes españolas) en permitir la división por cabezas entre sobrinos que no concurren con hermanos del causante, y ordenar la división por estirpes cuando concurren nietos en ausencia de hijos. **En ambos casos existe la misma razón para establecer que la herencia se reparta por cabezas.** Fuera de esta falla del derecho español, mejor hubiera quedado, en nuestro sentir, haber seguido la ley del Fuero Juzgo que decía: "Si el que muriere sin manda, e herederos naturales, hobiere sobrinos fijos de hermanos, o de la hermana por mas propinquos, todos parten la buena del tío, o de la tía por cabezas, manguer que del un hermano sean más que sobrinos del otro: ca pues iguales son en el grado, iguales deben ser en la partición; y esto mesmo sea de los primos, o dende ayuso, que hobieren derecho de heredar lo del muerto".

Considero conveniente también, citar la opinión del ilustre profesor Simón Carrejo, quien en su obra de sucesiones, de 1968, compartía la misma posición del profesor Carrizosa, al decir que la aplicación de la división por estirpes violaba la equidad. Decía el Dr. Carrejo: "Surge la duda siguiente: los nietos de un causante lo heredan por representación, o directamente?"

Dos tesis antagónicas, sostienen cada una de ellas las tesis contradictorias anteriores, es decir, una sostiene que los nietos de ese causante lo heredan por representación; la otra que lo heredan directamente.

La primera afirma que sólo los hijos pueden heredar al causante de manera directa; de modo que si hay nietos, heredan siempre por representación. Más esta tesis tiene el inconveniente de conducir a una injusticia flagrante, en el caso de un causante que haya dejado dos hijos que fueron premuertos; ambos dejaron a su vez hijos, uno de ellos en número de cinco, por ejemplo, y el otro solamente uno. En este caso a este último le correspondería mucho más que a los otros cinco, siendo que son ambos igualmente nietos del causante.

La segunda tesis dice que la representación no se aplica cuando todos los hijos del primer causante han fallecido antes que éste; en este caso los nietos no heredan por representación, sino directamente. Con lo cual a cada uno de ellos le corresponderá una cuota hereditaria exactamente igual a la de quienes se encuentran en su misma situación jurídica."

En esta parte hay que anotar que la última de las tesis expuestas por el profesor Simón Carrejo no se aplica en Colombia, por cuanto entre nosotros siempre hay lugar a la representación en la descendencia del difunto, tal como lo apuntaba el maestro Carrizosa Pardo.

Ahora, me permito citar la posición que sobre el particular tiene el maestro Avelino Calderón en su obra Derecho Hereditario. Se pregunta el aludido profesor si hay justicia en la representación. textualmente dice: "Hay justicia en la representación? Definitivamente creemos que no, al evidenciarse que se trata de una institución que, por no tener límites, fácilmente puede llegar a inequidades. Así por ejemplo, imaginemos a un causante que tuvo tres hijos. Podrán aquí verse notables desproporciones en las cuotas por representación de sus nietos, si sus hijos han premuerto, dejando cada uno 3, 6 y 9 hijos respectivamente.

*En efecto. En tal hipótesis y sobre una herencia X, el reparto (según la representación que en la actualidad se consagra), vendría a significar que los descendientes del primer hijo recibirán $(X/3)^*3$; es decir, cada uno $(X/9)$; que para el segundo de ellos cada uno vaya por una cuota de $(X/3)^*6$; es decir, $(X/18)$, y, que en el caso del tercer hijo, cada descendiente de él reciba $(X/3)^*9$; es decir, $(X/27)$, no siendo comparables las cuotas $(X/9)$, $(X/18)$ y $(X/27)$, cuando es obvio que todos son los nietos del causante y, que todos estarían a igual distancia; por afecto y sangre, respecto de él.*

No sería acaso más conveniente que se pensara en el retorno a las antiguas leyes españolas según las cuales, en un reparto entre iguales (nietos), sencillamente debe optarse por repartirse cuota por cabezas, para otorgarles en el ejemplo propuesto, sencillamente $X/18$ a cada uno, como quiera que para el causante, todos sus herederos son claramente iguales; es decir, todos son nietos? (El subrayado es mío)

entonces, teniendo en cuenta las anteriores explicaciones dadas por los distinguidos juristas colombianos, la representación hereditaria puede conllevar a injusticias y desigualdades, cuando en la repartición de los bienes de una herencia entre los descendientes del causante o entre los descendientes de los hermanos del mismo, haya lugar a la división de la masa herencial por estirpes, y como resultado de dicha división unos herederos representantes reciban menos o más que otros que ocupan el mismo grado de parentesco con el causante.

Los efectos prácticos de esta institución hereditaria no se compadecen con la dogmática constitucional colombiana, en la cual se eleva la igualdad como principio fundamental, ya que frente a una misma situación de hecho (todos los herederos representantes son nietos del causante) se dan consecuencias jurídicas disímiles (unos herederos por representación reciben menos o más derechos que otros representantes que se encuentran en el mismo grado de parentesco que ellos frente al difunto). Y si se aduce como argumento justificativo de dichos efectos nocivos de la división por estirpes cuando hay lugar a la representación hereditaria, que ellos se dan como consecuencia de que los nietos ocupan el lugar de su padre en la sucesión de su abuelo, y que por tanto se tiene a todos ellos como uno para esos precisos efectos hereditarios, dicha razón no tiene asidero en el actual ordenamiento constitucional, como quiera que ellos, a más de violar el principio de igualdad,

también vulneran el derecho fundamental de igualdad que le asiste a los miembros de la familia en Colombia.

Visto que el primer inciso del Art. 1042 del Código Civil es abiertamente inconstitucional en los casos anteriormente analizados, cabe preguntarse ahora qué tipo de decisión debe tomar la Corte para ejercer el control constitucional en el caso de autos.

Considero importante señalar que si se retira totalmente el primer inciso del Art. 1042 del Estatuto de Derecho Privado Común de dicho ordenamiento, ello traería como consecuencia la existencia de un vacío jurídico, pues entonces surgiría la duda de cómo se reparten los bienes cuando hay lugar a la representación hereditaria.

Me parece a mí, y recordando la jurisprudencia de la Honorable Corporación sobre las formas de ejercer el control constitucional de las leyes, que no se debería declarar inconstitucional todo el aparte normativo impugnado por la razón antes expuesta de que se dejaría un vacío grave para el derecho sucesoral, sino que por el contrario, sería más conveniente retirar del ordenamiento civil la expresión "**en todos casos**" que trae dicho inciso y, además, declarar la exequibilidad de dicho inciso pero sometida a la condición de que, cuando haya lugar a la representación y los herederos representantes ocupen un mismo grado de parentesco respecto del causante, el reparto de la masa herencial no se haga por estirpes sino por cabezas. Ello por cuanto no en todos los casos de representación se vulnera el principio de igualdad constitucional, sino específicamente, cuando quiera que habiendo diferente número de herederos por representación, de los cuales unos son hermanos entre sí en mayor número que otros hermanos primos de aquellos y a su vez nietos del mismo causante, unos van a recibir más bienes que otros primos en razón a la división por estirpes propia de la representación.

La razón para retirar del ordenamiento civil la expresión "en todos casos" del inciso demandado es porque si se queda tal como está, no se podrá someter la exequibilidad del inciso bajo el entendido anterior, pues debido a la imperatividad de la norma cuyo contenido no admite excepciones, porque si ella prescribe "en todos casos", entonces no es posible interpretarla en diferente sentido.

Por tanto, el Art. 1042 del Código Civil debe quedar así:

"Los que suceden por representación heredan por estirpes, es decir, que cualquiera sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por partes iguales la porción que hubiere cabido al padre o madre representado".

El segundo inciso del Art. 1042 no ofrece ningún reparo, pues los que suceden por derecho personal se reparten la herencia por cabezas, estando acorde con la carta política dicho aparte normativo.

PETICIÓN

Solicito Señores Magistrados, se sirvan declarar la inexequibilidad de la frase "*en todos casos*" contenida en el primer inciso del Art. 1042 del Código Civil, retirándola de ese ordenamiento.

Así mismo, solicito se sirvan declarar la exequibilidad del primer inciso del Art 1042 del Código Civil, pero sometida a la condición de que, cuando haya lugar a la representación y los herederos por representación ocupen el mismo grado de parentesco en relación con el causante, la división de la herencia o de la cuota de la misma que a todos ellos les corresponde se hará por cabezas o partes iguales y no por estirpes.

ANEXOS

Por ser el Art. 1042 una norma original del Código Civil, no existen proyectos de ley del Congreso de la República sobre la norma, limitándose sus antecedentes normativos a las diferentes legislaciones recopiladas por Don Andrés Bello para su redacción.

NOTIFICACIONES

El suscrito las recibe en la Carrera 38 N. 48-12 Edificio Altos de San Sebastián Apto 1101 Torre A, Barrio Cabecera, Bucaramanga, Santander.

De los señores Magistrados,

Atentamente,

RAFAEL YESID SUS CABRERA

Estudiante de Derecho

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

Como parte del proceso de investigación continuada de los seminarios de la línea económica, se entregan a la revista Temas Socio Jurídicos los artículos sobre El Fondo de Garantías de las Instituciones Financieras (FOGAFIN) del estudiante Alberto González Mebarak de sexto semestre; un estudio sobre Los Contratos Forwards en la Bolsa Nacional Agropecuaria, de los estudiantes Sandra Marcela Osorio, Sylvia Paola Camelo y Leonardo León Martínez, de décimo semestre y una consideración general de la normativa que sobre el 3x1000 se ha formulado, escrito por las estudiantes de séptimo semestre, María Carolina Granados Sáenz y Mónica Ibarra Lozano.

Esperamos seguir contribuyendo así con la investigación en los seminarios.

Carlos Andrés González León.

FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS

ALBERTO GONZÁLEZ MEBARAK