RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**ÁNGELA MARCELA GÓMEZ ORTIZ**
FACULTAD	**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**
DIRECTOR	**LUIS ALBERTO ARIZA OSPINO**
TÍTULO DE LA TESIS	**INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS MECANISMOS LEGALES PARA GARANTIZAR LA LIBERTAD TESTAMENTARIA EN COLOMBIA**

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

LA MONOGRAFIAA IMPLICA UN ANALISIS REFERENTE A LAS LIMITACIONES QUE EXISTEN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO PARA EJERCER LA LIBRE DISPOSICION SOBRE LOS BIENES Y ADEMAS DE ELLO ANALIZAR A SU VEZ LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTAN OTRAS FIGURAS QUE PUEDEN PERMITIR ESA LIBRE DISPOSICION DE LOS BIENES A HEREDAR DEJANDO QUE LA PERSONA ELIJA SIN SER LIMITADA POR LA NORMA A QUIEN DESEA TRASPASAR SUS BIENES.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 51	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS MECANISMOS LEGALES PARA GARANTIZAR LA LIBERTAD TESTAMENTARIA EN COLOMBIA

AUTORA

ÁNGELA MARCELA GÓMEZ ORTIZ

Monografía presentada cono requisito para optar al título de abogado

DIRECTOR

LUIS ALBERTO ARIZA OSPINO

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia **Diciembre, 2020**

Índice

Capítulo 1. La libertad testamentaria en Colombia 1

1.1 Concepciones doctrinales de la libertad testamentaria 1

1.1.1 Concepto de testamento: 1

1.1.2 Concepto de Herencia. 1

1.1.3 Concepto de Fideicomiso.) 3

1.1.4 Concepto de Legitimarios Por su parte los legitimarios, son las personas a las cuales se les deja el legado. 4

1.1.5 Concepto de Desheredamiento. 5

1.1.5.1 Causales de desheredamiento 5

1.2 Antecedentes y configuración doctrinal de la libertad para testar 6

1.3 Naturaleza jurídica de la libertad testamentaria 8

1.4 Las formalidades para heredar en Colombia 9

1.5 Las modalidades para heredar en el ordenamiento jurídico de Colombia 10

1.6 Cambios generados en la Ley 1934 de 2018 11

1.7 La figura del desheredamiento dentro del contexto normativo y jurisprudencial colombiano 12

1.8 Análisis sobre el estado actual de la libertad testamentaria según la jurisprudencia colombiana 14

1.9 Diferencias para establecer la libertad testamentaria entre la configuración normativa en Colombia y en Chile. 15

Capítulo 2. Las limitaciones al derecho a libertad testamentaria en Colombia y las figuras jurídicas que permiten su plena garantía en el derecho actual 18

2.1 Límites al derecho a la libertad testamentaria 18

2.2 Análisis en el derecho comparado. Dos casos de dos legislaciones diferentes Estados Unidos y Argentina 19

2.3 Figuras jurídicas en Colombia que permiten ejercer la libertad testamentaria 24

2.4 La figura del fideicomiso 25

2.5 Debate jurídico: Problema jurídico: ¿Por qué en Colombia se limita el ejercicio del derecho a la libertad testamentaria y cuáles son las figuras jurídicas que pueden garantizar el uso del mismo teniendo en cuenta que la norma ordena la exigencia del parentesco para asignar la porción a heredar? 26

Conclusiones 30

Referencias 32

Introducción

El derecho civil ha estado ampliamente influenciado por las raíces heredadas del derecho romano, aplicándose incluso al derecho sucesoral, donde se siguen algunos lineamientos de origen romano, donde se establecía el derecho a heredar de acuerdo a la línea sucesoral, limitándose la libre de disposición de los bienes para otras personas que no estuvieran en dicho parentesco. (Ramírez, 1999)

En el trascurso histórico de las sociedades, las formas de estructurar las familias, y a su vez las instituciones jurídicas que afectan a los integrantes de las mismas han ido en constante evolución, lo cual ha permeado el mundo del derecho y la normatividad de cada estado, puesto que el mismo debe atender a los cambios sociales del hombre.

Un ejemplo de ello ocurre con la libertad testamentaria, puesto que como lo sustenta Colmenares, (2016) la disposición de los bienes a través de actos por causa de muerte, responden a postulados propios de cada época, y varían muy subjetivamente dependiendo de la concepción de familia que se tenga y los efectos que se buscan en pro de su preservación.

No obstante con la puesta en marcha y posterior promulgación de la Ley 1934 de 2018, las circunstancias para la libre disposición de los bienes tuvieron un cambio sustancial, en materia de garantizar el ejercicio de este derecho, y establece específicamente que cuando existen legitimarios la mitad de los bienes será para la repartición entre ellos en partes iguales, y la otra mitad corresponderá a la "porción de bienes que el testador ha podido disponer a su arbitrio".

Además de ello, también se incluyó la figura del desheredamiento cuando:

> Un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o desheredamiento, o porque la ha repudiado y no tiene descendencia con derecho a representarlo, dicho todo o parte se agregará a la mitad de legítimas y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal en el caso del inciso 2° artículo 1236. (Ley 1934 de 2018)

Sin embargo, el interés del desarrollo de la monografía implica un análisis referente a las limitaciones que existen en el ordenamiento jurídico interno para ejercer la libre disposición sobre los bienes y además de ello analizar a su vez la posibilidad de que existan otras figuras que pueden permitir esa libre disposición de los bienes a heredar dejando que la persona elija sin ser limitada por la norma a quien desea traspasar sus bienes.

Dicha voluntad se expresa de diferentes formalidades, una de ellas el testamento, que permite al testador dejar expresada la voluntad de la repartición de sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho en Sentencia C-660 de 1996 que el derecho a la propiedad se encuentra compuesto para su perfeccionamiento por el elemento de la libre disposición de sus bienes, siempre y cuando cumpliendo con los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico colombiano. De esta forma, una vez se tenga la libre disposición, el propietario podrá vender, donar, o realizar cualquier otro acto translaticio de dominio que la ley permita. Dentro de esta gama de posibilidades, el legislador considera que, con ocasión de la muerte, el propietario puede decidir el destino de sus bienes; obviamente según las reglas sucesorales señaladas por él. (Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 1996)

Dentro del mismo contexto, la Corte Constitucional ha dicho que las normas jurídicas colombiana permiten que la voluntad del *de cujus* se manifieste a través del testamento, es decir, en un acto jurídico unilateral solemne, mediante el cual se determina la forma en que se

han de repartir los bienes que se dejan al morir. . (Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 1996)

En respuesta a estas restricciones, el legislador ha creado la figura del Fideicomiso, que permite obviar los requerimientos del derecho sucesoral y que materializa la libre disposición de los bienes. A su vez recientemente, se expidió la ley 1934 de 2018 que amplía la libre disposición del testador, y permite la disposición de un porcentaje de la masa de bienes para ejercer dicho derecho.

Sin embargo, aún siguen existiendo limitaciones al pleno ejercicio del derecho a la libre disposición testamentaria, lo que busca ser el centro del estudio en la presente monografía. Con base en dichos fundamentos la monografía busca desarrollar un análisis jurídico que permita determinar una interpretación legal del fundamento jurídico bajo el cual se reconoce la libertad testamentaria en Colombia pero bajo ciertas restricciones y cuales otras figuras del derecho permiten la ejecución plena de dicho derecho y que serán las que se estudiaran en el análisis jurídico.

La monografía se desarrollará bajo el fundamento metodológico de la hermenéutica, y que para el caso concreto se hará uso del método exegético. La exegética jurídica que según Álvarez, (2002) utiliza los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc., y que busca con base en una problemática desarrollar un problema jurídico y dar respuesta al mismo. Teniendo en cuenta que será una investigación se buscará tener como fuente la ciencia de la hermenéutica para extraer un análisis de la intención del legislador a la hora de crear el marco normativo de la figura de la libertad testamentaria. Finalmente se trabajaran dos capítulos, el primero de ellos para establecer la naturaleza jurídica y teórica de la libertad testamentaria con base en la doctrina legal, la jurisprudencia, la investigación y la normatividad vigente para el caso concreto.

Resumen

La monografía implica un análisis referente a las limitaciones que existen en el ordenamiento jurídico interno para ejercer la libre disposición sobre los bienes y además de ello analizar a su vez la posibilidad de que existan otras figuras que pueden permitir esa libre disposición de los bienes a heredar dejando que la persona elija sin ser limitada por la norma a quien desea traspasar sus bienes. La misma se desarrolló bajo el fundamento metodológico de la hermenéutica, y que para el caso concreto se hará uso del método exegético que comprende la necesidad de una interpretación exhaustiva de las bases legales bajo el cual se reconoce la libertad testamentaria en Colombia pero bajo ciertas restricciones y cuales otras figuras del derecho permiten la ejecución plena de dicho derecho y que serán las que se estudiaran en el análisis jurídico. Finalmente se trabajaron dos capítulos, el primero de ellos para establecer la naturaleza jurídica y teórica de la libertad testamentaria con base en la doctrina legal, la jurisprudencia, la investigación y la normatividad vigente para el caso concreto.

Capítulo 1. La libertad testamentaria en Colombia

1.1 Concepciones doctrinales de la libertad testamentaria

1.1.1 Concepto de testamento. El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. En Colombia se ha definido así dentro de las disposiciones normativas del Código Civil. Dentro de este acto solemne, el testador tiene libertad para hacer sus disposiciones testamentarias como lo juzgue más convenientes, dentro de los límites y con la forma que establece el ordenamiento jurídico.

El testamento se caracteriza por ser un acto jurídico unilateral, mortis causa, es decir para después de la muerte, es para el autor del acto; en vida del otorgante se prohíbe al legislador permitir la inspección de testamento o suministrar copia.

De la misma forma, es un acto personalísimo, de última voluntad, es esencialmente revocable, es un acto libre, por su naturaleza es un acto de disposición de bienes y es un acto solemne.

1.1.2 Concepto de Herencia. Se encuentra definida doctrinalmente, como el patrimonio que queda o deja el finado a sus herederos y legatarios, para su aceptación o repudiación. El mismo, se configura como un conjunto de bienes, derechos y deudas que deja el causante. (Echeverría & Echeverría, 2011)

Por su parte, la herencia puede ser definida desde dos ópticas. La primera como la masa herencial en sí; y desde otro aspecto subjetivo o inmaterial consiste en los derechos que los asignatarios tienen sobre todos los bienes dejados por el finado. (Echeverría & Echeverría, 2011)

La herencia se puede adquirir de varias formas:

> 1º. Sucesión, que es el medio más expedito, normal y general en que adquieren el haz herencial.
>
> 2º. Prescripción o usucapión, que consiste en tener la posesión en forma pública, continúa y pacífica de los bienes herenciales o de algunos de ellos; y
>
> 3º. Tradición o Cesión a título gratuito u oneroso (traspaso inter vivos), que se produce cuando uno o todos los herederos transfieren o ceden a uno, o varios personas, los derechos herenciales sobre esos bienes, adquiriendo éste la calidad de cesionario, y reemplazando a los herederos en todos sus derechos patrimoniales sobre la sucesión. (Echeverría & Echeverría, 2011)

Dentro del mismo contexto, es importante citar a López, quien asegura que la herencia es "en sentido amplio y de hecho, no es más que la porción o parte del patrimonio de una persona natural, que puede ser objeto de sucesión por causa de muerte". (Lopez)

En este mismo orden de ideas, Piña señala que la herencia "es la institución del Derecho Sucesoral que alude al patrimonio que deja la persona que fallece y que se va a transmitir a su vez a las personas autorizadas por testamento o por la ley para recibirlo". Para comprender mejor es necesario traer a colación el concepto de patrimonio. (Piña, 2007)

Y finalmente, Meleán señala que la herencia es "el patrimonio que reúne tanto a los activos como a los pasivos, en atención a su universalidad jurídica que comprende los derechos y deberes de contenido económico que correspondan a una persona, en vista que, el activo responderá del pasivo, sin que interfiera el hecho que el primero pueda ser inferior, igual o superior al anterior". (Meleán, 2019)

1.1.3 Concepto de Fideicomiso. Comúnmente se identifica el fideicomiso con el contrato por el cual el fideicomitente transfiere bienes al fiduciario, quien se obliga a disponer de ellos de una forma determinada y a favor del fideicomisario. (Avendaño, 1996)

El fideicomiso supone un negocio formado por dos relaciones: una por la que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o la titularidad de créditos y otra, en mérito de la cual el fiduciario limita su condición de propietario o titular, con el objeto de cumplir con el propósito para el cual se constituyó el fideicomiso.

> El contrato de fideicomiso, se estructura a través de tres partes. El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso, transfiriendo sus bienes al fiduciario para que los utilice en la forma establecida en el acto constitutivo del fideicomiso. Pueden ser fideicomitentes todas las personas naturales o jurídicas que tengan la facultad de disponer de los bienes que transmiten\ inclusive las empresas e instituciones estatales de derecho público o privado. Cuando el fideicomiso se constituye a favor del propio fideicomitente, este asume también la calidad de fideicomisario.
>
> El fiduciario es la persona que adquiere la propiedad de los bienes fideicometidos, asumiendo la obligación de utilizarlos en la forma establecida en el documento de constitución del fideicomiso. El fiduciario no puede ser fideicomisario, salvo en los casos de fideicomiso de titulización, y al igual que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, pueden actuar como fiduciarios determinadas instituciones.
>
> El fideicomisario, finalmente, es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. Pueden ser fideicomisarios las personas determinadas o

> indeterminadas, el público en general e inclusive el propio fideicomitente. Pueden designarse uno o varios fideicomisarios que se sustituyan sucesivamente. (Avendaño, 1996)

Autores como Eugene Petit y Ernesto Rengifo García aseguran que los orígenes de la figura del fideicomiso, encuentra en el Derecho Clásico Romano y en la figura del Trust en del Derecho Anglosajón, consagrándose en Colombia, a través del Código Civil desde 1887. (Panesso)

De acuerdo con las disposiciones del Código Civil, establece que:

> El Fideicomiso Civil es un acto jurídico celebrado por el Fideicomitente o Constituyente quien dispone que uno o varios bienes de su propiedad, total o parcialmente, estén sujetas de pasar a la persona del Fideicomisario o Beneficiario cumplida determinada condición, pudiéndose reservar el Constituyente la propiedad fiduciaria o pudiendo trasladarla al Fiduciario quien la ostentará transitoriamente hasta tanto la condición se encuentre cumplida o fallida. (Ley 84 de 1873, Código Civil)

1.1.4 Concepto de Legitimarios Por su parte los legitimarios, son las personas a las cuales se les deja el legado. Autores como López, aseguran que el legitimario es:

> "En toda sucesión (…), la persona a quien se sucede, se denomina causante y la persona que sucede, se denomina causahabiente o sucesor. Sin embargo, en las sucesiones por causa de muerte, al causante también se le llama de cujus (o de cuius), que constituye la abreviación de la frase latina is de cujus hereditate agitur (la persona de cuya herencia se trata).; y, en cuanto al causahabiente, se hacen ciertas distinciones: i) se utiliza el nombre de sucesor, en sentido

> estricto, para aludir a la persona llamada a la sucesión universal (herencia), que aún no la ha aceptado; ii) se denomina heredero, al llamado a la sucesión universal (herencia), que ya la ha aceptado (…); y, iii) se utiliza el término legatario, para referirse al beneficiario de una sucesión a título particular (legado)". (Lopez)

1.1.5 Concepto de Desheredamiento. Al respecto, Roberto Ramírez aclara: "El desheredamiento es también una pena, pero pena reservada al testador, o pena testamentaria, porque a él le compete aplicarla privativamente a su legitimario, a quien debe una legítima; apoyado en los hechos que constituyen causal de desheredamiento." (Ramírez 2003, Pág. 179). Debe entenderse que el desheredamiento solo se da en la sucesión testada o mixta, en el entendido que el *cujus* dispone su herencia e igualmente puede imponer textualmente la pena, excluyendo solo a sus herederos forzosos, debido a que está obligado a dar parte de la herencia, por lo tanto, debe tener un motivo para poder excluirlo. Dichas causales de exclusión están estipuladas en la ley. Se debe consagrar igualmente en el testamento la graduación de la pena por parte del testador. Es decir, si lo excluye de toda la herencia que por ley le corresponde o solo parte de ella (Ley 84 de 1873, Código Civil)

1.1.5.1 Causales de desheredamiento. Las causales de desheredamiento están tipificadas en el Código Civil de la siguiente manera:

1. Haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor y bienes de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes.
2. No haberle socorrido en estado de demencia o destitución, pudiendo.
3. Haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar.

> 4. Haberse casado sin consentimiento de un ascendiente o sin el de la justicia en subsidio, estando obligado a obtenerlo. (Ley 84 de 1873, Código Civil)

1.2 Antecedentes y configuración doctrinal de la libertad para testar

La libertad de testar existe en diferentes legislaciones desde tiempos antiguos, cuando en roma una persona podía entregar con plenitud y autonomía los bienes antes de su muerte, pero las injusticias cometidas con los hijos menores que quedaban desprotegidos generaron el sistema de asignaciones forzosas que pasaron al Código Napoleónico y, posteriormente a nuestra legislación. (Ramírez, 1999)

De acuerdo con el planteamiento de Carrasco, (2019), existieron algunos precedentes en otras legislaciones sobre la libertad para testar. Al respecto asegura que:

> La primera de estas civilizaciones es Grecia, en la cual existía una plena libertad para testar siempre y cuando el testador no tuviera descendencia (en caso contrario, mediante la acción de legítimas, se anularía el testamento de modo total o parcial siempre que agravara a estos herederos).

Es decir, que existen aportes al desarrollo de esta figura en otras legislaciones, que luego fueron siendo recopiladas por el derecho romano, para configurar el precedente en la evolución de la misma.

Sumado, a ello, es preciso mencionar que "otra civilización que contaba con una regulación sobre la libertad de testar fue la antigua Esparta, en la cual rigió la plena libertad para testar en cuanto a proporciones y beneficiarios y a diferencia de Grecia no contaba con restricciones aun cuando hubieren existido hijos". (Carrasco, 2019)

En síntesis, la libertad para testar, es una figura motivada desde siglos atrás, y desarrollada bajo la necesidad que ha tenido el hombre, de plantear su voluntad sobre los bienes que posee posterior a su fallecimiento.

En la definición que hace la doctrina española, se puede establecer que la libertad para testar es "la facultad del testador para disponer de sus bienes basado en un principio de autonomía privada, es decir, la convicción de la voluntad libre e individual del testador para delimitar el contenido de su testamento". (Carrasco, 2019)

En Colombia la libertad de testar no es un derecho absoluto, sino limitado y regulado, pues solo se puede tener libre disposición sobre la cuarta parte en la que el legislador deja en plena libertad al testador para su asignación, en el Código Civil Colombiano, se establece la forma (obligatoria) en la que se deben respetar los derechos de las personas llamas "legitimarios" que se definen como:

Art. 1240: Son legitimarios:

1o.) Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial.

2o.) Los ascendientes.

3o.) Los padres adoptantes.

4o.) Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

Los ascendientes son:

Padres, Abuelos, Bisabuelos, Tatarabuelos. (Código Civil, Art. 1240)

Si bien en otras legislaciones el testador puede tener la libre disposición sobre su patrimonio para dejarlo en favor de quien le apetezca, en Colombia se deben respetar las normas establecidas o dicho testamento puede estar viciado de nulidad, por tal razón "en

virtud de la imposibilidad de establecer una voluntad absoluta, es necesario adjudicar el 50% de los bienes a los legitimarios. La otra mitad corresponde a los bienes disponibles, respecto de los cuales el testador tiene una mayor autonomía siguiendo las siguientes reglas: 25% se denomina cuarta de mejoras, cuya adjudicación podrá ser para mejorar a cualquier descendiente directo (hijo, nieto, bisnieto, etc.), y el otro 25%, denominada de libre disposición, que puede ser asignado a cualquier persona que esté en condiciones de recibir ese legado".

1.3 Naturaleza jurídica de la libertad testamentaria

El Código Civil Colombiano define el testamento en su artículo 1055:

> "El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva." (Código Civil, Art. 1055)

En la legislación Colombiana no se puede hablar del derecho pleno respecto a la libertad de testar, pues si bien una parte esta forzosamente destinada a ciertos legitimarios, solo una cuarta parte correspondía a la libre disposición del testador, pues el miedo a la desprotección de personas vulnerables como los hijos con limitaciones físicas o mentales que no son capaces de subsistir por si mismos o que están en situación de pobreza hace que una iniciativa respecto a la libertad total de testar sea tediosa para nuestra legislación y por lo tanto se impongan limitaciones.

Teniendo en cuenta que nuestro país se encuentra posicionado en el puesto 3 con menos libertad testamentaria entre 50 países, se hizo necesaria la búsqueda de la evolución normativa, y por medio de la Ley 1934 se reforma y adicionan las disipaciones del testamento

en nuestro Código Civil, y se le da un poco más de libertad al testador, así entonces, el artículo 1242 modificado por la mencionada normativa dispuso que:

> "«**Cuarta De Mejoras Y De Libre Disposición**. Habiendo legitimarios, la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legitima rigurosa.
>
> La mitad de la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio" (Ley 1934 de 2018)

Que en resumen quiere decir que el remanente se divide en dos partes iguales, y una parte (50%), puede ser distribuida por el testador en la forma y en favor de quien prefiera.

Respecto a la "cuarta de mejoras" puede designarse a un heredero en particular o a varios o a personas particulares sin derecho a heredar.

1.4 Las formalidades para heredar en Colombia

Para poder estar legitimado para heredar en Colombia, el Código Civil establecía que se necesitaba que la persona sea capaz y digna de suceder y que la ley no la haya declarado incapaz, que según nuestro Código civil, en su Art. 1504 "son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan darse a entender por escrito". Sin embargo, con la promulgación de la Ley 1996 de 2019, se establece como regla general la presunción de capacidad, y se elimina la expresión semántica incapaces, para comenzar a implementar sujetos de derechos o titulares del acto jurídico, que gozan de plena capacidad para adquirir derechos

y contraer obligaciones, y que en los casos establecidos por la misma norma contaran con apoyos, para poder ejercer dicha facultad. (Ley 1996 de 2019)

También es necesario que todo asignatario testamentario sea una persona cierta y determinada, ya sea natural o jurídica, que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, la asignación se tendrá por no escrita.

Para poder tener la capacidad de heredar se debe existir al momento del fallecimiento del causante, también debe existir dignidad, la cual se puede definir como la aptitud moral de quien va a heredar, con respecto del causante, pues las personas que estén inmersa en las causales de indignidad de las que trata el artículo 1025 del Código Civil, serán incapaces de heredar y por ultimo debe haber vocación hereditaria, que es básicamente el ser llamado a heredar por la voluntad del testador o por encontrarse dentro de los órdenes hereditarios que estableció la ley.

1.5 Las modalidades para heredar en el ordenamiento jurídico de Colombia

Si los herederos llegan a un acuerdo común respecto a la repartición de los bienes, pueden dirigirse a una notaría, en donde el notario expedirá una escritura pública por medio de la cual queda estipulado el acuerdo, este proceso se puede hacer por medio de apoderado judicial, pero no es estrictamente necesario. En otras palabras se permite el consentimiento unánime entre coherederos como una de las posibilidades para lograr la partición de la comunidad hereditaria.

> "Señala el primer inciso del artículo primero del Decreto 902 de 1988:
>
> «Podrán liquidarse ante notario público las herencias de cualquier cuantía y las sociedades conyugales cuando fuere el caso, siempre que los herederos,

> legatarios y el cónyuge sobreviviente, o los seccionarios de estos, sean plenamente capaces, procedan de común acuerdo y lo soliciten por escrito mediante apoderado, que deberá ser abogado titulado e inscrito.»"
>
> Si los herederos no están de acuerdo es necesario que por medio de un abogado se solicite dicha partición de bienes y será un Juez quien decidirá respecto a la repartición de los bienes, lo puede hacer teniendo en cuenta propuestas o acuerdos de los herederos.
>
> También se puede nombrar a un contador-partidor, que será testamentario, cuando el fallecido lo estipula en el testamento, o será Dativo, cuando son los herederos quienes solicitan al juez esta figura. (Decreto 902 de 1988, Art. 1)

1.6 Cambios generados en la Ley 1934 de 2018

Mediante esta ley se reformo el Código Civil Colombiano respecto a las sucesiones testadas, y está en vigencia desde el primero de enero del año 2019. Uno de los principales cambios generados por esta ley, es lo que respecta a la cuarta de mejoras, pues esta se eliminó y se aumentó el porcentaje de libre disposición testamentaria, pues anteriormente el testador debía asignar la mitad de los bienes a los legitimarios y un cuarto adicional de la herencia se podía asignar a uno o varios descendientes a título de mejoras, entonces solo quedaba un 25% de libre disposición, al haberse eliminado la cuarta de mejoras, el testador tiene la libertad de tener absoluta disposición y voluntad sobre el 50% de la masa herencial.

Respecto a los Descendientes (artículo 1045): Se elimina la referencia a "los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales", y se establece que los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.

En cuanto a los Legitimarios (artículo 1240): Se simplifica la redacción del artículo en cuestión, y se establece que serán legitimarios los descendientes personalmente o representados, y los ascendientes.

1.7 La figura del desheredamiento dentro del contexto normativo y jurisprudencial colombiano

El desheredamiento es una figura del derecho civil, en la cual el testador al momento de hacer su testamento puede privar a uno o varios de los legitimarios de la totalidad o una parte de su legítima, siempre y cuando obedezca a las causales de desheredamiento establecidas por la ley, que son:

Artículo 1266 Código Civil

> "1a.) Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos.
>
> 2a.) Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo.
>
> 3a.) Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar.
>
> 4a.) Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, o sin el de la justicia en subsidio, estando obligado a obtenerlo.
>
> 5a.) Por haber cometido un delito a que se haya aplicado alguna de las penas

> designadas en el número 4o. del artículo 315, o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado".
>
> Los ascendientes podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas. (Código Civil, Art. 1266)

Si no existe alguna de estas causales el desheredamiento no se podrá hacer efectivo, pero si existe una responsabilidad de alimentos sobre la persona que se quiere desheredar, este trámite no se podrá realizar a menos que se haya cometido una injuria atroz. El proceso de desheredamiento no es automático y sencillo, pues implica que se verifiquen ciertas condiciones, como el otorgamiento de un testamento, una causal específica y que la misma sea probada judicialmente en vida del testador o después de su muerte por medio de las personas interesadas en que se haga efectiva la figura.

De acuerdo con el planteamiento de la Corte Constitucional, en Sentencia C-430 de 2003, el desheredamiento "es institución propia y exclusiva de la sucesión testamentaria, autoriza al causante para privar al legitimario de todo o parte de su legítima, cuando este incurra en una de las causales taxativamente señaladas en el artículo 1266 del Código Civil. Así ocurre, en efecto, con respecto a los descendientes que hubieren cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes o en los de su cónyuge o de cualquiera de su ascendientes o descendientes; o por haberle negado el socorro requerido al causante que se encontraba en estado de demencia o destitución, pudiendo; o por haberle impedido testar valiéndose para ello de la fuerza o el dolo; o, según lo dispuesto en la cuarta de las causales de desheredamiento por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo; o, conforme a lo previsto por la quinta de las causales señaladas en el artículo 1266 ibídem ahora demandada "Por haber cometido un delito a que se haya aplicado

alguna de las penas designadas en el numeral 4 del artículo 315 o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación de desheredado;" y, conforme a lo dispuesto en la norma citada los ascendientes pueden ser desheredados solo por cualquiera de las tres primeras causales señaladas". (Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2003)

1.8 Análisis sobre el estado actual de la libertad testamentaria según la jurisprudencia colombiana

La libertad testamentaria en Colombia es una figura relativamente novedosa, pues apenas están surgiendo cambios en nuestra legislación que permiten acercarnos a que el testador pueda tener control sobre a quienes desea dejar sus bienes sin tener que regirse por quienes serían los legitimarios, en la Sentencia C-552 de 2014 la Corte indicó las facultades conferidas por el legislador al testador con base a las garantías constitucionales otorgadas a toda persona, que son el derecho a la propiedad privada y el derecho a la autonomía de la voluntad.

La Corte en la Sentencia C-660 de 1996 consideró que la libertad que se le otorga al testador por parte del legislador, surge de los elementos esenciales. El primero el derecho a la propiedad privada y el segundo la autonomía de la voluntad. Al respecto señala la mencionada sentencia que:

> El derecho a la propiedad privada. "Uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad es que el propietario tiene la facultad de disponer libremente de sus bienes, siempre y cuando lo haga dentro de los límites señalados por el legislador. En consecuencia, bien puede éste vender, donar, o realizar cualquier otro acto translaticio de dominio que la ley permita. Dentro

> de esta gama de posibilidades, el legislador considera que, con ocasión de la muerte, el propietario puede decidir el destino de sus bienes; obviamente según las reglas sucesorales señaladas por él. Así pues, puede decirse que la Constitución define el derecho de propiedad en concordancia con los postulados del Estado social de derecho, autorizando al legislador para que lo concrete y regule; y a su vez el legislador, en ejercicio de tal atribución constitucional, concede a las personas, bajo ciertos supuestos legales, la posibilidad de decidir a quién, y en qué términos, dejará sus bienes. De aquí se deriva la autorización del legislador de permitir que el testador someta a condición ciertas asignaciones." (Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 1996)

> La autonomía de la voluntad. "La ley permite que la voluntad del de cujus se manifieste a través del testamento, es decir, en un acto jurídico unilateral solemne, mediante el cual se determina la forma en que se han de repartir los bienes que se dejan al morir. Recuérdese que la facultad del testador para disponer de sus bienes no es ilimitada pues, para que el testamento sea válido, deben respetarse los órdenes sucesorales establecidos en la ley. De tal forma que, sobre la mitad de los bienes, en el campo de las legítimas, su facultad se limita prácticamente a reiterar lo dispuesto en la ley." (Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 1996)

1.9 Diferencias para establecer la libertad testamentaria entre la configuración normativa en Colombia y en Chile.

En Chile como en Colombia también existen restricciones al momento de elaborar un testamento, pues no existe una libertad absoluta para disponer de sus bienes, y además el

legislador establece unas asignaciones forzosas, es decir que una parte de la herencia debe dejarse a determinadas personas. (Suau, 2015)

A diferencia de Colombia en Chile los porcentajes que deben repartirse del 100% de la masa herencial, se dividen como nuestra legislación lo establecía antes de la Ley 1934 de 2018, pues la legislación chilena abarca las siguientes asignaciones forzosas:

> "Los alimentos forzosos que el difunto debía por ley, deben pagarse con cargo a los bienes de la herencia.
>
> Las legítimas que se componen por el 50% de los bienes (mitad legitimaria) y les corresponde a los herederos como el cónyuge, descendientes o ascendientes (padres y abuelos).
>
> La cuarta de mejoras se compone del 25% de los bienes y con ella se puede favorecer la cuota de determinados herederos (cónyuge, descendientes o ascendientes). El 25% restante, llamada "cuarta de libre disposición", puede dejarse libremente a cualquier persona.
>
> En resumen, el 50% de los bienes va a los herederos forzosos, el 25% va para mejorar a alguno de los beneficiados por la primera mitad, y el otro 25%, a quien el testador desee." (Ley 1934 de 2018)

La principal diferencia de la libertad testamentaria entre Colombia y Chile se basa en lo que corresponde a la "cuarta de mejoras" pues con la ley 1934 del 2018 básicamente se elimina esta disposición en Colombia y se amplía la libertad testamentaria, dejando a libre disposición del testador el 50% de la masa herencial, es decir, puede dejar a quien desee esa porción sin tener que limitarse a lo establecido en la ley respecto a los legitimarios, por el contrario en Chile, aún se encuentra mucho más restringida esta potestad del testador de poder disponer y decidir a quiere dejar sus bienes, pues esta legislación cuenta con las asignaciones

forzosas que ya mencionamos antes, y aún existe la figura de la “cuarta de mejoras”, es decir que el testador solo puede disponer de un 25% para dejarle a quien desee, el otro 75% se encuentra destinado a quien la ley establece.

Capítulo 2. Las limitaciones al derecho a libertad testamentaria en Colombia y las figuras jurídicas que permiten su plena garantía en el derecho actual

2.1 Límites al derecho a la libertad testamentaria

La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-641 del 2000, se refirió respecto a los límites de la libertad de testar:

> "Como esta Corporación ya ha tenido ocasión de señalarlo, las asignaciones forzosas, -llamadas así, precisamente, para connotar que, en ningún caso, pueden ser afectadas y que, de consiguiente, se suplen cuando el testador no las ha hecho- implican un límite a la libertad de testar libremente, cuyo sustento constitucional, principalmente se encuentra en los artículos 1º. 2º. 5º. 42 y 58 de la Carta Política." (Corte Constitucional,Sentencia C-641/00)

Entonces los límites a la libertad de testar se encuentran estrictamente relacionados por las legítimas forzosas, ya sean en sucesión testada, como intestada, debe respetarse el orden sucesoral establecido en la ley, estos límites son constitucionales ya que buscan principalmente darle primacía a la protección de la familia y a la proyección en el tiempo de la "voluntad responsable" de conformarla.

Así por ejemplo si una persona desea dejar sus bienes a quien lo cuida desde hace varios años, pues sus hijos ya económicamente estables le visitan muy esporádicamente, pero no asumen su cuidado ni atención afectiva, se lleva la sorpresa al momento de realizar el testamento que sus propiedades, aun cuando fueron obtenidas con esfuerzo y dedicación

personal, se encuentran restringidas o extremadamente limitadas por el Estado, aun cuando sea en beneficio de la familia estos límites restringen cabalmente la voluntad del testador.

2.2 Análisis en el derecho comparado. Dos casos de dos legislaciones diferentes Estados Unidos y Argentina

En Estados Unidos el principio rector es la libertad testamentaria, en donde no existen limitaciones, salvo respecto a los cónyuges que podríamos decir es el único legitimario en este país, estos derechos pueden variar según el Estado, pero como regla general es el viudo quien tiene derecho a la legitima que generalmente se establece entre un tercio y la mitad de la masa herencial, cabe aclarar que en caso de divorcio, el ex cónyuge no tiene derecho a la legitima pero el testador en base a la libertad testamentaria puede dejarle parte de su herencia si así lo establece en el testamento. (Gamboa, 2017)

De acuerdo con el estudio que realiza Moler, (2017), el derecho desarrollado en Estados Unidos y denominado Common Law, es una de las disciplinas donde existe más limitaciones al ejercicio de la libertad testamentaria, dadas principalmente por los denominados “elective shares”. (Lecours, 2011)

Dicho régimen ha sido aplicado para evitar que sean excluidos de la herencia determinados parientes. De acuerdo con la investigación citada, este régimen se concede a favor del cónyuge una cantidad equivalente, en general, a un tercio de la propiedad del causante. Para establecer la partición, se realiza un cálculo exacto de esta proporción, y que dependerá del Estado de que se trate y, habitualmente, de la duración que hubiere tenido el matrimonio, así como también de los hijos que hubieren nacido en él. (Moler, 2017)

Los mismos se encuentran configurados a nivel estatal, y se aplican en la mayoría de los Estados Unidos. No obstante, corresponde al cónyuge del causante solicitarlo. Es decir, que si el cónyuge no demanda el pago, el testamento se cumplirá conforme a la última voluntad del causante.

Así mismo existen otras limitaciones, como por ejemplo el otorgamiento de derechos de usufructo vitalicio sobre la vivienda habitual (homestead), los que deberán otorgarse en relación con la vivienda que el cónyuge hubiere mantenido con el causante, y siempre que ella perteneciera a la propiedad del testador. (Moler, 2017)

Respecto a los hijos, en el derecho estadounidense no se establecen limitaciones exageradas, pues en general se concederá pensión de alimento siempre y cuando sean menores de edad, y en caso de haber sido omitidos del testamento, los mismos se integraran a través de la sucesión abintestato.

Dentro del régimen para la libertad testamentaria en Estados Unidos, se ha configurado en la doctrina la figura la “Undue Influence”, que se materializa cuando la libre voluntad del testador se altera o suplanta por causa de la actuación de un tercero, sin que medie algún vicio del consentimiento o de la voluntad testamentaria.

Afirma Moler, 2017 que la función de esta figura es proteger la autonomía y libertad de elección del testador, invalidando aquellos testamentos que no son fruto de su libérrima voluntad, por lo que el remedio va íntimamente ligado a la libertad de testar.

> Según Madoff, son cuatro los elementos que la jurisprudencia americana tiene en cuenta para determinar una posible undue influence:
>
> a) Una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia
>
> b) La persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento
>
> c) El testador era susceptible de undue influence, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas.
>
> d) El causante realiza alguna atribución "no natural" a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada más probabilidades de undue influence". (Moler, 2017)

A diferencia de Estados Unidos, la legislación Argentina reglamenta las legítimas de la siguiente forma:

> “art. 2444 del C.C. y C.N.: “Legitimarios: Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, ascendientes y cónyuge.” (Código Civil y Comercial de la Nación – República Argentina – Ley N° 26.994.)
>
> Y Art. 2445: “Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un

> medio…". (Código Civil y Comercial de la Nación – República Argentina – Ley N° 26.994.)

En Estados Unidos los descendientes del fallecido no están protegidos legalmente de ser desheredados, es decir, el testador está en plena libertad de dejar o no parte de sus bienes a sus hijos, o padres, todo lo contrario ocurre en Argentina donde los principios de la libertad testamentaria están arraigados también a la protección de la familia. (Moler, 2017)

En Argentina existen tres tipos de testamentos:

> **Testamento a sobre cerrado**: se redacta por el testador y se entrega a un escribano en presencia de al menos 5 testigos tal como su nombre lo indica en un sobre cerrado, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo. (Suau, 2015)

> **Testamento por acto público**: se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura. El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o sólo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. En ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. Concluida la redacción del testamento, se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano. (Suau, 2015)

> **Testamento Ológrafo:** es escrito a puño y letra por el testador, no necesita un escribano, ni testigos, debe estar fechado y firmado por el testador. (Suau, 2015)

En Estados Unidos existen en términos generales tres tipos de testamentos, con grandes diferencias a las de la legislación Argentina:

> **Testamento simple,** conocido en inglés como *simple will:* el testador, quien debe ser mayor de edad y estar en sus plenas facultades mentales, enumera sus bienes y nombra herederos. El testamento debe estar fechado y firmado por el testador y dos o tres testigos, dependiendo del estado. (Moler, 2017)
>
> **Fideicomiso testamentario,** conocido como *testamentary trust will:* todo o parte del patrimonio del testador se coloca en un fideicomiso y se nombra un administrador, quien decide cómo se distribuyen los bienes entre los beneficiarios. Son frecuentes este tipo de testamentos cuando el testador tiene hijos menores de edad o incapacitados. (Moler, 2017)
>
> **Testamento conjunto** o *joint will:* cuando dos personas testan nombrando heredera de la otra al que sobreviva." (Moler, 2017)

En conclusión vemos que existen grandes diferencias en ambas legislaciones, quizás por la constante evolución social y normativa, Estados Unidos ha llegado a ser uno de los países donde más prevalece la libertad testamentaria, pero aun así, existen limitaciones, específicamente en la porción conyugal, por el contrario Argentina y la mayoría de países latinoamericanos, aún arraigados a modelo de familia clásico, continúan estableciendo limitaciones en búsqueda de la no desprotección a la familia, estableciendo límites y

obligando al testador a dejar una gran porción de la masa herencial a los hijos, ascendientes y cónyuge.

2.3 Figuras jurídicas en Colombia que permiten ejercer la libertad testamentaria

Respecto a las figuras que permiten que en Colombia se pueda ejercer la libertad testamentaria pueden explicarse desde algunos principios constitucionales que deben ser protegidos: como la disposición del patrimonio, que es un atributo de la personalidad y que debe respetarse, pero siempre respetando los límites que dicta la ley, es por eso que existen dos figuras en las cuales el testador puede apoyarse para tener un poco más de control sobre su testamento, que son la indignidad y el desheredamiento.

La indignidad es la inhabilidad o pérdida del derecho que recae sobre una persona para ser heredero o legatario, por haber incurrido en alguna de las causales que establece el Código Civil en el artículo 1025:

> 1. El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla.
> 2. El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.
> 3. El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo.

> 4. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar.
> 5. El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.
> 6. El que abandona sin justa causa a la persona de cuya sucesión se trata, estando obligado por ley a suministrarle alimentos, a menos que el causante haya perdonado dicho comportamiento. (Ley 84 de 1873, Código Civil)

De igual forma sucede con el desheredamiento, que ya con anterioridad estudiamos más a profundamente.

Como podemos apreciar la libertad testamentaria se puede ejercer desde una forma abstracta basándose en las anteriores figuras pero siempre y cuando se incurra en las causales para cada una, y se puede disponer libremente del 50% de la masa herencial gracias a la modificación que se le hizo al código civil con la Ley 1934 de 2018, respecto a la libertad testamentaria y la ampliación de la libre disposición.

2.4 La figura del fideicomiso

Si bien el contrato de fiducia es un negocio mercantil, el mismo Código de Comercio en su artículo 1228 establece que la fiducia constituida por causa de muerte, debe hacerse por testamento, entonces la fiducia testamentaria es aquella constituida en cumplimiento de la voluntad del testador.

Quien realiza el testamento puede en vida, realizar un contrato fiduciario, cuyos efectos jurídicos nacerán al momento de verificarse su muerte, o designar un albacea, para que respecto a la parte de libre disposición una entidad fiduciaria determinada por el mismo testador, administre los bienes transferidos para que con su producto se beneficie uno o más

herederos o legatarios, o a su vez cumplida una condición testamentaria que consta en el contrato de fiducia, traspase estos bienes a los herederos o legatarios beneficiados de dicho contrato.

> "En el fideicomiso, el dueño de los bienes los asigna a un administrador, que se encargará de la gestión de las propiedades según las reglas y condiciones que dispuso el propietario.
>
> Si el creador del fideicomiso fallece, el administrador se encarga de ejecutar su deseo, que puede ser simplemente repartir los bienes entre los herederos -como en una sucesión tradicional- o continuar con la administración en el fideicomiso y distribuir las ganancias entre los herederos luego de una cantidad de años.
>
> En caso de que los herederos sean menores de edad, por ejemplo, puede establecer que el administrador continúe con el fideicomiso hasta que el todos los hijos cumplan la mayoría de edad." (Decreto 410 , 1971)

Esta figura es considerada como una acto solemne, pues solo pude llevarse a cabo por pacto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

2.5 Debate jurídico: Problema jurídico: ¿Por qué en Colombia se limita el ejercicio del derecho a la libertad testamentaria y cuáles son las figuras jurídicas que pueden garantizar el uso del mismo teniendo en cuenta que la norma ordena la exigencia del parentesco para asignar la porción a heredar?

El derecho civil como otras ramas del derecho, ha estado ampliamente influenciado por las raíces heredadas del derecho romano, aplicándose incluso al derecho sucesoral, donde se

siguen algunos lineamientos de origen romano, donde se establecía el derecho a heredar de acuerdo a la línea sucesoral, limitándose la libre de disposición de los bienes para otras personas que no estuvieran en dicho parentesco. (Ramírez, 1999)

No obstante con la puesta en marcha y posterior promulgación de la Ley 1934 de 2018, las circunstancias para la libre disposición de los bienes tuvieron un cambio sustancial, en materia de garantizar el ejercicio de este derecho, y establece específicamente que cuando existen legitimarios la mitad de los bienes será para la repartición entre ellos en partes iguales, y la otra mitad corresponderá a la "porción de bienes que el testador ha podido disponer a su arbitrio".

Además de ello, también se incluyó la figura del desheredamiento cuando:

> Un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o desheredamiento, o porque la ha repudiado y no tiene descendencia con derecho a representarlo, dicho todo o parte se agregará a la mitad de legítimas y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal en el caso del inciso 2° artículo 1236. (Ley 1934 de 2018)

De esta forma, se establece dentro del marco legislativo colombiano una facultad para que el legislador implemente una serie de limitaciones que existen en el ordenamiento jurídico interno para ejercer la libre disposición sobre los bienes.

Bajo este contexto, y con el estudio realizado es importante establecer, que Colombia bajo la promulgación de la Ley 1934 de 2018, derogó las limitaciones ejercidas sobre el derecho que tiene la persona para disponer libremente de sus bienes, es decir, que respecto a las formalidades y libertades a la hora de otorgar testamentos. La mencionada norma, estableció como cambio de mayor importancia ampliando la libertad de testar mediante la

reducción de las legítimas a una cuarta parte de la masa sucesoral y la eliminación de la cuarta de mejoras.

Con dicha disposición, se permite la libre disposición del 50% cuando el testador tenga descendientes o ascendientes. Se mantiene la libre disposición sobre del 100% al no haber legitimarios (descendientes y ascendientes).

Sin embargo, bajo el contexto analizado, si bien existe un escenario de gran avance en la materia en Colombia, puesto la nueva normatividad vigente, permite de manera más amplia disponer de los bienes a la hora de testar, sin que puedan existir barreras jurídicas, sobre el 50% de la masa sucesoral. Lo cierto, es que los bienes hacen parte del patrimonio del propietario, y bajo este contexto, deben existir formalidades y herramientas jurídicas, para que la persona se encuentre en libre disposición de sus bienes, sin que sea el legislador quien le imponga como y bajo qué circunstancias puede disponer de sus bienes.

El otro escenario que existe en el ordenamiento jurídico es que si bien, aún existe limitación por parte del legislador que no permite la libre disposición cuando existen herederos, existen dentro del contexto normativo actual algunas figuras ya identificadas dentro de la monografía que le permiten de manera efectiva ejercer la libre disposición de los bienes a heredar dejando que la persona elija sin ser limitada por la norma a quien desea traspasar sus bienes.

Dentro del análisis realizado, se pudo establecer finalmente que Colombia, ha configurado bajo la Ley 1934 de 2018, un gran avance en materia de materialización de la libertad testamentaria, toda vez que se generan grandes cambios que avanzan hacia la eliminación de barreras jurídicas en cuanto a la libre disposición de los bienes a través del testamento, pero que aún se configuran una serie de barreras, toda vez que el legislador debe

establecer puntos de equilibrio, y no constituir escenarios de riesgo hacia la vulneración de los derechos de las personas que bajo diferentes circunstancias están legitimadas para heredar.

De otra parte, el ordenamiento jurídico, permite que a través de figuras como el fideicomiso, la persona establezca las condiciones, modalidades y libre disposición para donar o heredar sus bienes a la hora de su fallecimiento, estableciéndose un ordenamiento jurídico enmarcado en la solidaridad, pero también en la materialización de los derechos que implica la libre de disposición o libertad testamentaria como ha sido llamada por la doctrina jurídica.

Conclusiones

La libertad testamentaria se ha configurado en el escenario del derecho civil y de familia, como un nuevo escenario de avances y discusión, toda vez que el ordenamiento jurídico anterior se mostraba ampliamente restrictivo en materia de los porcentajes del testador a la hora de otorgar su herencia.

En otras legislaciones del mundo la libertad testamentaria no tiene limitaciones en cuanto a la elección de las personas o familiares a quienes se les quiera dejar los bienes que se acumulan durante el proceso de vida del ser humano. Sin embargo, en Colombia la decisión de desheredar siempre y cuando se den las causales, puesto que encuentra sus limitaciones jurídica en la norma, a pesar de que la Ley 1934 de 2018 amplio el campo para tomar decisiones a la hora de elegir los herederos, y estructuro varios cambios al sistema sucesoral colombiano, no obstante dichos cambios aun establecen limitantes hacia el ejercicio del derecho a la libertad sucesoral, permitiéndose un porcentaje sobre la totalidad de los bienes a heredar para libre disposición y el restante para quienes están legitimados en derecho para heredar.

En la actualidad Estados Unidos y Argentina, países donde se hizo el estudio del derecho comparado registran algunas variaciones en relación con las disposiciones que se encuentran enmarcadas dentro del derecho colombiano, y se evidencia como el Common Law establece ciertas limitaciones y el modelo argentino, también se acerca a las restricciones en dicha disciplina.

En Colombia por su parte, la Ley 1934 de 2018 modifica y establece un avance significativo en la materia, abriendo el camino hacia una materialización efectiva de la disposición de bienes del causante, y existen mecanismos jurídicos a través de los cuales, se

pueden establecer o garantizar que la persona reparta su masa sucesoral de la forma que mejor lo disponga. Sin embargo, el debate aún sigue abierto a nuevos cambios, como lo hemos evidenciado en el desarrollo de la monografía, toda vez que la libertad testamentaria debe estar ausente de límites establecidos por el legislador, sobre los bienes, derechos y deberes, que se configuran bajo las relaciones civiles y de consanguinidad del causante, y a su vez, teniendo en cuenta que el derecho de dominio configura dentro de sus elementos la libre disposición de los mismos, para su perfeccionamiento, lo que implica que aunque el panorama para Colombia es bastante positivo, bajo los nuevos lineamientos, aun se requiere de nuevos debates que permitan mínimas restricciones en la materia.

Referencias

Andara, S. J. (2019). *Derecho Sucesoral o Hereditario.* Universidad de Los Andes (ULA). Venezuela. Recuperado el 02 de Febrero de 2020, de file:///C:/Users/fgh/Downloads/Tema1.Conceptoycontenidodelasucesin..Pdf

Avendaño, A. F. (1996). *El Fideicomiso.* Recuperado el 01 de Mayo de 2020, de file:///C:/Users/fgh/Downloads/Dialnet-ElFideicomiso-5085297.pdf

Carrasco, L. A. (2019). *"Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria".* UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS. Obtenido de https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/625886/CARRASCOL_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Código Civil y Comercial de la Nación – República Argentina – Ley N° 26.994... Recuperado el 2020, de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Congreso de Colombia. Ley 1934 de 2018, "POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA Y ADICIONA EL CÓDIGO CIVIL". Recuperado el 01 de Junio de 2019, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87872

Congreso de Colombia. Ley 84 de 1873, Por el cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia Recuperado el 22 de Enero de 2020, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2003, Referencia: expediente D-4357 (M. P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA). Recuperado el 2020, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20026425

Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 1996, Referencia: Expediente D-1349 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Recuperado el 2020, de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20036128

Corte Constitucional, Sentencia C-641/00, Referencia: expediente D-2684 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz). Recuperado el 15 de Enero de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-641-00.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-552 de 2014, Referencia: Expedientes D-9989 y D-9994., Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo). Recuperado el 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-552-14.htm

Decreto 410 De 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio (16 de Junio de 1971). Recuperado el 2020, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Decreto 902 de 1988, Por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones (Presidente de la República de Colombia). Recuperado el 2020, de http://suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1187399

Echeverría, E. M., & Echeverría, A. (2011). *Compendio de derecho sucesoral.* Cartagena: Editorial Universidad Libre, Sede Cartagena. Recuperado el 01 de Febrero de 2020, de http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/COMPENDIO_DE_DERECHO.pdf

Gamboa, M. C. (2017). *Legítimas y libertad de testar en el derecho argentino ¿Un sistema inconstitucional?* Recuperado el 2020, de https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14079/GAMBOA%20MARIA%20CAROLINA.pdf?sequence=1

Lecours, A. (2011). *"Derecho sucesorio en la Provincia canadiense de Québec".* Crónica Jurídica Mensual. Recuperado el 2020, de: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/probate%20code/upc%202010.pdf

López, H. F. (s.f.). *Derecho de Sucesiones.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello,

Meleán, B. J. (2019). *Acerca de las bases conceptuales del patrimonio.* Mérida, inédito.

Moler, B. K. (2017). *"ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS LÍMITES JURÍDICOS EN LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL COMMON LAW".* Recuperado el 12 de Febrero de 2020, de http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4583/DEmobekm.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Panesso, U. A. (s.f.). *PARALELO ENTRE EL FIDEICOMISO CIVIL Y LA FIDUCIA: ¿Cuándo es posible predicar la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria?* Universidad Pontifica Bolivariana. Recuperado el 22 de Enero de 2020, de https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2887/T.G.%20Mar%C3%ADa%20Adelaida%20Panesso%20U.pdf?sequence=1

Piña, V. O. (2007). *Derecho Sucesoral. Esquemas prácticos.* Valencia: Vadell hermanos,

Ramírez, R. (1999). *Sucesiones.* Bogotá: Editorial Temis S.A.

Suau, C. J. (2015). *LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES: HACIA UNA REFORMA DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS.* Universidad de Chile. Recuperado el 2020, de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133419/La-libertad-de-testar-y-sus-l%EDmites-hacia-una-reforma-de-las-asignaciones-forzosas.pdf?sequence=1