



FEMINISMO Y DERECHO

Estudio basado en el ordenamiento jurídico colombiano

**Lina M. Céspedes-Báez
Clara Carolina Cardozo-Roa
María Camila Correa-Flórez**



Universidad del
Rosario

Feminismo y derecho

Feminismo y derecho: estudio basado en el ordenamiento jurídico colombiano

Resumen

El derecho posee una naturaleza ambivalente: es capaz de producir estructuras de discriminación, pero también de desarmarlas. Su lenguaje no solo describe la realidad, sino que la cocrea al modelar conductas, instituciones y pactos sociales. El feminismo jurídico ha cuestionado este rol histórico de exclusión hacia las mujeres, transformando el aparato normativo en una vía para visibilizar y revertir desigualdades. Este volumen examina la intersección entre derecho y género dentro del ordenamiento colombiano, reuniendo aportes de expertas que enriquecen el conocimiento en la materia y ofrecen guías pedagógicas para el aula y el debate público. Como obra colectiva, no solo balancea los avances en los derechos de las mujeres, sino que plantea los desafíos para su sostenibilidad en el tiempo, posicionándose como un referente indispensable para la agenda de igualdad en la región.

Palabras clave: feminismo jurídico; discriminación; derecho público; derecho penal; derecho privado.

Feminism and Law: A Study Based on the Colombian Legal System

Abstract

The law is ambivalent: it can produce structures of discrimination but also dismantle them. Its language not only describes reality but also co-creates it by shaping behaviors, institutions, and social contracts. Legal feminism has challenged this historical role of exclusion toward women, transforming the normative apparatus into a means of making inequalities visible and reversing them. This volume examines the intersection of law and gender within the Colombian legal system, bringing together contributions from experts that enrich knowledge on the subject and offer pedagogical guides for the classroom and public debate. As a collective work, it not only assesses progress in women's rights but also highlights the challenges to their long-term sustainability, positioning itself as an indispensable reference for the equality agenda in the region.

Keywords: legal feminism; discrimination; public law; criminal law; private law.

Citación sugerida / Suggested citation

Céspedes-Báez, Lina M., Clara Carolina Cardozo-Roa y María Camila Correa-Flórez, eds. *Feminismo y derecho: estudio basado en el ordenamiento jurídico colombiano*. Editorial Universidad del Rosario, 2026. <https://doi.org/10.12804/urosario9789585007550>

Feminismo y derecho

Estudio basado en el ordenamiento jurídico colombiano

Lina M. Céspedes-Báez
Clara Carolina Cardozo-Roa
María Camila Correa-Flórez
—*Editoras académicas*—

Feminismo y derecho: estudio basado en el ordenamiento jurídico colombiano / Lina M. Céspedes-Báez, Clara Carolina Cardozo-Roa, María Camila Correa-Flórez, editoras académicas. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2026.

xxiv, 397 páginas.

1. Feminismo y derecho -- Colombia. 2. Mujeres -- Condiciones jurídicas -- Colombia. 3. Derecho y sociedad -- Colombia. 4. Derechos de la mujer -- Colombia. 5. Teoría del derecho -- Enfoque de género -- Colombia. I. Céspedes-Báez, Lina M., editora académica. II. Cardozo-Roa, Clara Carolina, editora académica. III. Correa-Flórez, María Camila, editora académica. IV. Universidad del Rosario. V. Título.

340.1

SCDD 23

Catalogación en la fuente — Universidad del Rosario. CRAI

HSBC

Junio 09 de 2026

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



Universidad del
Rosario

© Universidad del Rosario,
Editorial Universidad del Rosario
© Varias autoras

Editorial Universidad del Rosario
Calle 12C # 6-25
Bogotá, Colombia
Teléfono: (+57) 601 297 0200, ext. 3113
<https://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá, D. C., 2026

ISBN: 978-958-500-753-6 (impreso)
ISBN: 978-958-500-754-3 (ePub)
ISBN: 978-958-500-755-0 (pdf)
<https://doi.org/10.12804/urosario9789585007550>

Corrección de estilo: Andrés Castillo
Diseño de cubierta: César Yepes y Luz Arango
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital SAS

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Los conceptos y las opiniones de esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen a la Universidad ni sus políticas institucionales.

El contenido de este libro fue sometido al proceso de evaluación de pares, a fin de garantizar los altos estándares académicos. Para conocer las políticas completas, consultar el siguiente enlace <https://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Contenido

Introducción. De agonías, zombis y glitches:	
a manera de proemio	XIII
<i>Lina M. Céspedes-Báez</i>	
<i>Clara Carolina Cardozo-Roa</i>	
<i>María Camila Correa-Flórez</i>	
 Bibliografía.....	 XXII
 Las trampas del derecho y la teoría	
jurídica feminista en América Latina	1
<i>Alma Beltrán y Puga</i>	
 Introducción.....	 1
1. La trampa del patriarcado y sus heridas jurídicas	6
2. El Estado de derecho y la trampa de la igualdad:	
críticas al enfoque liberal normativo.....	11
3. La trampa de la objetividad:	
razonamiento jurídico feminista e interpretación judicial	18
4. El análisis distributivo del derecho:	
crítica feminista a las trampas del liberalismo legal	21
5. La trampa del fetichismo legal:	
el derecho como campo jurídico	
y vehículo de la transformación social	25
Conclusiones.....	28
Bibliografía.....	30

**Despatriarcalizar el salón de clase: retos de la enseñanza
del derecho internacional en Bogotá a partir del estudio de
los programas de clase 35**

Laura Betancur-Restrepo

Paola Acosta-Alvarado

Introducción.....	35
1. Feminismos localizados y derecho internacional.....	37
2. Feminismo, educación jurídica y derecho internacional	49
3. Caso de estudio: programas de clase de derecho internacional en facultades de derecho acreditadas en Bogotá.....	56
A manera de conclusión: despatriarcalizar el salón de clase.....	71
Bibliografía.....	78

**Reflexiones feministas sobre el derecho constitucional
en Colombia: breve examen a la ciudadanía de las mujeres
desde la reforma de 1991 87**

Jessika Mariana Barragán López

María Daniela Díaz-Villamil

Carolina Vergel Tovar

Introducción	87
1. El derecho constitucional bajo la lupa feminista o la ciudadanía real siempre en construcción.....	89
2. Definir las reglas de juego	95
3. Interpretar las reglas constitucionales desde una perspectiva feminista	107
Conclusiones.....	124
Bibliografía.....	128

**Incidencias e interpelaciones de las mujeres
al constitucionalismo liberal colombiano 137**

Vanessa Sueli Cock

Introducción.....	137
1. Participación de las mujeres en la génesis del constitucionalismo liberal	139

2. Incidencia e interrelación de las luchas feministas en la configuración constitucional	146
3. Interpelación de los feminismos al constitucionalismo liberal colombiano	154
Conclusiones	162
Bibliografía	164
Cuidado y reproducción social en la jurisprudencia constitucional.....	171
<i>Johanna del Pilar Cortés Nieto</i>	
Introducción	171
1. Trabajo, cuidado y reproducción	174
2. Cuidado, reproducción y DESC.....	184
3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre DESC y cuidado	190
Conclusiones	205
Bibliografía	207
Derecho procesal penal y perspectiva feminista	213
<i>María Helena Luna Hernández</i>	
Introducción.....	213
1. Los hechos en el proceso penal colombiano: función heurística de la perspectiva de derechos humanos de las mujeres	214
2. La prueba en el proceso penal colombiano	224
3. Mecanismos de terminación anticipada del proceso penal	239
Conclusiones	249
Bibliografía	250

El reconocimiento de la violencia sexual en las cortes y tribunales penales internacionales: un giro hacia la comprensión de los daños de reconocimiento secundario	253
<i>Ana Milena Coral Díaz</i>	
Introducción.....	253
1. Los tribunales internacionales y el reconocimiento de la violencia sexual	254
2. Los daños de reconocimiento secundario	271
Conclusiones	279
Bibliografía	282
 El derecho de familia bajo una mirada feminista y de género.....	285
<i>Karol Ximena Martínez Muñoz</i>	
Introducción.....	285
1. El feminismo en el derecho de familia	288
2. La perspectiva feminista y de género en algunas materias particulares	299
Conclusiones.....	308
Bibliografía.....	309
 Contratos: una reconsideración feminista de la teoría tradicional	315
<i>Lina M. Céspedes-Báez</i>	
Introducción.....	315
1. ¿Qué es el contrato?	319
2. Limitaciones de la autonomía de la voluntad privada como fundamento del contrato: el feminismo legal como parte de una tradición crítica	325
3. Críticas feministas del contrato en acción: análisis de Thorne vs. Kennedy	333
Conclusión a la colombiana.....	337
Bibliografía.....	342

Derechos sucesorales de las mujeres en Colombia: teorías, normas y problemas por resolver	347
<i>Clara Carolina Cardozo-Roa</i>	
Introducción.....	347
1. Los fundamentos: perspectivas teóricas tradicionales y la dinámica de las sucesiones sin el debate de lo femenino	349
2. La ruptura con las desigualdades expresas	365
3. La incorporación de las diferencias	373
Conclusiones	389
Bibliografía	391

Contratos: una reconsideración feminista de la teoría tradicional

Lina M. Céspedes-Báez¹

Introducción

En este capítulo se abordará el contrato desde una perspectiva feminista. Para tal efecto, se explorará la aproximación tradicional a esta institución jurídica, propia del derecho privado, con el fin de determinar si es posible y necesario repensarla desde el feminismo legal. En este sentido, la pregunta fundamental de este texto es si la comprensión del contrato, entendido primordialmente como un acuerdo de voluntades cuya fuerza obligatoria emerge de la autonomía de la voluntad privada de las partes, contribuye a generar o mantener la discriminación en contra de las mujeres. Formulado de otro modo, el cuestionamiento principal es si el contrato, en su configuración tradicional, es una herramienta que requiere ser rediseñada para responder adecuadamente a la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres en el juego social. De alguna manera, entonces, el objetivo de esta reflexión es “dudar” de esta institución jurídica y de su supuesta neutralidad en términos de género.

El resultado de este ejercicio permitirá identificar qué significa examinar el contrato desde un lente feminista y qué modificaciones deben introducirse en su mecánica, con la idea de que responda mejor a los retos de una sociedad que debe propender por la prevención y eliminación de la

❖ Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.12804/urosario9789585007550.09>

¹ Lina M. Céspedes-Báez es profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

discriminación y la violencia basadas en género. Ahora bien, el hecho de que el contrato pueda presentar sesgos de género en su funcionamiento actual no es razón suficiente para negar su importancia. Más bien, el fin perseguido por este examen es contribuir a su consolidación mediante una aproximación que evite que su mecánica constituya un eslabón más en la reproducción de la discriminación contra las mujeres.

El contrato, como la propiedad, es una institución jurídica determinante para la vida cotidiana. A través de él, las personas satisfacen sus necesidades, desde las más básicas hasta aquellas que responden a sus deseos de distinción y prestigio, adquieren los medios para desarrollar sus capacidades y contribuyen a la realización de la vida en sociedad.² El contrato, junto con la propiedad, la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa, han sido considerados unos de los pilares del derecho privado, al menos en el mundo occidental, en las tradiciones de derecho civil y derecho común.³ Afirmar que estas instituciones son parte de los fundamentos del derecho privado implica situarlas como figuras jurídicas esenciales para el desarrollo individual y social. Igualmente, esta aseveración reconoce que la libertad de las personas depende íntimamente de su capacidad de acceder a los recursos necesarios para vivir una vida digna y libre de daños, y que el derecho ha de poner a disposición de los individuos las formas jurídicas adecuadas para lograrlo. El contrato, la propiedad y la responsabilidad civil están interrelacionados en la medida en que constituyen los vehículos adecuados para que las personas puedan realizar su libertad y obtener el resarcimiento apropiado frente a los daños que puedan sufrir.

² Gregory Alexander ha desarrollado una teoría de la propiedad en la que su fin último es contribuir al florecimiento humano. Su objetivo ha sido ofrecer una visión alternativa respecto de las teorías que, según él, dominan la manera de entender la propiedad en el mundo angloamericano: el utilitarismo y la perspectiva kantiana de los derechos y la autonomía individual. Su propuesta permite entender la propiedad como una institución que, si bien está fundada en la autonomía individual, tiene importantes implicaciones sociales. De esta forma, Alexander concluye que la propiedad como institución solo está justificada si contribuye de manera significativa a que los individuos puedan tener la posibilidad de definir el curso de sus vidas para lograr un buen vivir. De esto se deriva que la propiedad sea considerada más que un conjunto de derechos y de deberes de abstención, como una institución que implica para los propietarios obligaciones positivas particulares respecto del florecimiento de los demás miembros de la sociedad (Gregory S. Alexander, *Property and Human Flourishing* [New York: Oxford University Press, 2018]).

³ James Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 3.

La comprensión actual del contrato se consolidó en el siglo XIX. Sin desconocer su historia milenaria y las contribuciones de épocas y corrientes de pensamiento anteriores a su perfilamiento, las teorías decimonónicas de la voluntad marcan un hito en su configuración, en la medida en que procuraron sistematizar su lógica en torno al eje de lo querido por los contratantes.⁴ Si bien existen múltiples teorías que han puesto en tela de juicio la estructuración racionalista y voluntarista del contrato, las cuales han sido acogidas en mayor o menor medida por la doctrina y el ordenamiento jurídico, el arquetipo de contrato frente al cual responden estas contribuciones críticas toma como referente esa noción decimonónica. La teoría relacional del contrato, el solidarismo, la aplicación del enfoque económico del derecho a la contratación, el realismo jurídico, entre otros, procuran rebatir esta idea ortodoxa de contrato.⁵ En este sentido, aquel constructo jurídico que emergió del pensamiento liberal clásico sigue siendo hoy el baremo de comparación, el punto de partida y el marco que define la teoría del contrato, para reafirmar su vigencia o para decretar su obsolescencia.

Las mujeres, como grupo poblacional, tuvieron muy poco que ver con el moldeamiento de esta idea de contrato. El fin de los antiguos regímenes monárquicos europeos, que comenzó a fraguarse al menos desde el siglo XVII, y el establecimiento de los regímenes liberales no significaron para las mujeres la adquisición de una ciudadanía plena ni el reconocimiento de su autonomía. Mientras el ideario liberal promulgaba el fin del estatus o de la determinación del destino de los hombres de acuerdo con las circunstancias de su nacimiento, las mujeres continuaron siendo definidas a través de limitaciones jurídicas ligadas a su sexo que les impedían participar de manera sistemática en el espacio público, tener la posición y las credenciales para definir el contenido

⁴ *Ibid.*, 287-288.

⁵ Linda Mulcahy, "The Limitations of Love and Altruism - Feminist Perspectives on Contract Law", en *Feminist Perspectives on Contract Law*, editado por Linda Mulcahy y Sally Wheeler (New York: Routledge, 2014). Sharon Thompson, "Feminist Relational Contract Theory: A New Model for Family Property Agreements", *Journal of Law and Society* 45, n.º 4 (2018): 617-645. Thea Christine Bauer y Mariana Bernal Fandiño, "Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de COVID-19", *Revista de Derecho Privado*, n.º 41 (2021), 53-80. Avery W. Katz, "Economic Foundations of Contract Law", en *Philosophical Foundations of Contract Law*, editado por G. Gregory Klass, George Letsas y Prince Saprai (Oxford: Oxford University Press, 2016): 171-192. Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", *The Yale Journal of Law* 94, n.º 5 (1985), 1012-1014.

del derecho y participar en grandes transacciones comerciales.⁶ La limitación de la capacidad de la mujer casada, su marginación de la educación y la constitución de un Estado netamente masculino permiten afirmar que su rol en la delineación del contrato, como institución fundamental del derecho privado, fue limitado o inexistente, y que su situación particular no fue tomada en cuenta más que para subrayar su imposibilidad de ser el sujeto paradigmático del derecho contractual.⁷

El lugar central que ocupa el contrato como institución esencial del derecho privado, su importancia como mecanismo jurídico para promover el florecimiento humano, la persistencia de la discriminación basada en el género en la sociedad contemporánea y la escasa o nula participación de las mujeres en su moldeamiento constituyen las principales razones para abordarlo desde una perspectiva feminista. Las conclusiones a las que arriba este capítulo permiten hacer evidentes 1) las limitaciones que tiene la noción tradicional del contrato; 2) la necesidad de explorar fundamentos distintos a la autonomía privada para explicar su mecánica y la contribución de la teoría feminista legal a esta tarea; y 3) los retos que tiene cualquier reflexión feminista en esta área, en la medida en que cualquier revisión a la concepción tradicional de esta figura no puede traer como efecto secundario un debilitamiento de la agencia de las mujeres. Poner entre signos de interrogación la autonomía de los individuos como motor y fundamento del contrato puede acarrear, para las mujeres, el debilitamiento de una característica jurídica, política y filosófica que les ha costado conquistar: su capacidad de autodeterminación. De ahí que pensar el contrato desde una perspectiva feminista sea una cuestión jurídica delicada, con la vocación de proyectarse de inmediato en la vida cotidiana de las mujeres.

Este capítulo se divide en tres secciones. En la primera, se analiza brevemente la noción tradicional de contrato y el lugar que ocupan la voluntad, el consentimiento y la autonomía en su configuración. En la segunda, se explican de manera sumaria las limitaciones del paradigma tradicional del contrato y algunas de las críticas que han pretendido hacerlas visibles y solucionarlas, entre

⁶ John Stuart Mill, *On Liberty and The Subjection of Women* (New York: Penguin Group, 2006), 151-153.

⁷ Hila Keren, "Feminism and Contract Law", en *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, editado por Robin West y Cynthia Grant (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019), 407-408.

ellas, las teorías legales feministas. En la tercera, se estudia el caso *Thorne vs. Kennedy* de la Corte Suprema australiana, con el fin de ilustrar cómo las teorías críticas feministas han procurado reconceptualizar el contrato. En la cuarta se ofrece la conclusión de este artículo, enfatizando la importancia de que las cortes colombianas sean más explícitas en las reconfiguraciones del contrato que implican sus decisiones, en especial cuando estas tienen como protagonistas a mujeres que solicitan excusas para el cumplimiento de los negocios de los que son parte.

1. ¿Qué es el contrato?

La idea básica de qué es un contrato es compartida por las tradiciones de derecho civil y de derecho común.⁸ La autonomía de los individuos constituye el concepto fundante que le da un carácter propio al contrato y lo diferencia de otras fuentes de las obligaciones como el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la responsabilidad precontractual, entre otras.⁹ El contrato, entonces, descansa en la idea de ser un instrumento que permite la autodeterminación y facilita la consecución de fines mediante la expresión de la voluntad.¹⁰ En palabras de Von Thur, el contrato es una especie de negocio jurídico, entendido este como “la manifestación de voluntad de uno o varios particulares [...] encaminada a producir efectos en derecho”.¹¹

El contrato es una expresión particular del negocio jurídico que precisa al menos de dos partes y del encuentro de sus voluntades o consentimiento para producir efectos en derecho. Así, el contrato también puede entenderse como un instrumento de colaboración en el que convergen las voluntades de las partes para realizar sus intereses. La definición del Código Civil colombiano, contenida en su artículo 1495, confirma esta visión al establecer que este “es un *acto* por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no

⁸ Martín Hevia, “Los límites del consentimiento en el derecho contractual”, en *Filosofía del derecho privado*, editado por Diego Papayannis y Esteban Pereira (Madrid: Marcial Pons, 2018), 108. Juan Pablo Cardenas, *Contratos. Notas de clase* (Bogotá: Legis Editores, 2021), 1.

⁹ Rubén H. Compagnucci de Caso, *Manual de Obligaciones* (Buenos Aires: Astrea, 1997), 52-53, 63, 69. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones* (Bogotá: Editorial Temis, 1998), 31-42. Andrea Von Thur, *Tratado de las Obligaciones* (Bogotá: Editorial Leyer, 2007), 115, 279-280. José Armando Bonivento Jiménez, *Obligaciones* (Bogotá: Editorial Legis, 2017), 37-48.

¹⁰ Rubén H. Compagnucci de Caso, *Manual de Obligaciones*, 52.

¹¹ Andrea Von Thur, *Tratado de las Obligaciones*, 115.

hacer alguna cosa” [cursiva añadida]. La referencia que el artículo hace a la noción de *acto* denota la presencia de la voluntad orientada a la producción de efectos jurídicos.

A lo largo de la historia, la noción de contrato ha estado ligada a la confluencia de voluntades. Sin embargo, tanto el derecho romano como la escolástica tardía recurrieron a otros conceptos para explicar por qué razón los contratos producían efectos. Los romanos consideraron que no todos los contratos eran obligatorios por consentimiento. La entrega, el cumplimiento de las formalidades y el cumplimiento de una de las partes eran condiciones que otorgaban fuerza obligatoria a los contratos más allá del consentimiento.¹² Por su parte, la escuela escolástica pretendió explicar la obligatoriedad del contrato a través de las concepciones aristotélicas de *fidelidad*, *liberalidad* y *conmutatividad*.¹³ El consentimiento se consideró la base de la obligatoriedad en aquellos contratos en los que ambas partes se obligaban recíprocamente. En el caso de las liberalidades, la búsqueda del fundamento de la obligatoriedad del contrato fue más debatida y compleja. Honrar la palabra debida, la entrega o la costumbre fueron algunas de las razones que se arguyeron para tal efecto.¹⁴

El siglo XIX marcó un giro radical en el estudio del contrato, lo cual tendría un efecto fundamental en la tradición del derecho civil. Las llamadas “teorías voluntaristas” estructuraron toda la mecánica del contrato en torno a la idea de *la voluntad*. Esto significó dejar de lado las ideas romanas y aristotélicas, redefinir el contrato como un producto exclusivo de la voluntad de las partes y no clasificar sus diferentes acuerdos para determinar de dónde emana su fuerza obligatoria.¹⁵ Como resultado, la idea de contrato se fundió con la convergencia de la voluntad de las partes para generar efectos jurídicos, y la pregunta por la razón por la cual las promesas tenían fuerza jurídica obligatoria perdió

¹² James Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (Nueva York: Oxford University Press, 2006), 287-288.

¹³ James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 4.

¹⁴ *Ibid.*, 5-9.

¹⁵ *Ibid.*, 287-288.

centralidad en el estudio de esta institución, pues la voluntad como expresión autónoma del individuo cumplía esa función explicativa de forma total.¹⁶

La razón por la cual la voluntad tomó el lugar que en el pasado habían tenido otros criterios no es del todo clara. Mientras algunos autores indican que el auge de las teorías contractualistas para explicar el origen del Estado y la implementación del liberalismo económico precisaban de dicho giro conceptual, autores como James Gordley indican que recurrir a la idea de la voluntad era el único expediente que tenían los juristas una vez distanciados de las ideas aristotélicas.¹⁷ Lo cierto es que las ideas kantianas, y del liberalismo en general, han influido en la manera en que se entiende actualmente el rol de la voluntad en los contratos, ya sea para reafirmar su papel protagónico, ya sea para criticar sus limitaciones y desventajas. También lo es el hecho de que perviven manifestaciones contractuales que matizan o van en contravía de esa hegemonía de la voluntad o del consentimiento.¹⁸ El carácter real del mutuo civil en Colombia es uno de esos ejemplos que pueden servir para demostrar este aspecto o para indicar que lo que allí sucede es que esa voluntad o consentimiento debe manifestarse de una forma particular.¹⁹

La contribución kantiana a la teoría del contrato se fundamenta en la idea de *persona* como ente autónomo y en el reconocimiento de que esta precisa de cosas y acciones de otros para la realización de su proyecto de vida.²⁰ En este sentido, su capacidad de autodeterminarse se manifiesta en la posibilidad de proyectar su existencia y de realizar las acciones necesarias para concretar esa visión. Para ello, las personas afectan cosas a los fines por ellas determinados y adquieren derechos a las acciones de otros para el mismo efecto. De esta manera, toman forma los derechos reales y los personales,

¹⁶ Gordley, *Foundations of Private*, 56. Cardenas, *Contratos. Notas de clase*, 3.

¹⁷ Gordley, *Foundations of Private*, 288. Hevia, “Los límites del consentimiento”, 109-112. Cardenas, *Contratos. Notas de clase*, 3.

¹⁸ Sobre la importancia de mantener la distinción entre contratos reales y consensuales ver Antonio Saccoccio, “La difusión del consensualismo en América Latina: las categorías real y consensual en el derecho de los contratos”, en Martha Lucía Neme Villarreal, *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018).

¹⁹ De acuerdo con el artículo 2221 del Código Civil colombiano, el mutuo es un contrato que precisa de la entrega de la cosa para perfeccionarse.

²⁰ Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres* (Madrid: Editorial Tecnos, 2018), 11-36. Hevia, “Los límites del consentimiento”, 109-111. Nicolás Parra Herrera, *Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la Constitución* (Bogotá: Legis Editores, 2018), 86-87.

respectivamente. Así, las afectaciones de las cosas estarán regidas por los derechos de propiedad, y las relaciones de colaboración con otras personas estarán regidas por el derecho de contratos.²¹ El individuo diseña su plan de vida en un ejercicio de autonomía y proyecta su voluntad mediante los instrumentos jurídicos que le permiten hacerlo realidad.²² Tanto la propiedad como el contrato serán, entonces, vehículos de expresión de su autodeterminación.

La adopción de la teoría voluntarista del contrato no fue uniforme en la tradición del derecho civil y del derecho común. Esto se puede observar en la manera como cada una de estas tradiciones entiende la interpretación del contrato. La tradición del derecho civil, representada particularmente por el derecho francés, considera que el contenido del contrato está fijado por la intención común de las partes. De esto se deriva que se le llame *subjetivista* y que la tarea de interpretación consista en buscar ese querer común. La tradición del derecho común aboga por un entendimiento *objetivo* del consentimiento, en el cual no prima lo que las partes quisieron internamente, sino lo que expresaron, la manera en que actuaron y lo que razonablemente se puede esperar de este tipo de promesas en un contexto determinado.²³

Ahora, tanto las aproximaciones subjetivistas como las objetivistas son impuras. Esto quiere decir que la interpretación subjetiva del contrato recurre a sus dimensiones objetivas para determinar el consentimiento de las partes, y que la interpretación objetiva hace lo propio. Lo que determina si son subjetivistas u objetivistas es la función principal o subsidiaria que desempeña cada una de estas dimensiones en la búsqueda del significado del contrato. Así, por ejemplo, en el caso colombiano, las dimensiones objetivas cobran importancia cuando las subjetivas no permiten determinar lo querido por las

²¹ Kant, *La Metafísica*, 72-97.

²² Stephen A. Smith, *Contract Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 141.

²³ Joseph M. Perillo, "The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation", *Fordham Law Review* 69 (2000) 427, 476-477. Hevia, "Los límites del consentimiento", 107-108. Parra, *Temperamentos interpretativos*, 84-85. Por cuestiones de espacio y alcance de este capítulo, este párrafo simplifica intensas discusiones acerca del binomio voluntad-declaración. El mismo Código Civil colombiano exhibe contradicciones al respecto. Mientras el artículo 1618 da, lo que parece ser, primacía absoluta al voluntarismo, el artículo 1934 adopta una posición completamente objetiva (Clara Cardozo Roa, "Principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada", en *Principios Generales del Derecho Privado*, editado por Clara Cardozo-Roa (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020), 168-169). Una ampliación de fácil comprensión a este tema se encuentra en Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, (Bogotá: Editorial Temis, 2009), 98-111.

partes.²⁴ Entonces, la interpretación del contrato en el derecho colombiano se considera subjetivista. En lo relativo a la tradición del derecho común, las reglas subjetivas de interpretación desempeñan un papel suplementario, razón por la cual se considera que prima en esta la interpretación objetivista.²⁵ Esto permite afirmar que, a pesar de las diferencias entre ambas tradiciones, la voluntad y el consentimiento son conceptos centrales para entender qué es y cómo opera un contrato.²⁶

En el derecho colombiano, el contrato tiene una doble esencia.²⁷ Por un lado, es una regla de conducta con alcance obligatorio para las partes; por otro, es una manifestación de voluntades. Respecto de lo primero, el artículo 1602 del Código Civil establece claramente que “todo contrato legalmente celebrado es una *ley* para los contratantes”. En relación con lo segundo, los artículos 1495 y 1618 del Código Civil consagran la primacía de la voluntad y la autonomía como fundamento del contrato. El artículo 1495 indica que el contrato es un *acto* o negocio, lo que implica caracterizarlo como vehículo para realizar la autonomía de la voluntad mediante la producción de efectos jurídicos, particularmente obligaciones. El 1618, al establecer la máxima de que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo literal de las palabras”, posiciona lo querido sobre lo declarado como expresión auténtica de la autonomía.²⁸ La libertad contractual se deriva de esta autonomía de la voluntad y se concreta, básicamente, en la posibilidad que tienen los individuos de decidir con quién contratan y de definir el contenido de su negocio, siempre y cuando respeten el orden público y los derechos fundamentales.²⁹

La regulación de las causales de nulidad absoluta y relativa, así como de la inexistencia del contrato, responde a la necesidad de establecer los escenarios en los que la *ley* contractual creada por los contratantes debe ser dejada de lado. Consideraciones de orden público y de protección de la libertad en la

²⁴ Parra, *Temperamentos interpretativos*, 113-118.

²⁵ Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (New York: Oxford University Press, 2018), 397-406.

²⁶ Hevia, “Los límites del consentimiento”, 107-108.

²⁷ Parra, *Temperamentos interpretativos*, 95.

²⁸ *Ibid.*, 88-89.

²⁹ *Ibid.*, 89.

manifestación del consentimiento dan fundamento a los escenarios en los que el ordenamiento jurídico considera que el negocio no debe ser honrado, sino todo lo contrario, debe ser removido del tráfico jurídico. En el caso colombiano, la causa ilícita, el objeto ilícito, el celebrar un contrato con menores absolutamente incapaces y la falta de formalidades prescritas por la ley que sean *ad substantiam actus*³⁰ conllevan la nulidad absoluta por consideraciones de orden público.³¹ La incapacidad relativa y los vicios del consentimiento son las principales causas de la nulidad relativa. La inexistencia del negocio se refiere a la ausencia total de uno o algunos de los elementos requeridos para que adquiera entidad, por ejemplo, el consentimiento o el contenido.

La organización del contrato en torno a la voluntad o al consentimiento de las partes ha sido objeto de críticas por sus limitaciones. En especial, se le ha cuestionado que su punto de partida es extremadamente individualista, que no ahonda en el fundamento de la obligatoriedad de las promesas y que no ofrece una explicación satisfactoria de las normas implícitas y supletorias que regulan el contrato, entre otros aspectos.³² El feminismo legal no ha sido

³⁰ El artículo 256 del Código General del Proceso colombiano indica que los documentos *ad substantiam actus* son aquellos “que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato”. Se ha debatido mucho sobre qué tipo de fallas respecto a las formalidades generan nulidad absoluta del contrato. Si los ordenamientos jurídicos aceptan la figura de la inexistencia del negocio, la falta de solemnidades *ad substantiam actus* acarrea que este no exista, no que esté afectado por nulidad absoluta. La solución propuesta por doctrinantes como Guillermo Ospina Fernández es distinguir entre la inobservancia total y la inobservancia parcial de la solemnidad *ad substantiam actus*. La primera conlleva a la inexistencia, la segunda a la nulidad absoluta. Como se puede observar, esta distinción es problemática. La razón radica en que es difícil imaginar situaciones en que las solemnidades se cumplen parcialmente. Por ejemplo, para la compraventa de un inmueble se precisa elevar el negocio a escritura pública. Imaginar un cumplimiento parcial de esta solemnidad tiene dificultades. En materia de formalidades *ad substantiam actus* la regla que parece primar es la de su cumplimiento o incumplimiento, no la de cumplimiento parciales.

³¹ El artículo 1741 del Código Civil colombiano prescribe:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

³² Gordley, *Foundations of Private*, 288. Hevia, “Los límites del consentimiento”, 108. Cardenas, *Contratos. Notas de clase*, 3-7.

ajeno a este análisis y ha contribuido a problematizar esta institución con el fin de comprender cómo esta contribuye a la discriminación de las mujeres.

2. Limitaciones de la autonomía de la voluntad privada como fundamento del contrato: el feminismo legal como parte de una tradición crítica

La utilización de la autonomía privada³³ como concepto central alrededor del cual se le da sentido a la mecánica de la institución contractual ha permitido distinguirla de otras fuentes de las obligaciones, como el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad civil precontractual, y subrayar la importancia del contrato en la realización del proyecto de vida de las personas. Sin embargo, su poder explicativo enfrenta serias limitaciones cuando se trata de darle sentido a la complejidad de su funcionamiento y a sus implicaciones sociales. Si la autonomía privada reinara de manera absoluta en la operatividad del contrato, tanto prometer como retirar la promesa deberían ser posibles sin mayores consecuencias.³⁴ Sin embargo, la fortaleza de esta institución radica precisamente en que una vez se promete se debe cumplir, ya sea de manera voluntaria, ya sea a través de los medios puestos al servicio del acreedor por el ordenamiento jurídico.

Diversos fundamentos se han propuesto para explicar por qué las promesas que hacen los contratantes son vinculantes. Algunas teorías utilitaristas han respondido a este interrogante mediante el argumento de la eficiencia. En este sentido, estas teorías justifican la obligatoriedad del contrato afirmando que este es la herramienta más eficiente para que los individuos regulen sus intereses, en la medida en que son los que están mejor posicionados para tal efecto. Así, que las personas puedan regular sus intereses de manera

³³ Tras la denominación *autonomía privada* se teje la discusión sobre la diferencia entre este concepto y el de *autonomía de la voluntad*. Aunque en últimas las dos se refieran a un mismo haz de libertades, sus fundamentos teóricos y genealogías son distintas, a pesar de estar íntimamente ligadas. La autonomía de la voluntad es considerada un término propio del iusnaturalismo que reconoce el poder que tienen los particulares para organizar sus asuntos privados como expresión de su libertad y dignidad. La autonomía privada podría ser considerada una reacción a la largueza de esta concepción que terminó permitiendo el abuso de personas vulnerables. Así, la autonomía privada es concebida como un poder normativo del individuo acotado a sus relaciones privadas y sujeto a las normas del Estado. En este sentido, se puede concluir que la autonomía privada tiene una raigambre positivista (Cardozo, "Principio de la autonomía", 163-165, 171-172).

³⁴ Cardenas, *Contratos. Notas de clase*, 4.

acorde con su proyecto de vida promueve su satisfacción y bienestar. Estos resultados son eficientes y dan razón de la existencia del contrato.³⁵ Otras teorías utilitaristas han puesto su énfasis en otros aspectos a los que responde el contrato. Así, algunos autores consideran que esta institución promueve la justicia distributiva, la formación de relaciones valiosas para la sociedad y para los individuos, y la autonomía.³⁶

Las teorías que explican la fuerza obligatoria del contrato únicamente por medio de la noción de promesa sostienen que estas son las herramientas más adecuadas para promover y honrar la confianza, indispensable para que los individuos puedan realizar el plan de vida que se han fijado de manera autónoma. En este contexto, la fuerza obligatoria del contrato se explica mediante la noción de *derechos*. Del contrato emergen derechos para el acreedor respecto del cumplimiento del deudor.³⁷ Como se puede observar, estas teorías van más allá de la voluntad. De esta forma, el contrato es una fuente de derechos que justifica no solo las conductas del deudor, sino el que se le considere vinculante. Otras manifestaciones de las teorías basadas en la promesa subrayan, más bien, que tomarse en serio la autonomía de las personas implica necesariamente entender que sus promesas son obligatorias. De otra manera sería imposible contemplar al ser humano como libre e independiente.³⁸

Las teorías del consentimiento también han procurado ofrecer una explicación del carácter vinculante del contrato.³⁹ El objetivo primordial de estas aproximaciones ha sido enfatizar en la necesidad de que la voluntad de las partes rebase los límites del puro querer subjetivo para producir efectos jurídicos.⁴⁰ No basta con querer; hay que encarnar esa voluntad subjetiva en manifestaciones objetivas. De esta manera, esta visión reivindica la dimensión

³⁵ Smith, *Contract Theory*, 108-115.

³⁶ *Ibid.*, 136-140.

³⁷ Gordley, *Foundations of Private*, 294-295. Smith, *Contract Theory*, 140-146.

³⁸ Charles Fried, *Contract as a Promise: A Theory of Contractual Obligation* (New York: Oxford University Press, 2015); Hevia, "Los límites del consentimiento", 110-112.

³⁹ La teoría del consentimiento es una reacción a la dimensión subjetivista del contrato como promesa. En este sentido, puede entenderse como una teoría objetiva del contrato o una toma de partido por la declaración sobre la voluntad.

⁴⁰ Randy E. Barnett, "Contract Is Not a Promise; Contract Is Consent", editado por G. Gregory Klass, George Letsas y Prince Saprai (Oxford: Oxford University Press, 2016).

comunicativa del acto de querer con el fin de que sea reconocible para el otro contratante y para la sociedad en la que se desarrolla el contrato. De ahí que la fuerza obligatoria del contrato no emerge de una promesa, sino de esta manifestación objetiva, comprensible para el otro contratante, que provee el “criterio de ejecución”⁴¹ de sus obligaciones. Ahora bien, explicar el fenómeno contractual mediante la expresión objetiva de la voluntad no implica un debilitamiento de su centralidad; más bien, parece subrayar la importancia capital de la autonomía privada.

El hecho de que las teorías voluntaristas y consensualistas no puedan explicar de manera satisfactoria la aplicación de normas supletivas al contrato cuando las partes no regulan todas sus dimensiones ha sido considerado una de las tantas razones para criticarlas. Esta situación se vuelve más evidente cuando son los jueces quienes deben acudir a ellas en el contexto de litigios entre las partes. La pregunta que esta circunstancia plantea es cómo entender que se apliquen disposiciones al contrato que no fueron acordadas por las partes, especialmente en un escenario litigioso. Algunos autores han recurrido a distintos expedientes para responder a esta objeción. Por ejemplo, un sector ha dicho que, cuando las partes celebran contratos, asumen que a estos se les aplicarán las normas supletorias y de interpretación, en caso de ser necesario.⁴² El punto débil de esta teoría es su dependencia de una presunción bastante amplia que anula la voluntad o el consentimiento con la excusa de salvarlos. Otro sector ha procurado sostener su centralidad mediante el argumento de la racionalidad. Para ello, han propuesto entender que las lagunas del contrato han de ser resueltas de la manera más racional, lo que conduce a establecer lo que el consentimiento de las partes hubiera previsto. De esta manera, ante el silencio de las partes, el cumplimiento y las vicisitudes del contrato deben ser determinados de acuerdo con el principio de la negociación racional.⁴³ Esta posición parte de la idea de que las partes son racionales y expresaron su racionalidad en la celebración del contrato y, por tanto, el intérprete del contrato puede determinar fácilmente lo que estas hubieran querido.⁴⁴

⁴¹ *Ibid.*, 51 [traducción de la autora].

⁴² Barnett, “Contract Is Not a Promise”, 52-55. Hevia, “Los límites del consentimiento”, 113.

⁴³ Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs* (New York: Cambridge University Press, 1992), 175. Hevia, “Los límites del consentimiento”, 113-114.

⁴⁴ Barnett, “Contract Is Not a Promise”, 53-54.

Las lecturas racionalistas y voluntaristas del contrato han sido objeto de intensa crítica. Basta con pensar en la corriente solidarista que surgió en Francia a finales del xix y principios del xx. León Duguit, quien fuera uno de sus principales pensadores, consideró necesario abogar por la completa desaparición del concepto de *derecho subjetivo*, por considerarlo excesivamente individualista y desconocedor de la necesaria solidaridad que fundamenta la existencia de la sociedad.⁴⁵ En este sentido, el solidarismo aplicado a los contratos implica comprender esta figura como un instrumento de colaboración mediante el cual las partes se deben más que aquello que han pactado expresamente, para integrar débitos de cooperación y rectitud. Esto, por cuanto se entiende que el contrato es también un vehículo para alcanzar fines que rebasan el interés privado de las partes y que el Estado tiene un lugar preponderante en su ordenación.⁴⁶

Las teorías legales feministas han seguido esta senda crítica y han adoptado varios de sus elementos.⁴⁷ El pensamiento feminista jurídico también ha procurado demostrar la desconexión entre el prototipo ideal de individuo que realiza contratos y la realidad.⁴⁸ Los esfuerzos tradicionales por dar forma a una teoría del contrato que explique las razones por las cuales las personas se obligan y el ordenamiento jurídico considera sus promesas vinculantes han producido un modelo de sujeto jurídico determinado por el individualismo, la independencia y la racionalidad.⁴⁹ La comprensión de su comportamiento y de los motivos que lo llevan a entrar en el mundo de los negocios está determinada por estas características, lo que lleva a entender el contrato como un dispositivo vaciado de cualquier consideración ajena a la racionalidad competitiva y a la perfecta autonomía. Una lectura sistemática de la teoría y la doctrina tradicionales sobre el contrato permite ver que este dispositivo se entiende como una herramienta discreta de negociación entre extraños para realizar intercambios económicos que se extienden en el tiempo.⁵⁰ En este sentido, el contrato presume que los contratantes no tienen

⁴⁵ Mauricio Rengifo Gardeazabal, *Teoría General de la Propiedad* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 104-109.

⁴⁶ Bauer y Fandiño, "Solidarismo y contratos", 60-62.

⁴⁷ Keren, "Feminism and Contract", 408-413.

⁴⁸ Mulcahy, "The Limitations of Love", 6.

⁴⁹ *Ibid.*, 1.

⁵⁰ Smith, *Contract Theory*, 63, 112.

vínculos afectivos o sociales que sean determinantes para la transacción y desliga el contrato de la compleja red de relaciones interpersonales y comunitarias en la que tiene lugar.⁵¹

La crítica feminista ha observado que las notas características del sujeto contractual y de la lógica del contrato están dominadas por una concepción masculina del individuo. Las particularidades del temperamento femenino, tal como las conciben ciertas feministas,⁵² no tienen cabida en esta aproximación al contrato.⁵³ De esta manera, valores como la promoción de la intimidad, el cuidado y la comunidad no se integran en el funcionamiento de esta institución, lo que da paso a criterios que privilegian el individualismo, la protección de la independencia y las lecturas racionalistas del comportamiento. En esta medida, se presupone que la autonomía se realiza a través de *este* contrato, una visión que torna invisibles todas las condiciones sociales que permiten a los individuos predicarse autónomos, tales como su familia o su comunidad. Esto guarda una relación íntima con el hecho de que el contrato, en su concepción tradicional, es un dispositivo más para reforzar la división imaginaria entre familia y mercado. Esta separación ha permitido tratar de manera distinta, y en desmedro de las mujeres, los intercambios y las relaciones que se tejen en el interior de los hogares de aquellos que se dan por fuera de sus fronteras.⁵⁴ El que no se consideren trabajo las labores domésticas que realizan mayoritariamente las mujeres en el interior de sus familias es solo una de las consecuencias de esta delimitación.

Ciertos sectores feministas han insistido en que el estado actual del mercado no permite sostener una teoría del contrato delineada en torno a ese sujeto jurídico independiente, competitivo y racional, y desconectada del

⁵¹ Mulcahy, "The Limitations of Love", 1-4.

⁵² En especial, las feministas culturales han propendido por establecer diferencias esenciales entre hombres y mujeres que las posicionan como éticamente superiores. Robin West, una de las feministas más representativas del feminismo cultural estadounidense, considera que la experiencia de la maternidad les permite a las mujeres desarrollar una serie de valores basados en el altruismo que le imprimen un carácter y comportamiento ético superior respecto de los hombres (Lina M. Céspedes-Báez, "Janet Halley. Teoría legal feminista. El Feminismo de la gobernanza como categoría para abordar el feminismo legal", en *Teorías Contemporáneas del Derecho. Mapas y lecturas*, editado por Jorge Gonzalez Jacome y Nicolás Parra Herrera, [Bogotá: Legis Editores, 2021], 273-275). En este contexto surge la ética del cuidado, la cual está cimentada sobre consideraciones de dependencia, vulnerabilidad y confianza, entre otras.

⁵³ Mulcahy, "The Limitations of Love", 4-6.

⁵⁴ Keren, "Feminism and Contract", 408.

entorno en el que se realiza.⁵⁵ La rapidez del tráfico jurídico y la creación de grandes centros de poder económico han vuelto obsoletas las nociones de negociación, de poder de determinación del contenido contractual y de injerencia esporádica del Estado en la *ley* diseñada por las partes. Los contratos de adhesión, la ampliación de los poderes del juez, en particular el constitucional en Colombia, para interpretar el contrato y ajustarlo a estándares de derechos fundamentales, y la constatación de que terceros pueden ser vinculados por el contrato son solo algunas instancias que demuestran las limitaciones de la teoría tradicional.⁵⁶

Aunado a lo anterior, la crítica feminista ha demostrado que muchas de esas características consideradas históricamente como femeninas y que, por tanto, no tienen cabida en la teoría tradicional del contrato, son utilizadas y valoradas de manera cotidiana en el desarrollo de este negocio.⁵⁷ En especial, el análisis de la práctica comercial ha demostrado que los contratantes valoran aspectos como la “conexión, flexibilidad, confianza, cooperación y arreglo bilateral de controversias”.⁵⁸ Esto permite entender que su funcionamiento adecuado depende de consideraciones que van más allá de la competencia, la independencia y el intercambio entre extraños. El que nociones como la confianza y el cuidado no hayan tenido un lugar en la teoría del contrato parece indicar que sus pilares fundamentales fueron diseñados para contextos de litigio, sin necesariamente otorgar preeminencia al estudio de lo que ocurre en la vida de estos instrumentos fuera de los estrados judiciales. Es sabido que cuando los contratantes llegan a los estrados judiciales, sus posibilidades de encontrar salidas conjuntas se han agotado, lo que puede llevar a darles preeminencia a consideraciones individualistas y competitivas. Mientras el contrato sea un instrumento que las partes pueden modelar y ajustar de mutuo acuerdo, su mecánica parece responder a otros aspectos que bien pueden tomar en cuenta al otro y al entorno, junto con la posibilidad de obtener ganancias en el corto o largo plazo.

La teoría relacional feminista del contrato ha sido una de las respuestas diseñadas para proponer modelos alternativos de comprensión de esta

⁵⁵ Mulcahy, “The Limitations of Love”, 6.

⁵⁶ Hevia, “Los límites del consentimiento”, 112-117. Cárdenas, *Contratos. Notas de clase*, 3-4, 16-26.

⁵⁷ Mulcahy, “The Limitations of Love”, 8.

⁵⁸ *Ibid.*, 9 [traducción de la autora].

institución.⁵⁹ Esta tiene como punto de partida una reconceptualización de la autonomía en la que su significado se complejiza para abordar los contextos y las relaciones que rodean a las personas en el momento de tomar decisiones. En especial, una aproximación relacional feminista al contrato no solo visualiza y examina la transacción que se canaliza a través del contrato, sino también las personas individualmente consideradas que participan en el negocio.⁶⁰ En este sentido, una teoría de este corte permite entender cómo están previamente relacionadas las personas que negocian e integrar consideraciones que permitan hacer visibles diferencias de poder basadas en el género. De esta manera, se abandona la ficción de que los contratantes siempre son extraños y se formula la pregunta de si las relaciones previas entre los contratantes pueden incidir en la manera en que se constituyó, en su contenido y en su desenvolvimiento.

Esta teoría permite, entonces, establecer que no todos los negocios son iguales, por cuanto el *quién toma parte* es un factor determinante para estudiar cuestiones tales como el consentimiento. Una vez se determine que existen relaciones previas entre los contratantes, las consideraciones de cómo estas impactan el contrato deben ser objeto primordial de análisis.⁶¹ Así, esta aproximación pone en tela de juicio la estandarización del contrato y reta la noción de que lo que más importa en el análisis de este negocio es la comprensión de la operación socioeconómica querida por las partes. Por ejemplo, en el caso de relaciones íntimas que vinculen a los contratantes, las consideraciones de género deben ser centrales para comprender el contrato. Entonces, en situaciones contractuales como las que emergen de acuerdos prenupciales o de contratos en los que las esposas actúan como garantes de sus esposos, la pregunta por la verdadera capacidad de negociación de quienes participan en ellos es crucial, so pena de pasar por alto posibles casos de discriminación y violencia basada en género.

Asimismo, la crítica a la teoría tradicional del contrato ha permitido, además de dar visibilidad a los aspectos relacionales del contrato, revisitarse la idea de elección racional y otorgarle una dimensión que tenga en cuenta la

⁵⁹ Mulcahy, "The Limitations of Love", 6-9. Thompson, "Feminist Relational Contract".

⁶⁰ Sharon Thompson, "Feminist Relational Contract Theory: A New Model for Family Property Agreements", 628.

⁶¹ *Ibid.*, 630-635.

complejidad propia de las relaciones jurídicas y sociales que se expresan en y alrededor de este. Esta aproximación ha posibilitado adoptar visiones menos unidimensionales y estáticas de la agencia de las personas que se encuentran en el mundo de los negocios.⁶² Si los contratos son esos instrumentos que facilitan transacciones que se extienden en el tiempo, los contratantes dan su consentimiento en un momento determinado para proyectarlo en el futuro. De ahí que las nociones de *flexibilidad, confianza y arreglo bilateral de controversias* sean esenciales para entender esta institución y que la noción de agencia racional de los participantes en el mundo contractual deba ser reestructurada para responder a este contexto.

Esta forma de encuadrar el tema de la elección racional ha permitido darle un giro feminista al contrato sin que ello suponga negar la racionalidad de las mujeres o subrayar su vulnerabilidad.⁶³ La revisión de la teoría contractual tradicional a la luz de las teorías feministas se ha visto enfrentada al dilema de integrar consideraciones propias de la discriminación y la violencia de género que viven las mujeres en su mecánica, sin que ello implique darle fuerza a visiones estereotipadas que resaltan su incapacidad, vulnerabilidad, sentimentalismo e ignorancia del mundo de los negocios. Para ello, académicas como Gillian K. Hadfield han recurrido a la teoría de Elizabeth Anderson sobre la elección racional, con el fin de demostrar que elegir no es una operación aislada de la emoción ni de las consideraciones relativas a las relaciones que mantienen las personas y a sus posibilidades de crecimiento personal.⁶⁴

Adoptar esta manera de comprender la elección racional demuestra que las formas en que los individuos sopesan sus opciones están cruzadas por nociones pluralistas respecto de lo que es valioso. De este modo, lo que es racional no es solo obtener ganancias monetarias, puede que sea la consolidación de nociones tan abstractas pero tan presentes en la vida de las personas como el amor, la amistad o el colegaje. Igualmente, esta propuesta permite entender que la elección racional es pública, es decir, un proceso cruzado

⁶² Gillian K. Hadfield, "An Expressive Theory of Contract: From feminist dilemmas to a reconceptualization of rational choice in contract law", *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), 1254-1261.

⁶³ *Ibid.*, 1257-1258.

⁶⁴ *Ibid.*, 1258.

por la deliberación tanto individual como social. El valor de un bien o de un intangible depende tanto de lo que la sociedad considera valioso como de las preferencias de un individuo.⁶⁵ En este contexto, las elecciones de las personas son el reflejo de lo que son y desean ser en un momento determinado, así como de la sociedad en la que habitan.⁶⁶ Desde este punto de vista, el contrato deja de ser un instrumento parametrizado en el que solo ciertos tipos de beneficios y racionalidades tienen cabida para dar paso a una concepción que permite entender los contextos de los contratantes, los fines que persiguen más allá de las ganancias económicas y las vicisitudes de los vínculos que se extienden en el tiempo.

3. Críticas feministas del contrato en acción: análisis de *Thorne vs. Kennedy*

La interacción entre esta revisión feminista de la elección racional y la comprensión de la mecánica del contrato como consentimiento que se expresa en un momento específico en el tiempo para que tenga efectos en el futuro permite ofrecer soluciones a casos difíciles en los que las mujeres entran en contratos claramente desventajosos para ellas y en los que no es evidente que su consentimiento esté viciado.⁶⁷ Acuerdos prenupciales en los que las mujeres cuentan con buena asesoría legal y, aun así, aceptan términos que en el futuro les serán perjudiciales, o contratos en los que consienten en servir de garantes para los negocios de sus maridos y en los que se cumplieron todas las formalidades para asegurar que tuvieran claridad sobre las posibles consecuencias en el tiempo, son algunos de ellos. Un entendimiento de la elección racional como un proceso complejo permite comprender por qué estas mujeres consienten en un momento dado y por qué es posible que en el futuro recurran a las instancias judiciales para solicitar que se les excuse del cumplimiento del contrato.

El caso australiano *Thorne vs. Kennedy* puede servir para analizar la aplicación de esta revisión de la teoría de la elección racional.⁶⁸ La señora Thorne, una mujer de 36 años, de patrimonio reducido y procedente de Europa

⁶⁵ *Ibid.*, 1258-1259.

⁶⁶ *Ibid.*, 1260.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ High Court of Australia, decision del 8 de noviembre de 2017, *Thorne vs Kennedy*, B14/2017.

oriental, se casó con el señor Kennedy, un australiano de 67 años, adinerado y dedicado a la construcción. Esto sucedió luego de que se conocieron por internet y de que el señor Kennedy viajará a Oriente Medio para conocerla. Tal como lo relata la Corte Suprema australiana, Kennedy le dijo a Thorne que si a él le gustaba ella, se podrían casar. Sin embargo, Kennedy estableció una condición para celebrar el matrimonio: la firma de acuerdos nupciales que garantizaran que el dinero de Kennedy sería para sus hijos. Una vez que los dos viajaron a Australia y todos los preparativos de la boda estaban listos para su celebración, el abogado independiente contratado para asesorar a la señora Thorne le solicitó reconsiderar la firma de estos acuerdos, en la medida en que no contemplaban una protección idónea para sus intereses. Al mismo tiempo, el señor Kennedy le recordó a Thorne que, si no los firmaba, no habría boda. Finalmente, la señora Thorne firmó los acuerdos, a pesar de haber recibido una recomendación clara de su abogado en su contra.⁶⁹ A los cuatro años de matrimonio, Thorne y Kennedy se separaron. Este último murió durante el litigio. En los acuerdos firmados por ambos, la separación implicaba un único pago irrisorio por parte de Kennedy a la señora Thorne.

La decisión mayoritaria de la Corte Suprema australiana consideró que el acuerdo no podía cumplirse porque la señora Thorne había actuado bajo influencia indebida (*undue influence*) por parte de su futuro marido y porque el contrato era *unconscionable*, en la medida en que ella no vio otra opción distinta que acceder a celebrarlo.⁷⁰ En este sentido, el razonamiento de la Corte puso en el centro de la discusión la situación particular de los sujetos y, desde ahí, procedió a analizar el contenido de la transacción. Así, la decisión judicial pudo determinar que la diferencia en la capacidad de negociación de las partes y las opciones que pudo vislumbrar la señora Thorne en este contexto la llevaron a entrar en una transacción completamente desventajosa para ella, a pesar de contar con toda la información al respecto. Por supuesto, no casarse era una opción. Para la señora Thorne, esta salida no era posible, ya que los preparativos ya estaban listos y su situación migratoria en Australia dependía directamente de la celebración de este matrimonio.⁷¹

⁶⁹ *Ibid.*, 1-5.

⁷⁰ *Ibid.*, 14-17, 23-27.

⁷¹ *Ibid.*, 2, 20.

Sharon Thompson, en su artículo “Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements”, considera que esta decisión de la corte australiana constituye un claro ejemplo de la aplicación de un enfoque feminista relacional del contrato.⁷² De hecho, la decisión cita su trabajo previo sobre acuerdos prenupciales y la presunción de elección libre.⁷³ Para ella, el hecho de que la decisión mayoritaria mirara más allá de la transacción económica entre las partes para hacer visible el contexto de presión en el que la mujer consintió refleja una aproximación relacional al contrato. Ahora bien, esta manera de abordar la situación contractual llevó a la Corte a afirmar que la señora Thorne, en realidad, no había tenido la posibilidad de ejercer su poder de libre elección.⁷⁴ Thompson considera que esta forma de encuadrar el problema jurídico planteado por el caso Thorne permite resguardar la agencia de la mujer que solicita la excusa para el cumplimiento. Para ello, Thompson desdobra el consentimiento en dos e indica que la señora Thorne consiente libremente en firmar los acuerdos con el señor Kennedy, pero que su autonomía se ve anulada al momento de redactar el contenido de esos acuerdos.⁷⁵

Desdoblar el consentimiento de la manera que propone Thompson puede resultar problemático y merece un examen detallado. Por el momento, es esencial señalar que esta movida separa, de manera ficticia, el consentir a un acuerdo de la definición de su contenido. De alguna manera, consentir al acuerdo implica reconocer su contenido. De lo contrario, no se entiende sobre qué se proyecta la autonomía de la voluntad ni cuál es el alcance del consentimiento y del criterio para la futura ejecución de las obligaciones⁷⁶ que emanan del contrato. Otra manera de ver este problema y salvar la agencia de quien eleva una excusa de cumplimiento es poner énfasis en el paso del tiempo entre el momento en que se consiente y el momento en que se hace exigible el cumplimiento.⁷⁷ Así, aplicar las teorías feministas que critican las conceptualizaciones ortodoxas de la elección racional parece ofrecer una

⁷² Thompson, “Feminist Relational Contract”, 641-642.

⁷³ Australia, High Court of Australia, 25.

⁷⁴ *Ibid.*, 24.

⁷⁵ Thompson, “Feminis Relational Contract”, 642.

⁷⁶ Barnett, “Contract Is Not a Promise”, 51.

⁷⁷ Gillian K. Hadfield, “An Expressive Theory”, 1261-1263.

salida que evite el desdoblamiento del consentimiento propuesto por Thompson y mantenga incólume la autonomía y la racionalidad de las mujeres.

Una teoría de los contratos que se tome en serio su función económica y social de facilitar transacciones que se extienden en el tiempo tiene que dar cuenta de por qué el consentimiento que se da hoy sigue siendo válido en el futuro. Esto es especialmente cierto en la medida en que el tiempo cambia los contextos y las personas. Entonces, contemplar los efectos jurídicos del paso del tiempo permite entender que la voluntad de las personas no constituye el fundamento para justificar su cumplimiento.⁷⁸ Si la autonomía de la voluntad tuviera la fuerza que la teoría del contrato tradicional pretende darle, deshonorar las promesas sin verse sometido a consecuencias jurídicas adversas sería un resultado no solo posible, sino también lógico.⁷⁹ De esto se deriva que deben encontrarse otros fundamentos para considerar obligatorias estas promesas en el futuro.

Razones como el interés de la sociedad en promover el uso del contrato como herramienta para canalizar las transacciones, o aquellas que lo consideran un vehículo para estrechar lazos de solidaridad, han sido aducidas para explicar la fuerza obligatoria de las promesas.⁸⁰ Realizar la diferenciación entre el momento del consentimiento y el del cumplimiento contribuye a diseñar teorías del contrato que permitan tener en cuenta sus dimensiones de género sin minar la agencia de las mujeres.⁸¹ Es posible abordar el caso de *Thorne vs. Kennedy* desde esta perspectiva. En el momento en que la señora Thorne expresó su consentimiento en los acuerdos nupciales lo hizo en pleno uso de sus facultades y con toda la información posible. Su consentimiento podría considerarse perfecto. Su mejor opción en el contexto inmediatamente anterior a la boda era firmar; de lo contrario, las consecuencias que se desatarían serían sumamente gravosas, entre ellas enfrentar una situación migratoria adversa.

Para el momento del cumplimiento del acuerdo firmado por Thorne y Kennedy, los jueces deben preguntarse qué justifica su cumplimiento. La pregunta es esencial, por cuanto la fuerza del contrato está siendo cuestionada en sede judicial. El alegar vulnerabilidad, ignorancia u otros vicios del

⁷⁸ *Ibid.*, 1263.

⁷⁹ Cárdenas, *Contratos. Notas de clase*, 3-4.

⁸⁰ *Ibid.*, 3-7.

⁸¹ Hadfield, "An Expressive Theory".

consentimiento para proteger a las mujeres quizá solo refuerce el estereotipo de su irracionalidad. En cambio, poner el foco de atención en si las razones que dan fuerza obligatoria a las promesas justifican el cumplimiento permite aplicar soluciones que consoliden la agencia de las mujeres y, a la vez, las excusen del cumplimiento. El ordenamiento jurídico se encuentra comprometido con el contrato por diversas razones, entre ellas, su utilidad para la sociedad y la necesidad de afianzar la confianza entre los individuos. Si los contratos no se cumplieran de manera sistemática, dejarían de ser útiles y ya no serían canales adecuados para establecer relaciones de confianza. De esto se sigue que la excusa de cumplimiento debe ser excepcional y fundarse en estas mismas razones. Solo podría excusarse de cumplir aquellos contratos que, por su contenido o la forma en que fueron celebrados, debiliten precisamente lo que quieren promover: la confianza entre los individuos y su utilización para fines acordes con los valores sociales.⁸²

El estudio de las teorías tradicionales del contrato ha sido una oportunidad para que la teoría legal feminista se aproxime sistemáticamente a las instancias en las que las discriminaciones y violencias de género se expresan y, en su mayoría, se camuflan bajo el manto de la neutralidad de este instrumento. La contribución feminista a la teoría del contrato ha permitido examinar a profundidad las limitaciones de las concepciones tradicionales. En esta medida, un estudio integral de las teorías del contrato siempre debe dar cuenta de los desarrollos que han surgido de la reflexión feminista.

Conclusión a la colombiana

Los jueces colombianos también han desempeñado un papel fundamental en la producción de conocimiento sobre el contrato desde una perspectiva de género. La incidencia del movimiento de mujeres y la labor de estas en la judicatura han sido determinantes para propiciar esta reflexión.⁸³ La producción jurisprudencial en este aspecto ha abordado temas como el contrato

⁸² *Ibid.*, 1281-1285.

⁸³ Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2016). Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, *Lista de Verificación. Lista de verificación: Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial de las sentencias*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2018). Lina M. Céspedes-Báez, “En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de la Habana”, en *Utopía u oportunidad fallida: Análisis crítico*

simulado como forma de abuso económico en contra de las mujeres⁸⁴ y los vicios del consentimiento en contextos de violencia de género. Respecto a este último problema jurídico, y a modo de conclusión, este capítulo quiere resaltar tres sentencias que demuestran cómo la rama judicial colombiana se ha aproximado a la intersección entre el negocio jurídico y la obligación constitucional e internacional asumida por el Estado colombiano de prevenir y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres.

En 2020, la Corte Constitucional decidió la acción de tutela interpuesta por dos mujeres que les prometieron a sus parejas prestaciones dinerarias a cambio de que estas dejaran el hogar común.⁸⁵ El contexto en el que estas mujeres expresaron su voluntad estuvo marcado por una intensa violencia de género en su contra por parte de sus parejas que las autoridades de policía, la Fiscalía General de la Nación y la comisaría de familia no pudieron prevenir. El caso llegó a los estrados judiciales porque estas incumplieron las obligaciones dinerarias que asumieron. Al ser mujeres de escasos recursos, lo que prometieron estaba más allá de sus posibilidades de pago. Esto las expuso a procesos ejecutivos en los que una de ellas perdió irremediablemente su casa. El hecho de que un tercero la hubiera comprado en el remate impidió que la Corte Constitucional pudiera intervenir para recuperarla. Para la otra demandante, la decisión de la Corte Constitucional llegó justo a tiempo para impedir el remate de su vivienda.

del Acuerdo de Paz, editado por Lina M. Céspedes-Báez y Enrique Prieto Ríos (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 303-304.

⁸⁴ Lina M. Céspedes-Báez, Clara Carolina Cardozo-Roa y Karen Alejandra Adans Camargo, “Entre la verdad y la mentira: la simulación como un instrumento de abuso económico de las mujeres casadas en Colombia”, *Revista derecho del Estado*, n.º 60, 2024.

⁸⁵ Una de las demandantes asumió sus obligaciones dinerarias a través de un acuerdo de conciliación. La conciliación ha sido considerada por la jurisprudencia como un mecanismo extrajudicial de solución de controversias (Corte Constitucional de Colombia, 2011). A través de este, las partes implicadas en la controversia resuelven sus diferencias y un tercero neutral las asiste proponiendo fórmulas de arreglo, dando fe de su acuerdo y otorgando su aprobación. La Corte Constitucional ha anotado que el acuerdo es obligatorio y que su nota característica es “la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de su controversia” (Corte Constitucional, 2011, sección 4.1). En este sentido, puede que la conciliación no sea considerada contrato, sin embargo, esta sí implica un componente negocial que se manifiesta en la facultad que tienen las partes de autocomponer sus controversias jurídicas y de obligarse para encontrar fórmulas que le pongan fin. Por esta razón, lo sucedido a esta demandante puede ser integrado a una reflexión feminista del contrato. Corte Constitucional, Sentencia T-344 del 21 de agosto de 2020, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

La manera en que la Corte abordó el examen de los casos de estas dos mujeres estuvo delimitada por los derechos fundamentales que alegaron haber sido violados: igualdad, debido proceso, acceso a la administración de justicia y vida libre de violencias. Por este motivo, la decisión se centró en analizar la actuación de los jueces ordinarios que tuvieron a su cargo los casos por incumplimiento. Así, la corporación encontró que estos jueces violaron estos derechos fundamentales al no haber integrado de oficio los principios de igualdad y no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas en el proceso judicial. El reproche de la Corte se concentró, entonces, en la falta de integración de estos principios al momento de proceder a hacer efectivas las obligaciones en la instancia judicial. En sus palabras, los jueces deben ser particularmente cautos cuando existan indicios de que estas surgieron en contextos marcados por la violencia de género. Con base en estas consideraciones, la Corte declaró nulo el proceso de la demandante cuyo inmueble aún no había sido rematado y ordenó al juez reiniciar el trámite, implementando el enfoque de género en su tarea de adjudicación. Respecto de la mujer que ya había perdido el inmueble, la Corte no pudo más que ordenar la remisión de copias al Consejo Superior de la Judicatura para que investigara disciplinariamente a los jueces y abogados implicados en el proceso bajo examen.

A pesar de que la Corte Constitucional no abordó en su momento de manera sistemática el tema del consentimiento y las razones por las cuales las promesas son vinculantes, su decisión constituyó un esfuerzo consciente o inconsciente de traspasar las fronteras de las teorías tradicionales del contrato. Su exhorto para que los jueces encuadren el negocio en el contexto y las condiciones de los contratantes es una directriz en este sentido. En últimas, su argumento central fue un llamado a conceptualizar a los participantes de los negocios como algo más complejo que un individuo ideal, neutro y aislado de su entorno.

En 2021, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga conoció el caso de una mujer que interpuso demanda para que se declarara la existencia de una unión marital con su pareja masculina.⁸⁶ Su aplicación del enfoque de género estuvo acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia de 2020. Sin embargo, su análisis tam-

⁸⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sentencia del 2 de noviembre de 2021, M. P. Mery Esmeralda Agón Amado.

bién fue limitado respecto al efecto específico de la violencia de género desde una perspectiva de derecho privado.

Los hechos relatados por el Tribunal dan cuenta de que la pareja de la demandante pretendió desconocer varios años de convivencia y sus derechos patrimoniales mediante la firma de una escritura pública en la que se estableció una fecha posterior al inicio real de la convivencia y se liquidó la sociedad patrimonial. El Tribunal consideró que, debido al contexto de violencia sufrida por la mujer a manos de su pareja, era necesario fallar fuera de lo pedido (*extra petita*) y declarar la ineficacia de su acuerdo de liquidación. Todo ello en cumplimiento del artículo 281 del Código General del Proceso, que establece que el juez cuenta con esta facultad en asuntos de familia cuando sea menester proteger a las parejas.⁸⁷ De otra manera, se hubiera permitido que un negocio jurídico se convirtiera en un instrumento de abuso económico que desconociera el trabajo y la contribución de la mujer al patrimonio común de la unión. Además, esta ineficacia constituyó, en palabras del Tribunal, una medida resarcitoria de los derechos económicos de la demandante frente a la manera violenta con que el demandado dio por terminada la unión.⁸⁸

En 2025, la Corte Constitucional dio un paso decidido para ofrecer un análisis más robusto de los impactos de la violencia de género en la teoría

⁸⁷ El artículo 281 del Código General del Proceso indica:

Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

Parágrafo 1°. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

⁸⁸ El litigio no paró en segunda instancia. Luego de que se le negara la casación al demandado, este interpuso demanda de tutela, la cual fue fallada en su contra (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2022, septiembre). La impugnación de este fallo también fue infructuosa (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2022, octubre).

del negocio jurídico.⁸⁹ A pesar de que el litigio no versó sobre contratos, sino sobre las actas de la asamblea de una entidad sin ánimo de lucro, entre otras cuestiones, la argumentación de la decisión se centró en la voluntad negocial en un contexto de violencia de pareja. El proceso comenzó con la acción de tutela que interpuso Alejandra contra Leonardo,⁹⁰ quien fuera su esposo, para proteger sus derechos y los de sus hijas. Durante el proceso de revisión de tutela tramitado ante la Corte Constitucional, se estableció que Leonardo llevó a cabo una maniobra para tomar el control de la entidad sin ánimo de lucro establecida por la familia de Alejandra. Esta implicó terminar su vinculación laboral y quitarle su posición mayoritaria en el órgano de gobierno mediante actos jurídicos en los que ella participó. Igualmente, se determinó la existencia de violencia intrafamiliar que padecían Alejandra y sus hijas a manos de Leonardo.

Para decidir el caso, la Corte Constitucional empleó el enfoque de género con el fin de estructurar un marco que permitiera considerar viciada la voluntad de Alejandra al momento de manifestarla en las decisiones de gobierno de la entidad sin ánimo de lucro. Para ello, el alto tribunal hizo un recuento de las normas nacionales e internacionales en la materia y resaltó el abuso económico y psicológico de género que puede presentarse en la familia, durante el matrimonio y en su finalización. Así, concluyó que la violencia intrafamiliar de la que es víctima una mujer puede constituir una fuerza que vicie su consentimiento. En este sentido, la supuesta aquiescencia de Alejandra a los actos jurídicos que minaron su posición en la entidad debía considerarse influenciada por el temor que la violencia de género le causaba. Este razonamiento permitió que la Corte dejara sin efecto las modificaciones en la composición de la asamblea que llevaron a la exclusión de Alejandra de la entidad y de su gobierno.

Esta sentencia de 2025 marca un avance en el estudio de la interacción entre la figura del contrato y el enfoque de género. A diferencia de la decisión de 2020, esta vez la Corte Constitucional realizó un esfuerzo por desarrollar con mayor precisión cómo se proyecta la violencia de género en el ámbito contractual. A pesar de ello, aún quedan varios puntos esenciales por abordar para

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia su-018 del 29 de enero de 2025, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹⁰ Los nombres de las partes del proceso no son reales, sino que corresponden a los asignados por la Corte Constitucional para proteger su intimidad.

afinar esta aproximación. Entre ellos, las maneras en que la violencia de género del ámbito privado se propaga o se refleja en otros ámbitos distintos del hogar, y las limitaciones y críticas que ha tenido la fuerza como vicio del consentimiento en el derecho privado.⁹¹ Estas indagaciones son urgentes si se quiere proteger a las mujeres de la violencia de género sin minar su autonomía en el mundo de los negocios. Esto supone tomarse en serio las luchas que permitieron reconocer la capacidad plena de las mujeres en el ámbito patrimonial, así como la configuración de una teoría del contrato que pueda, a la vez, reforzar esa autonomía plena, y articular de manera coherente las instancias particulares en las que el consentimiento expresado no pueda tomarse en cuenta.

Bibliografía

- Alexander, Gregory. *Property and human flourishing*. New York: Oxford University Press, 2018.
- Barnett, Randy. “Contract is not a promise; contract is consent”. En *Philosophical foundations of contract law*, editado por G. Klass, G. Letsas y P. Saprai, 42-57. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Bauer, T. C. y M. Bernal Fandiño. “Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de COVID-19”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 41 (2021): 53-80.
- Bonivento Jiménez, José. *Obligaciones*. Bogotá: Editorial Legis, 2017.
- Cárdenas, Juan. *Contratos: notas de clase*. Bogotá: Legis Editores, 2021.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. “Principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada”. En *Principios generales del derecho privado*, editado por Clara Carolina Cardozo-Roa, 161-199. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020.
- Céspedes-Báez, Lina M. “En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de la Habana”. En *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, editado por Enrique Prieto-Rios y Lina M. Céspedes-Báez, 295-326. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.
- Céspedes-Báez, Lina M. “Janet Halley. Teoría legal feminista: el feminismo de la gobernanza como categoría para abordar el feminismo legal”. En *Teorías contemporáneas del derecho: mapas y lecturas*, editado por Jorge Gonzalez Jacome y Nicolás Parra Herrera, 263-284. Bogotá: Legis Editores, 2021.

⁹¹ En Colombia, por ejemplo, Fernando Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones II, Fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, vol. I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 1099-1128.

- Céspedes-Báez, Lina M., Clara Carolina Cardozo-Roa y Karen Alejandra Adans Camargo. "Entre la verdad y la mentira: la simulación como un instrumento de abuso económico de las mujeres casadas en Colombia". *Revista Derecho del Estado* 60 (2024): 271-297.
- Coleman, Jules. *Risks and wrongs*. New York: Cambridge University Press, 1992.
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2016.
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. *Lista de verificación: herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial de las sentencias*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2018.
- Compagnucci de Caso, Rubén. *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia C-598 del 10 de agosto de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente D-8258.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-344 del 21 de agosto de 2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expedientes T-7.127.827 y T-7.404.113.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia su-018 del 29 de enero de 2025. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Expediente T-8.742.850.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia stc12233-2022 del 14 de septiembre de 2022. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Expediente 11001-02-03-000-2022-02255-00.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia STL14702-2022 del 11 de octubre de 2022. M. P. Iván Mauricio Lenis Gómez. Expediente 99669.
- Dalton, Clare. "An essay in the deconstruction of contract doctrine". *The Yale Journal of Law* 94, n.º 5 (1985): 997-1114.
- Eisenberg, Melvin. *Foundational principles of contract law*. New York: Oxford University Press, 2018.
- Fried, Charles. *Contract as a promise: A theory of contractual obligation*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Gordley, James. *The enforceability of promises in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Gordley, James. *Foundations of private law: Property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

- Hadfield, Gillian. "An expressive theory of contract: From feminist dilemmas to a reconceptualization of rational choice in contract law". *University of Pennsylvania Law Review* 146, n.º 5 (1998): 1235-1285.
- Hevia, Martín. "Los límites del consentimiento en el derecho contractual". En *Filosofía del derecho privado*, editado por D. M. Papayannis y E. Pereira, 108-118. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- High Court of Australia. *Thorne v Kennedy*, B14/2017, 8 de noviembre de 2017.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. Fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.
- Katz, Avery. "Economic foundations of contract law". En *Philosophical foundations of contract law*, editado por G. Klass, G. Letsas y P. Saprai, 171-192. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Keren, Hila. "Feminism and contract law". En *Research handbook on feminist jurisprudence*, editado por R. West y C. G. Bowman, 406-425. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019.
- Mill, John Stuart. *On liberty and the subjection of women*. New York: Penguin Classics, 2006.
- Mulcahy, Linda. "The limitations of love and altruism - feminist perspectives on contract law". En *Feminist perspectives on contract law*, editado por L. Mulcahy y S. Wheeler. New York: Routledge, 2014.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- Parra Herrera, Nicolás. *Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la Constitución*. Bogotá: Legis Editores, 2018.
- Perillo, Joseph. "The origins of the objective theory of contract formation and interpretation". *Fordham Law Review* 69, n.º 2 (2000): 427-477.
- Rengifo Gardezabal, Mauricio. *Teoría general de la propiedad*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Saccoccio, Adriano. "La difusión del consensualismo en América Latina: las categorías real y consensual en el derecho de los contratos". En *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por M. L. Neme Villarreal, 47-82. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Smith, Stephen Alexander. *A contract theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- Thompson, Sharon. "Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements". *Journal of Law and Society* 45, n.º 4 (2018): 617-645.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia. Sentencia del 2 de noviembre de 2021. M. P. Mery Esmeralda Agón Amado, expediente 68001-31-10-004-2020-00158-01.
- Von Thur, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Leyer, 2007.

Derechos sucesorales de las mujeres en Colombia: teorías, normas y problemas por resolver

Clara Carolina Cardozo-Roa¹

Introducción²

El derecho sucesoral hace referencia al conjunto de normas jurídicas que regulan la transmisión de los derechos subjetivos patrimoniales de quien fallece (causante) a las personas que la ley o la persona testadora determinan (asignatarias). En Colombia, al igual que otras subramas del derecho civil, se encuentra inspirado en el principio de igualdad formal, contemplado en el artículo 74 del Código Civil³ y replicado, como se verá más adelante, en el artículo 1039 del Código Civil, según el cual la sucesión intestada no atiende a los criterios del sexo o de la primogenitura.

❖ Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.12804/urosario9789585007550.10>

¹ Abogada, especialista en Derecho Administrativo y magister en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y especialista en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a doctora en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesora temporal de la Universidad del Rosario. ✉ ccarocroa@hotmail.com - clarac.cardozo@urosario.edu.co

² El presente capítulo estaría incompleto si no agradeciera a la doctora Lina María Céspedes-Báez por presentarme el feminismo como teoría jurídica. Además, por permitirme debatir con ella las visiones que como privatistas tenemos de las diferentes instituciones que regulan la vida cotidiana de las mujeres, en particular, y de las personas, en general.

³ Al respecto, Clara Carolina Cardozo Roa, “Más allá de la propiedad privada: el derecho civil como instrumento de protección de las víctimas del conflicto armado colombiano”, en *La voz de las víctimas: reto de la academia ante el posconflicto*, editado por Beatriz Londoño Toro y Laly Catalina Peralta González (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 285.

No obstante, que el ordenamiento sucesoral tenga como base este principio no implica que realmente la mujer haya gozado y goce de los mismos derechos sucesorales que el hombre. Además, esta mención conduce a que no se analicen situaciones de desigualdad provenientes tanto de los prejuicios en que se basan algunas normas, como de circunstancias fácticas entre las que se destacan la posibilidad de la coexistencia de parejas y el considerar el cuidado como una actividad improductiva. Es por ello que en el presente capítulo se buscará responder la pregunta acerca de cómo se conciben los derechos de la mujer a la luz de las teorías tradicionales y normas, y cuál puede ser el aporte de los feminismos para atender problemas aún no resueltos. El objetivo general consiste en describir las concepciones de los derechos sucesorales de las mujeres a la luz de las teorías tradicionales y normas jurídicas colombianas, e identificar algunos problemas cuya solución deba provenir de los feminismos.

Para dar respuesta a la pregunta de investigación y lograr el objetivo general propuesto, se buscará satisfacer cinco objetivos específicos, a saber:

1. Describir los fundamentos teóricos tradicionales de las sucesiones y observar cómo en ellos no se analiza la situación particular de la mujer.
2. Exponer las instituciones básicas del derecho sucesoral colombiano y su presentación neutra frente a la categoría de género.
3. Explicar las transformaciones normativas y jurisprudenciales que han eliminado la discriminación en contra de la mujer que se presentaba en algunas normas en materia sucesoral.
4. Presentar algunos de los abordajes teóricos feministas del derecho sucesoral.
5. Describir una problemática colombiana que no ha sido abordada por el feminismo, pero en la que esta perspectiva teórica daría luces para su solución.

Para lograr los anteriores objetivos, desde el punto de vista metodológico, se acudirá a la revisión bibliográfica de fuentes jurídicas primarias (sentencias y normas jurídicas) y secundarias (doctrina) acerca de las sucesiones en Colombia; ya que gracias a este ejercicio se puede reconstruir la evolución de los derechos sucesorales de la mujer y realizar una pequeña prospectiva acerca del hacia dónde deben apuntar las transformaciones jurídicas en pro de sus derechos. En cuanto a su estructura, este capítulo se dividirá en tres

apartados: el primero está dedicado a los fundamentos teóricos y normativos del derecho sucesoral, el segundo presentará los avances en materia de la eliminación de la discriminación sucesoral en contra de la mujer en Colombia y el tercero se referirá a las teorías feministas en materia sucesoral y a un problema en el que en definitiva el feminismo debería opinar.

Todo lo anterior permite concluir que, si bien en Colombia las teorías y las normas conducen a que desde el punto de vista doctrinario y normativo se afirme la igualdad femenina, hay aún problemas cuya solución proviene de una lectura desde los feminismos, para así poder garantizar la efectiva y real igualdad en esta materia.

Finalmente, se advierte que:

1. El uso del lenguaje inclusivo generó múltiples inquietudes, al no haber una regla decantada en este punto, por lo que se trató de hacer de una manera que resultara sencilla para la persona lectora, pero que incorporara a las mujeres cuando se hiciera alusión a categorías que las incluyeran con los hombres.
2. Tras realizar la investigación de las fuentes bibliográficas, se evidenció que hacen falta estudios empíricos que permitan verificar si hay discriminación femenina cuando se aplican las normas sucesorales por parte de los jueces y notarios al aprobar las particiones, en general, y, en particular, la naturaleza de los bienes que se le adjudican a las mujeres y si existe algún prejuicio a partir del sexo, a la hora de hacerlo. Este tema queda enunciado para futuras investigaciones.

1. Los fundamentos: perspectivas teóricas tradicionales y la dinámica de las sucesiones sin el debate de lo femenino

a. Teorías de las sucesiones

La doctrina presenta el derecho sucesoral desde tres perspectivas teóricas distintas, que analizan, por una parte, los parámetros bajo los cuales se hace la disposición de los bienes del causante y, por la otra, quién debe ser el asignatario. Estas son las teorías individualista liberal, socialista y legal familiar.

La primera de ellas, la individualista liberal, parte de la idea de que cada persona puede disponer con libertad de sus bienes y, en ese sentido, las normas que regulan la sucesión no deben conculcar la autonomía de la voluntad, manifestada en la libertad testamentaria.⁴ El testador podría decidir libremente lo que ocurriría con sus derechos subjetivos patrimoniales tras su muerte. Esta teoría tiene sus orígenes en el derecho romano, en las instituciones del fideicomiso, testamento y las donaciones *mortis causa*, a través de las cuales se permitía la disposición directa de los bienes del “ciudadano romano *sui juris*”,⁵ aunque posteriormente se amplió esta facultad a todas las personas, incluyendo a las mujeres.⁶ En cuanto al contenido y alcance de la disposición *mortis causa*, tendió de la libertad absoluta a una limitada por la familia. De la posibilidad de disponer libremente de la totalidad de los bienes, presente en la Ley de las Doce Tablas, se pasó a reservar una cuarta parte para un heredero establecido en el testamento, a través de la Ley Falcidia (40 a. C.). Esta reserva no

⁴ En este sentido, Hattenhauer afirma que los dos supuestos de esta son:

“-El titular de derechos y deberes, y por tanto capaz jurídicamente, es el hombre individual, la persona.

“-El ordenamiento jurídico tiene que reconocer a la voluntad de la persona la capacidad de obligarse, incluso en negocios jurídicos con efectos póstumos” (Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil* [Barcelona: Editorial Ariel, 1987], p.171).

⁵ Alfonso García-Gallo de Diego. “Del testamento romano al medieval: Las líneas de su evolución en España”, *Anuario de historia del derecho español* (1977): 425-498. Este autor pone de presente que la facultad dispositiva de los derechos después de la muerte no fue reconocida durante todas las etapas del derecho romano. Se negó durante el periodo antiguo, durante el cual solo se aceptó una disposición indirecta: se transferían los bienes a una persona y esta se los transfería a las personas que el testador designaba. A finales de este periodo y desde principios del clásico comenzó a aceptarse que tal transmisión podía hacerse sin necesidad de un intermediario, es decir, de manera directa.

⁶ En el periodo postclásico, hay un caso en el que se observa que las mujeres actuaban como testadoras y como asignatarias por esta vía. Así sucedió con la Constitución Romana del 26 de diciembre de 446, dada por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, conservada en la novela de Valentiniano III, 21,2. En esta novela, donde se aborda principalmente el problema del otorgamiento del testamento ológrafo, se relata cómo una mujer llamada Micce quería otorgar testamento en favor de otra mujer llamada Pelagia y no lo puede hacer porque no cuenta con los testigos necesarios (*Illustrem feminam pelagiam quum micce illustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremae prodidit voluntatis*). Micce decide otorgar testamento sin cumplir con todas las formalidades exigidas por el derecho civil y pretoriano y simplemente hace constar por escrito su voluntad y le entrega el documento a un sobrino que era notario. Al final, los emperadores mencionados terminan dándole valor a la declaración testamentaria, porque se debe evitar que una persona muera intestada cuando tenía la voluntad de testar. Carmen López-Rendo Rodríguez, “Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil Español”, en *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual* (Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006), 1211-1268.

tenía la finalidad de favorecer a la familia, sino de garantizar la eficacia del testamento, esto porque si no había un heredero (sucesor a título universal) que aceptara la asignación, el testamento no podía ejecutarse y la sucesión debía tratarse como intestada. Hasta antes de esta ley, la no aceptación de la herencia por el heredero instituido por testamento era común ya que, en virtud de los legados y donaciones, era posible que el heredero debiese asumir las obligaciones del testador sin recibir bienes que le permitieran sufragarlas, teniendo que responder con su propio patrimonio.⁷

Si bien durante la Edad Media hubo territorios en los cuales se aplicó la teoría individualista liberal en los ordenamientos jurídicos, fue solo hasta la Edad Moderna en que se vio fortalecida por las ideas de filósofos iusnaturalistas que veían en esta facultad de disponer de los bienes por causa de muerte una manifestación de los derechos naturales a la propiedad (Grocio)⁸ y a la autonomía de la voluntad (Grocio, Pufendorf, Kant y Wolf).⁹

La segunda de las teorías, la socialista, tiene dos vertientes. La primera considera que la herencia es un instrumento que legitima la apropiación de los medios de producción por unos cuantos, por lo que se suprime la libertad testamentaria y, en su lugar, aboga por que todos los bienes del causante, a su muerte, le sean entregados al Estado, para que este cumpla con sus fines redistributivos de la riqueza.¹⁰ La segunda de las vertientes, menos radical y que ha predominado en las constituciones socialistas, niega la transmisión por causa de muerte de los bienes inmuebles y de otros medios de producción,

⁷ En la doctrina es común encontrar la afirmación de que la razón de la institución de la cuarta Falcidia era la protección de la familia, por ejemplo, Néstor Raúl Charrupi Hernández, “Evolución del régimen sucesoral en el derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (2021), 441-442. No obstante, los estudios de Vázquez Lemos permiten afirmar que esta buscaba proteger la posibilidad de ejecutar el testamento y con ello, la voluntad del testador. Ana Vázquez Lemos, *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar* (Barcelona: Librería Bosch, 2019), 32-33.

⁸ José Luis Pérez Lasala, “Fundamento del derecho de sucesiones”, *IDEARIUM* 2 (1976), <http://www.um.edu.ar/ojs2019/index.php/Idearium/article/view/745/728>

⁹ Acerca de este principio, Clara Carolina Cardozo Roa, “Principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada”, en *Principios generales del derecho privado*, editado por Clara Cardozo (Bogotá: Tirant Lo Blanch y Universidad Católica de Colombia, 2020), 164-165.

¹⁰ “Para [los socialistas] la simple idea de la herencia era escandalosa. Nunca sería una realidad la igualdad de oportunidades propugnada por la teoría socialista mientras determinadas personas recibiesen un trato de favor al ser dotadas por sus padres de un patrimonio privilegiado, tanto en vida de éstos como a su muerte”. Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales de derecho civil* (Barcelona: Editorial Ariel, 1987), p. 185.

pero sí la permite respecto de la propiedad personal, que está conformada por lo que cada uno adquiere como resultado de su trabajo, pero se circunscribe a los bienes de consumo y de uso.¹¹

Finalmente, la tercera teoría, denominada por la Corte Constitucional como “legal familiar”,¹² tiene su origen en el derecho germano antiguo. Partía de la base de que la propiedad, especialmente la raíz, no era del individuo, sino de su familia, era una propiedad colectiva, y su administración le correspondía al hombre, jefe de la familia. Cuando este fallecía, ese poder de administración pasaba a sus descendientes (hijos o nietos),¹³ quienes debían velar porque esta no saliera de la familia ni se fraccionara entre sus integrantes. Posteriormente, al principio de la Edad Media, los bienes del causante comienzan a separarse en los inmuebles que debían mantenerse en la familia, y los muebles que debían distribuirse entre los parientes más cercanos, es decir que, si bien todos los bienes debían seguirse manteniendo en la comunidad doméstica, los muebles eran susceptibles de división. Solo hasta la Baja Edad Media se permitió el otorgamiento de testamento, pero de manera excepcional y con fuertes limitaciones en cuanto a su cuantía. De esta manera, se admitió la coexistencia de la sucesión legitimaria y la voluntaria. Además, durante este periodo, se comenzó a reconocer como asignatarias a las descendientes mujeres.¹⁴ En la actualidad, este modelo se encuentra atenuado en los ordenamientos jurídicos, siendo la principal característica de estos el que la sucesión o una parte de esta necesariamente deba ser entregada a la familia.

¹¹ Manuel García Álvarez, “Propiedad individual y ‘socialismo real’”, *Revista de estudios políticos* 19 (1981): 100-103. Según Polacco: “Por lo demás, aun en lo que respecta al orden social, la sucesión hereditaria en sí y por sí no es ya el blanco de las saetas disparadas por el socialismo. Lo que éste pide hoy en día es la socialización del suelo y de los medios de producción; deja lugar en cuanto a lo demás, esto es, en cuanto a los bienes de consumo y de goce, a la propiedad individual y por tanto también a su transmisión por causa de muerte”. Vitorio Polacco, *De las sucesiones, t. I Sucesiones legítimas y testamentarias* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, Bosch y Cia Editores, 1950), 29.

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-660 del 28 de noviembre de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

¹³ Rosine Letinier, “Aproximación histórica a los derechos sucesorios de los ascendientes”, *Anuario de Historia del Derecho español* 71 (2001): 371-394.

¹⁴ Hans Planitz, *Principios de derecho privado germánico* (Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1957), 343-346.

Para ello, se acude a la institución de las asignaciones forzosas y, en particular, a las legítimas.¹⁵

Sin ahondar en la influencia que estas teorías tuvieron en el derecho visigodo, luego en el castellano y finalmente en el indiano, en los que se encuentran las fuentes formales del derecho que se aplicaron durante la colonia¹⁶ y en la primera fase de la república del territorio que hoy ocupa Colombia, resulta necesario preguntarse por la teoría que fue recogida en el Código Civil chileno, adoptado primero como Código Civil de la Unión en los Estados Unidos de Colombia (Ley 84 de 1873) y luego en la República de Colombia (Ley 57 de 1887).

Cuando Andrés Bello redactó los diferentes proyectos de código civil, al principio abogó por la adopción de la teoría individualista liberal, pero las comisiones redactoras de 1841 y 1853 prefirieron mantener un sistema acorde con el régimen castellano, en el que se contemplaban unas asignaciones que les corresponden a algunos integrantes de la familia y una libertad testamentaria limitada por estas.¹⁷ Luego, cuando se otorgaba testamento, se seguía este siempre que no se infringieran las normas de la sucesión legitimaria, caso en el cual el perjudicado podía demandar la reforma del testamento.

En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado que el sistema sucesoral colombiano se basa en la teoría legal familiar, es decir, está fundamentado en el principio de la solidaridad que debe existir entre los integrantes del grupo familiar y en el de la voluntad libre y responsable de conformar una familia, contenidos en los artículos 5 y 42 de la carta política, por lo que los primeros que deben recibir los bienes del causante son los miembros de su familia más cercana,¹⁸ prefiriendo a los descendientes sobre los ascendientes y a los parientes en línea recta sobre los que se encuentra en línea colateral

¹⁵ Hay autores que vinculan el origen de las legítimas a la ley Falcidia, previamente mencionada, no obstante, los hallazgos de Vázquez, *Fundamentos históricos*, permiten afirmar que la finalidad de la Ley Falcidia no era la protección de la familia, sino garantizar la eficacia de la voluntad del testador tras su muerte, por lo que el origen de las legítimas estaría en el antiguo derecho germano y no en el romano.

¹⁶ Acerca de este tema, Vázquez, *Fundamentos históricos*; José Enciso Contreras, *Testamentos y bienes de difuntos de Zacatecas (1550-1604)* (Zacatecas: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2000), 15-69.

¹⁷ Roberto Suárez Franco, *Sucesiones* (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 307-308.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-660 del 28 de noviembre de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia de Constitucionalidad C-641 del 31 de mayo de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

limitada a las hermanas, hermanos, sobrinas y sobrinos.¹⁹ Además, se reconocen derechos sucesorales al o a la cónyuge, al compañero o a la compañera permanente,²⁰ como se explicará más adelante.

Ahora bien, los tres principios que se derivan del modelo elegido en Colombia son la libertad testamentaria limitada por las asignaciones forzosas, la protección de la familia y la igualdad formal.²¹

En cuanto al reconocimiento de la libertad testamentaria limitada por las asignaciones forzosas, la restricción se logra a través de normas de orden público, inderogables por la persona testadora (artículo 16 del Código Civil), que establecen derechos sobre el patrimonio del o la causante en favor de determinadas personas. Según Charrupí Hernández,

coexisten tres elementos orientadores del sistema de restricción dispositiva por causa de muerte: el primero, de carácter personal, que hace referencia a los individuos que por ley deben ser beneficiarios en la partición del patrimonio del causante [...]; el segundo, de carácter patrimonial, que tiene relación con la porción, porcentaje o cuota de bienes del acervo herencial que deben ser adjudicados [...]; y, por último, un elemento de carácter cautelar, el cual corresponde a los mecanismos

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-352 del 9 de agosto de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

²⁰ Deere y León evidencian que, aunque al o a la cónyuge supérstite se les reconocieron derechos sucesorales que no tenían bajo el régimen colonial; en el primer orden no se les concede algo más allá de la porción conyugal, como sí ocurre en normas como la venezolana o la boliviana. (Carmen Deere y Magdalena León, “De la potestad marital a la violencia económica y patrimonial en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos* 23, n.º 1 (2021): 227, <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9900>)

²¹ Además de estos tres principios, se consideran, también, bases del derecho sucesoral: la continuidad patrimonial de los herederos (anteriormente denominado “continuidad de la personalidad jurídica del causante”), unidad del patrimonio y divisibilidad de la masa sucesoral. Sobre este punto, Roberto Suárez Franco, *Sucesiones* (Bogotá: Editorial Temis, 2019), 126-130, indica que los principios de unidad patrimonial, igualdad y protección de la familia por parentesco consanguíneo y adoptivo y a la pareja son solo aplicables a la sucesión intestada. No obstante lo anterior, debido a la presencia de las asignaciones forzosas se les califica como principios generales de las sucesiones. En este sentido, se sigue el listado elaborado por Ramón Domínguez Águila y Ramón Domínguez Benavente, *Derecho Sucesorio* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 45-127, aunque se adicionan los de libertad testamentaria limitada y divisibilidad de la sucesión, en la medida en que sin ellos no se pueden comprender las facultades tanto del testador como de los asignatarios en materia sucesoral.

con los que cuentan los [asignatarios forzosos] para proteger su expectativa [...]²²

Tras la expedición de la Ley 1934 de 2018, estas son la mitad legítimaria (destinada a los y las descendientes y, en subsidio, a los y las ascendientes), la porción conyugal o marital (destinada a la pareja matrimonial o en unión marital supérstite que carece de lo necesario para su congrua subsistencia) y las asignaciones alimentarias forzosas (que son para las personas alimentarias en virtud de la ley).²³ Así, los y las descendientes, y a falta de estos, los y las ascendientes, la pareja matrimonial o en unión marital y las personas alimentarias mencionados en el artículo 411 del Código Civil gozan de una asignación que les será entregada, aun en contra de la voluntad del testador.

En caso de que el testador desconozca el derecho de los y las titulares de las legítimas rigurosas (artículo 1274 del Código Civil)²⁴ y de la porción conyugal o marital (artículo 1278 del Código Civil), están facultados para solicitar la reforma del testamento. Además de esta acción para proteger a los asignatarios forzosos, es posible al momento de realizar la liquidación que se conforme el acervo imaginario, es decir, que se sumen los valores de las donaciones que el o la causante hizo en vida y que estas acumulaciones se les resten o imputen a los donatarios. Si la donación es excesiva porque supera los montos de los que podía disponer el o la causante en vida, los donatarios están obligados a restituir lo que hayan recibido en exceso, y con esto se les

²² Néstor Raúl Charrupí Hernández, *La garantía del heredero: Los acervos imaginarios y las donaciones en Colombia de la teoría a la práctica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024), 79.

²³ Al tenor de los artículos 411 y siguientes, del Código Civil, hay dos tipos de alimentarios forzosos y voluntarios. Los forzosos son el donante cuantioso, el cónyuge, el cónyuge inocente, los descendientes, los ascendientes y los hermanos y en virtud de la Sentencia C-1033 de 2002 los compañeros y compañeras permanentes y de la Sentencia C-029 de 2009 a las parejas del mismo sexo. Los demás son alimentarios voluntarios. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-1033 del 27 de noviembre 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-029 del 28 de enero de 2009 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁴ Alarcón Rojas aclara que hay desconocimiento de los derechos del legítimario no solo cuando el testador ha dispuesto excesivamente de sus bienes, sino cuando fue indebidamente desheredado, por lo que, en este caso, estaría también legitimado para ejercer la acción de reforma. Fernando Alarcón Rojas, *El modo sucesión por causa de muerte* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025), 357.

da a los asignatarios forzosos que hayan visto disminuido lo que por ley les corresponde.²⁵

Ahora bien, a pesar de que estas asignaciones son forzosas para el testador, este puede acudir al desheredamiento para privar de estas a los asignatarios, particularmente a los legitimarios, previo cumplimiento de los requisitos mencionados en los artículos 1266 y siguientes del Código Civil.

No sobra aclarar que las asignaciones forzosas no son de obligatoria aceptación para sus titulares y, con fundamento en el artículo 15 del Código Civil, pueden renunciar a estos derechos a través del repudio.

El otro principio, el de protección a la familia, no solo se manifiesta en la existencia de asignaciones forzosas destinadas principalmente a los parientes y a la pareja, sino que, en la sucesión intestada, parte de la idea de que no cualquier integrante de la familia tiene vocación sucesoral. Únicamente cuentan con ella las personas determinadas por las normas jurídicas (artículos 1045 a 1051 del Código Civil). Tal y como la Corte Constitucional lo ha reconocido, es un tema de reserva legal.²⁶ Así, para estos fines, la familia se extiende

²⁵ Así el sistema del acervo imaginario está conformado por tres instituciones técnicamente llamadas acumulaciones (suma), imputaciones (resta) y restituciones (devolución). Antes de la Ley 1934 de 2018, se conformaban dos imaginarios. El primero, contemplado en el artículo 1243 del Código Civil, que implicaba que se acumularan las donaciones realizadas en favor de los legitimarios y el segundo imaginario que implicaba la acumulación de una parte de las donaciones realizadas a no legitimarios. Desafortunadamente, este sistema perdió su equilibrio al haberse derogado el artículo 1243 del Código Civil, que contemplaba las acumulaciones del primer imaginario. Acerca de esta derogatoria, se encuentran tres posturas diferentes: Jorge Parra Benítez, “La abolición del artículo 1243 del código civil y la protección de las legítimas rigurosas en Colombia”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 370 (2019): 21-29, considera que la derogatoria de la acumulación del primer imaginario eliminó también la imputación. Por el contrario, Néstor Charrupí Hernández, “Evolución del régimen sucesoral en el derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (2021): 437-462, considera que el primer acervo imaginario sigue vigente tras la expedición de la Ley 1934 de 2018, luego se hace la acumulación y la respectiva imputación de lo donado a legitimarios. Finalmente, la autora de este escrito ha sostenido que existe una tercera interpretación que implica la derogatoria de la acumulación, pero la vigencia de la imputación. Clara Carolina Cardozo Roa, “Del concepto legal al constitucional de familia en el derecho sucesoral colombiano”, *Retos del derecho de familia contemporáneo*, editado por Clara Cardozo, Karol Martínez y Francisco Terner (Bogotá: Universidad del Rosario, 2022), 335-336.

²⁶ Así, la Corte ha sido cuidadosa al ampliar los órdenes sucesorales a personas no contempladas en la ley. Lo hizo acudiendo a argumentos como la igualdad, la dignidad de la persona (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-283 del 13 de abril de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y la omisión legislativa relativa para reconocer vocación sucesoral (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-238 del 22 de marzo de 2012, M. P. Gabriel Eduardo

a todos los familiares en línea recta consanguínea, respetando el grado de parentesco más próximo y dando prevalencia a los descendientes sobre los ascendientes, en cuanto a los colaterales cobija a los hermanos (de doble o de simple conjunción) y a los sobrinos, y también aparece la pareja matrimonial o en unión marital, heterosexual o del mismo sexo. Recientemente, mediante la Ley 2388 de 2024, se les reconocieron derechos sucesorales a los hijos y padres de crianza.

Los anteriores integrantes de la familia están distribuidos en órdenes sucesorales, en donde el primero de ellos está integrado por los descendientes del grado más próximo,²⁷ el segundo por los ascendientes del grado más próximo²⁸ y concurre la pareja matrimonial o en unión marital de hecho, el tercero por la pareja matrimonial o en unión marital²⁹ y por los hermanos, el cuarto por los sobrinos y, finalmente, en el quinto se dispone que a falta de todos ellos, los bienes del causante son para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en la medida en que es la institución dedicada al cuidado y protección de los niños, las niñas y los adolescentes de todos los colombianos.

Finalmente, el principio de la igualdad formal se evidencia en tres dimensiones diferentes: sexo, edad y nacionalidad. La igualdad por el sexo, en la medida en que desde la expedición del Código Civil se le reconoce a la mujer vocación sucesoral en la sucesión intestada en pie de igualdad con el hombre (artículo 1039 del Código Civil), y salvo que la persona testadora a través de la disposición de las porciones del patrimonio que puede distribuir libremente lo modifique, hombre y mujer heredarán por partes iguales. Esta dimensión es un reflejo de la igualdad ante la ley contemplada en los artículos 3, 11 y 74 del mismo código. En cuanto a la igualdad debida a la edad,

Mendoza Martelo) a las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo. Pero no así a las hijas e hijos de crianza (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-085 del 27 de febrero de 2019, M. P. Cristina Pardo Schlesinger), ni a las tías y tíos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-352 del 9 de agosto de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía).

²⁷ En este orden deben considerarse incluidos los hijos y nietos de crianza al tenor de los artículos 2 y 7 de la Ley 2388 de 2024.

²⁸ Con ocasión de la expedición de la Ley 2388 de 2024, deben considerarse incluidos en este orden los padres y abuelos de crianza.

²⁹ La diferencia entre la vocación sucesoral de la pareja en el segundo y tercer orden radica en que en el segundo orden es concurrente, mientras en el tercero es tipo.

en el Código Civil no se consagra ninguna asignación especial por la primogenitura (artículo 1039 del Código Civil), salvo que la persona testadora la consagre con cargo a la libre disposición. Por último, el código consagra la igualdad entre el causante colombiano o extranjero (artículo 1054 del Código Civil), así como entre los asignatarios colombianos o extranjeros (artículo 1053 del Código Civil).

Así, en la anterior descripción se observa cómo las diferentes teorías y la aplicación que de las mismas se ha hecho en Colombia, explican el derecho sucesoral como si fuera un ordenamiento que no se deja influir por categorías como el sexo o el género. No obstante, como se verá más adelante, estas formas de comprender la sucesión pueden desconocer los derechos de las mujeres y dificultar el acceso a la propiedad³⁰ y el logro de su independencia económica.

b. La dinámica sustancial de la sucesión en Colombia

La muerte real o presunta, de una mujer o de un hombre, en los términos del artículo 94 del Código Civil colombiano, marca el fin de su personalidad jurídica y altera la situación familiar y patrimonial de todo su entorno. Los cambios que se producen son tan profundos que modifican incluso los atributos de la personalidad de los miembros del núcleo familiar. Habrá quienes por la muerte verán transformado su estado civil. Si el o la causante tenía una pareja matrimonial o en unión marital, esta habrá dejado de ser una persona casada o compañera permanente³¹ para convertirse nuevamente en una persona soltera por viudez, en la medida en que el matrimonio y la unión marital de hecho se disuelven por la muerte. Y si las personas hijas eran niñas o adolescentes, habrán dejado de estar sometidas a la patria potestad del causante y, o bien, solo la tendrán respecto de la madre o padre sobreviviente o se habrán emancipado. Si

³⁰ Los derechos sucesorales son solo uno de los factores que dificulta el acceso a la propiedad por parte de las mujeres, ya que, como Bose lo reconoce, también dependen de otras disposiciones normativas sobre el control sobre el uso de la tierra, el divorcio, la muerte y la propiedad conyugal; de factores extrajurídicos como la cultura, la división del trabajo, el soporte familiar y el empoderamiento femenino y la organización administrativa (local y nacional) de la tierra (Purabi Bose, "Land tenure and forest rights of rural and indigenous women in Latin America: Empirical evidence", *Women's Studies International Forum* 65 [2017], 2, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539517304338?via%3Dihub>).

³¹ En Colombia se ha discutido si de la unión marital surge un estado civil, ya que tradicionalmente, este es un asunto de reserva legal y la ley no lo ha regulado hasta el momento. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde el Auto 125 de 2008, así lo ha considerado (Corte Suprema de Justicia, Auto 125 de 18 de junio de 2008, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar).

se permite el símil, la muerte, a pesar de ser el momento más estático de la vida del causante, produce una explosión de efectos jurídicos, que afecta no solo a las personas cercanas, sino también sus patrimonios, como se verá a continuación.³²

Al lado de estos efectos, que son unos de los tantos que la muerte produce desde el punto de vista personal, hay otros desde el punto de vista patrimonial que están encaminados a lograr que entre los derechos y obligaciones de quien fallece, causante, queden radicados en cabeza de sus causahabientes o asignatarios sin solución de continuidad. Fiel al sistema romano de adquisición de la propiedad, el Código Civil colombiano tiene contemplado que ello se logre a partir de la confluencia de un título (la ley, en la sucesión *ab intestato* o el testamento, en la testamentaria) y un modo que es la sucesión por causa de muerte. Este modo derivativo sitúa a los causahabientes como receptores de los derechos del causante, de manera que los primeros lo reciben tal y como se los transmiten.

Para obtener este propósito, las normas sucesorales prevén tres efectos jurídicos sustanciales de la muerte, con los que se desata la dinámica sucesoral, a saber: la apertura de la sucesión, la delación de las asignaciones y la posesión legal de la herencia.

La primera de ellas, regulada en el artículo 1012 del Código Civil, implica que cuando el causante lanza su última expiración, los derechos y obligaciones transmisibles conforman una universalidad jurídica llamada “herencia” o “masa sucesoral”. Lo que hasta ese momento se denominó patrimonio pierde conexión con su titular (el causante) y se convierte en un conjunto de activos y pasivos conectados entre sí, en un estado de indivisión temporal, que perdurará hasta que se produzca la partición.

No todos los derechos ni obligaciones conformarán esa masa. No solo se excluyen los derechos extrapatrimoniales,³³ sino también los derechos

³² En este sentido, se sigue considerando con Planiol y Ripert, que el derecho sucesoral debe siempre ser estudiado al final de la carrera de derecho, solo entonces, después de haber realizado un análisis desagregado de las materias, se puede comprender la gran síntesis que es la sucesión. Marcel Planiol y Georges Ripert, *Derecho civil* (Ciudad de México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996), 489.

³³ En esta categoría se encuentran los derechos humanos o de la personalidad en la medida en que son inherentes a la persona; los familiares que se derivan de las relaciones de familia y que cesan con la muerte, así, se extinguen los derechos a la fidelidad, la ayuda y el socorro (art. 176 del cc), los derechos de los padres al respeto y obediencia de los hijos (art. 250 del cc), los derechos de los hijos al cuidado

intransmisibles y las obligaciones *intuitu personae*, es decir, aquellas que solo pueden ser exigidas o cumplidas por la persona del causante.

Así, por ejemplo, si el causante era alimentario (era titular de una cuota alimentaria), con su muerte se extingue la obligación de los alimentantes hacia futuro (artículos 422 y 424 del Código Civil).³⁴ O si el causante era usufructuario o usuario de un predio, estos derechos, en los términos de los artículos 832 y 878 del Código Civil, se extinguen con su muerte. Cuando el causante es deudor, la obligación se extinguirá si solo podía ser cumplida por él, en razón a sus especiales calidades o por estipulación entre las partes, así, si se contrató a una pintora famosa para que elaborara un cuadro y esta fallece, sus hijas o hijos no podrán cumplir con el encargo, en la medida en que la obra fue encomendada debido a las especiales calidades de quien ya no se encuentra presente.³⁵

personal de la crianza y educación (art. 257 del cc), entre otros; y los derechos morales derivados de la propiedad intelectual (derechos de autor, propiedad industrial y derechos del obtentor de variedad vegetal). Estos últimos derechos no se extinguen con la muerte del autor, inventor u obtentor en la medida en que estos conservan la paternidad, pero son intransmisibles. Lo que corresponde a sus sucesores por causa de muerte es evitar los atentados en contra de esa paternidad. El ordenamiento jurídico reconoce expresamente estas facultades (defender la paternidad y evitar deformaciones, mutilaciones) en el caso del derecho de autor, en el art. 30, parágrafo 2, de la Ley 23 de 1982.

³⁴ No ocurre lo mismo en cuanto a las cuotas causadas y no pagadas, estas sí se transmiten a los herederos del alimentario como un pasivo a cargo de la sucesión, al tenor del art. 426 de la norma civil. Ni tampoco cuando quien fallece es el alimentante, sujeto pasivo (deudor) de la obligación alimentaria. Ya que, en este caso, la masa hereditaria debe seguir a cargo de los alimentos que por ley debía el causante, en la medida en que se prevé la asignación forzosa denominada “asignaciones alimenticias”, contempladas en los artículos 1227 a 1229 del Código Civil. Lo anterior fue aplicado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-467 de 2015, sobre la que se volverá más adelante. Corte Constitucional, Sentencia T-467 del 28 de julio de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ En este punto se aclara que, si la pintora causante había recibido un anticipo por el cuadro, sus herederos y herederas deberán restituir esa suma de dinero.

Los demás derechos reales, personales, inmateriales³⁶ y universales,³⁷ así como las demás obligaciones, se transmiten a los herederos y legatarios del o la causante en los términos de la ley o del testamento, según se trate de una sucesión intestada, testada o mixta. El régimen de la sucesión intestada se aplica en caso de que el causante fallezca sin otorgar testamento³⁸ o que este sea ineficaz.

En cuanto a la delación de las asignaciones, el artículo 1013 del Código Civil indica que se trata del “actual llamamiento” a los asignatarios para que manifiesten si aceptan o repudian la asignación. Esta, por regla general, ocurre al momento de la muerte del causante.³⁹ Este efecto pone de presente que solo hasta la muerte del causante el asignatario tiene un derecho sobre la herencia; antes de este momento solo tiene una mera expectativa. Por lo que, al momento de la muerte, la ley “convoca” a los herederos y legatarios para que manifiesten si es su voluntad recibir la asignación que les corresponde. Ahora

³⁶ En relación con los derechos inmateriales (derechos de autor, propiedad industrial y derechos del obtentor de variedad vegetal), forman parte de la sucesión los derechos patrimoniales, según las siguientes normas:

Derechos de Autor: artículos 21 de la Ley 23 de 1982, y artículo 29 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones.

Propiedad Industrial: artículos 22, 56, 88, 105, 114 y 161 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

Derechos del obtentor de variedad vegetal: las normas comunitarias, legales y reglamentarias no mencionan específicamente el tema de la sucesión por causa de muerte; no obstante, el ICA, a través de las resoluciones 1893 de 1995 (art. 10) y 3123 de 1995 (artículos 1 y 2), refiere como titulares de los derechos a los sucesores o causahabientes de los obtentores, pero tales derechos solo son oponibles a partir del respectivo registro.

³⁷ Se sigue la clasificación de los derechos subjetivos patrimoniales que realizan Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil*, 16. t.I, Parte General y Personas (Bogotá: Editorial Temis, 2010), 284-292. Estos autores consideran esta clasificación más acorde con las clasificaciones modernas.

³⁸ Una persona muere sin otorgar testamento ya sea porque fallece de manera inesperada, sintió temor de su propia muerte, estuvo de acuerdo con las normas que rigen la sucesión intestada o no recibió asesoría en temas de planeación familiar-patrimonial. Danaya C. Wright, “The Demographics of Intergenerational Transmission of Wealth: An Empirical Study of Testacy and Intestacy on Family Property”, *UMKC Law Review* 88, n.º 3 (2020): 666.

³⁹ La excepción a esta norma se presenta cuando, a través de testamento, se ha dispuesto que la asignación está sometida a una condición (hecho futuro e incierto) suspensiva (detiene el nacimiento de un derecho), positiva (que ocurra un hecho) o negativa (que no ocurra), en este último caso casual (que el hecho condicional no dependa de la voluntad del asignatario), o mixta (que por una parte no dependa de la voluntad del asignatario, pero por la otra sí). En estos eventos, solo cuando ocurra la condición, se va a presentar la delación.

bien, la ley llama a los que en ese momento tengan capacidad sucesoral, en concordancia con los artículos 1019 y siguientes del Código Civil, reglas que pueden sintetizarse así: tienen capacidad sucesoral aquellas personas, naturales o jurídicas, que existan al momento de la muerte del causante. Ahora bien, a pesar de no ser personas al momento de la muerte del causante, también se les reconoce capacidad sucesoral a las personas hijas póstumas (concebidas antes de la muerte del causante, pero nacidas con posterioridad a esta), las personas naturales que se espera que existan en un lapso no superior a 30 años⁴⁰ contado desde la muerte del testador (por ejemplo, el legado para la primera nieta que nazca tras la muerte del testador) o que el testador haya dejado una suma de dinero para que se constituya una persona jurídica.

Finalmente, la posesión legal de la herencia hace referencia a que así los herederos no sepan de la muerte del causante, a partir de la extinción de la personalidad, la ley los reconoce como titulares del patrimonio del causante y, en consecuencia, en virtud de una ficción legal, se considera que tienen una relación directa con la universalidad jurídica. Esta ficción es necesaria en el derecho colombiano por cuanto adoptó la teoría subjetiva del patrimonio,⁴¹ porque, como se recordará, el patrimonio es mucho más que un conjunto de bienes y de obligaciones, es un atributo de la personalidad y, en consecuencia, no puede haber un patrimonio sin persona, luego, muerto el causante, se requiere que alguien posea esa universalidad jurídica. Ahora bien, ser poseedor legal de la herencia no faculta al heredero para disponer de ningún bien en particular, porque la conexión de la persona heredera es con la universalidad no con cada uno de los bienes. Así puede entenderse que, hasta el momento de la partición,⁴² la persona heredera sea titular de todo y de nada a la vez.

⁴⁰ No se acepta la posición de Jorge Parra Benítez, *Derecho de Sucesiones* (Medellín: Universidad de Medellín, 2015), 106, en el sentido de considerar este término modificado por las leyes 200 de 1936 y 791 de 2002, porque estas leyes disminuyeron los términos de prescripción, adquisitiva y extintiva, establecidos en el Código Civil. Y el artículo 1019 del cc, se refiere al término para el cumplimiento de una condición suspensiva y no para adquirir o extinguir un derecho (en este último caso, se requiere que el derecho sea exigible, art. 2535 del cc).

⁴¹ Jorge Arango Mejía, *Derecho civil: Personas* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Empresa Editorial de la Universidad Nacional de Colombia, 1991) 177-178.

⁴² La partición, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, es un acto meramente declarativo, porque lo que tiene efecto traslativo es el modo de adquirir el dominio, la sucesión por causa de muerte. En palabras del tribunal de casación: “En suma, en el modo de adquirir el dominio denominado sucesión por causa de muerte opera la transmisión del derecho del causante a su heredero, con efecto

Es titular de todo porque se considera que posee la masa sucesoral, pero no tiene una relación directa con cada uno de los bienes y demás derechos que la conforman. Por este motivo, si la persona heredera vende un bien que forma parte de la masa, y después no se le adjudica, incurre en venta de cosa ajena (artículo 1401 del Código Civil).

Cabe anotar que el único que puede poseer legalmente es el heredero, es decir, una de las dos subespecies de asignatarios que contempla el Código Civil, que se refiere también a los legatarios. Mientras que el heredero es llamado a suceder al causante en todo o parte del patrimonio, es decir, a título universal; el legatario es llamado a suceder a título singular, en un derecho determinado, ya sea un cuerpo cierto, ya sea un género. Con todo, no puede afirmarse que la persona titular de un legado a partir del testamento y la muerte del causante tenga un derecho de propiedad antes de la partición, porque el derecho legado sigue afecto al pago de los pasivos sucesorales si los bienes que van a entregarse a los herederos son insuficientes para pagar las obligaciones del causante, es decir que, con cargo al legado, debe cumplirse de manera subsidiaria con las deudas que haya contraído el *de cujus* (artículo 1419 del Código Civil).⁴³

A partir de los anteriores efectos de la muerte, se pone en movimiento la sucesión, de manera tal que los siguientes pasos, en los que se mezclan aspectos sustanciales con procesales, están encaminados a la división de la masa sucesoral entre los diferentes asignatarios. Si la o el causante tenía una pareja matrimonial o en unión marital y la sociedad conyugal o patrimonial estaba vigente, dentro del proceso o trámite de la sucesión se adelanta tanto la liquidación de estas universalidades como de la sucesión, pero, en todo caso, al tenor del artículo 1398 del Código Civil, debe determinarse, primero, la

desde el deceso de aquel, aun cuando la sentencia aprobatoria de la adjudicación o partición siempre sea acto declarativo posterior, providencia que carece de alcances traslaticios, pero que debe ser inscrita si recayó sobre bienes inmuebles previamente a su protocolización notarial". Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC1833 del 29 de julio de 2022, M. P. Aroldo Quiroz Monsalvo.

⁴³ En palabras de la Corte Suprema de Justicia: "La Corte estima que no hay error evidente de hecho en la apreciación de la prueba, ya que por el solo hecho del testamento no podía considerarse a la señora [...] dueña de la casa permutada, una vez que mientras no se liquide la herencia no puede saberse si los bienes quedan absorbidos por las deudas hereditarias, o si cuando hay legitimarios, [...], quedan sujetos a reducción los legados". Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de junio de 1930, M. P. Tancredo Nannetti (*Gaceta Judicial*, t. XXXVIII, n.º 1865, 28 de julio de 1932), 3.

cuantía de los gananciales y, a renglón seguido, determinar los derechos que a cada uno de los asignatarios de la sucesión les pertenecen.

Desde el punto de vista procesal, la sucesión cuenta con tres etapas claramente diferenciadas. En la primera se formula la demanda, se vinculan los interesados, quienes según la ley o el testamento son llamados a la sucesión, voluntariamente o en atención al emplazamiento o al requerimiento, y se notifica a las autoridades tributarias. En una segunda etapa se presentan y discuten los inventarios y avalúos, y se determinan los derechos subjetivos patrimoniales de los que era titular el causante y el valor que se les va a atribuir. En la tercera y última etapa, que es la partición, se determinan los derechos que le corresponden a cada uno de los interesados y se materializan en bienes, aprobada la partición, al tenor del artículo 1401 del Código Civil: “Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión”.

El reparto de los bienes deberá hacerse según el testamento o la ley. Se menciona en primer lugar el testamento, porque la ley, a pesar de las asignaciones forzosas, se considera supletoria de la voluntad del testador, ya que si este no otorgó testamento, la ley llena ese vacío al indicar en el orden de los afectos a quién le correspondería la masa sucesoral. En cuanto al testamento, en Colombia es un acto univoluntario (artículo 1059 del Código Civil) siempre solemne, a veces tiene más formalidades (en los testamentos ordinarios) o a veces tiene menos (testamentos privilegiados) (artículo 1055 del Código Civil⁴⁴). En el ordenamiento colombiano se prevén testamentos ordinarios (abierto o cerrado) y privilegiados (verbal, militar y marítimo). Todos ellos exigen la presencia de testigos y estos deben cumplir una serie de requisitos. En cuanto al contenido del testamento, además de la información exigida para su validez, podrá tener las asignaciones a título universal o singular y los nombramientos de albacea, partidor y de guardador. Es de aclarar que también en el testamento se puede llevar a cabo el reconocimiento de hijos extramatrimoniales (artículo 1 de la Ley 75 de 1968).

Con base en las teorías y fundamentos de la sucesión en Colombia, parece que su regulación es neutra desde el punto de vista del sexo, en la medida

⁴⁴ En Colombia no vale el testamento ológrafo. Las formalidades que deben cumplir los testamentos están previstas en los artículos 1067 a 1112 del Código Civil.

en que proclaman su igualdad; no obstante, al no reconocer las necesidades sucesorales de las mujeres, se desconoce que esta igualdad, en palabras de Facio Montejo, implica también que “no haya discriminación en los efectos y resultados de esas leyes”.⁴⁵

2. La ruptura con las desigualdades expresas

Al revisar las normas sucesorales se observa que, salvo algunos artículos aislados, la mujer no cuenta con un régimen especial o distinto respecto del hombre en el Libro III del Código Civil colombiano. Es más, en la regulación de la sucesión intestada (o *ab intestato*), como se dijo anteriormente, parece que desde 1873, en los territorios nacionales, y 1887 en la República,⁴⁶ en Colombia ha predominado su igualdad, ya que, en este tipo de sucesión, al tenor del artículo 1039 del Código Civil, no se atiende “ni el sexo, ni la primogenitura”. Es decir que, en la sucesión intestada, desde esa época, era indiferente si las personas asignatarias o causante eran mujeres u hombres porque en ambas calidades gozaban de los mismos derechos y limitaciones. En cuanto a la sucesión testada, la mujer, según el artículo 1061 del Código Civil, no se discriminaba por el hecho de su sexo para otorgar testamento. Luego, en principio, se podría afirmar que la mujer, desde el punto de vista formal, gozaba de los mismos derechos que el varón.

No obstante, como se anunció en el párrafo final del anterior apartado, el 1039 del Código Civil propugnaba por una igualdad formal, con la que se pretendía que solo porque la ley lo decía la mujer recibiera un trato igualitario, desconociendo que el sexo ha sido una categoría por la que tradicionalmente las personas mujeres han sido discriminadas, lo cual puede evidenciarse en las

⁴⁵ Alda Facio Montejo, “El principio de igualdad ante la ley”, ponencia expuesta durante el acto conmemorativo del “50º Aniversario del reconocimiento constitucional de la condición de ciudadanas de las mujeres costarricenses y de su derecho a elegir y a ser electas”, en San José de Costa Rica, el 17 de junio de 1999, 10.

⁴⁶ Acerca de la vigencia del Código Civil colombiano, como se ha dicho en otras obras, se considera que este rigió en todo el territorio colombiano desde la entrada en vigencia de la Ley 57 de 1887. Así, entre 1873 y 1887, el Código Civil de la Unión solo tuvo vigencia en los territorios nacionales, ya que cada Estado podía expedir su código civil, en atención al régimen federal vigente a la fecha. Al respecto, Clara Carolina Cardozo Roa, “Del concepto legal al constitucional de familia en el derecho sucesoral colombiano”, en *Retos del derecho de familia contemporáneo*, editado por Clara Cardozo Karol Martínez y Francisco Ternera (Bogotá: Universidad del Rosario, 2022), 310-311.

instituciones jurídicas que a continuación se reseñan, las cuales le dificultaban a la mujer el goce y disfrute de su dignidad y sus derechos.

Estas instituciones pueden clasificarse en tres categorías: la norma que prohibía una actuación a cualquier mujer; la norma que autorizaba a incidir en la toma de decisiones por parte de la mujer y las normas que limitaban la actuación de la mujer debido a la potestad marital. A continuación, se estudiarán cada una de estas categorías y la forma como legal o jurisprudencialmente se eliminó la discriminación.

En la primera categoría, es decir, aquella en que se establecía una limitación a cualquier mujer, sin importar si era soltera o casada, estaba la prohibición de ser testigo de los testamentos ordinarios (artículo 1068, numeral 1 del Código Civil). Esta prohibición partía de la base de que la mujer carecía de las habilidades intelectuales para poder dar cuenta de manera objetiva de lo que estaba presenciando.⁴⁷ A pesar de esta consideración, la mujer sí podía ser testigo de los testamentos privilegiados (artículo 1088 del Código Civil), esto en atención a que los testamentos privilegiados estaban (y están) diseñados para ser otorgados cuando la persona testadora se encontraba (y encuentra) en un peligro de muerte inminente y, por ende, no podían (y no pueden) cumplir con todas las ritualidades del testamento ordinario, entre ellas conseguir testigos que cumplieran (y cumplan) con todos los requisitos mencionados en el artículo 1068 del Código Civil. En estos casos, lo que importaba (e importa) al momento del acto testamentario era (y es) que la persona testadora pudiese (y pueda) expresar su voluntad antes de fallecer.⁴⁸ La inhabilidad para ser testigo en los testamentos ordinarios fue derogada mediante la Ley 8 de 1922, que en su artículo 4 dice: “Con los mismos requisitos y excepciones que los hombres, las mujeres pueden ser testigos en todos los actos de la vida civil”.⁴⁹

⁴⁷ Juana Sánchez García y José Joaquín Zayas Riquelme. “La mujer a través de los testamentos. Murcia, S.XVIII”, *Contrastes* 11 (2000): 153-169. Esta misma razón fue mencionada por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-101 de 2005, al aludir el motivo por el cual la mujer no podía ser testigo del testamento (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-101 del 8 de febrero de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

⁴⁸ Se utilizan los dos tiempos gramaticales, pretérito y presente, porque aún hoy los requisitos que deben cumplir los testigos de los testamentos privilegiados son menos que los que deben cumplir los de los ordinarios.

⁴⁹ La Ley 8ª de 1922 le reconoció otros derechos a la mujer casada. Al respecto, Isabel Cristina Jaramillo, *Derecho y familia en Colombia: Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2013), 271-272.

En la segunda clase, se encontraba el artículo 1134 del Código Civil,⁵⁰ que permitía dejar una asignación no forzosa⁵¹ periódica a la mujer soltera o viuda hasta que contrajera matrimonio. Para comprender cómo afectaba a la mujer y la causas de su declaratoria de inexequibilidad, se deben mencionar los artículos 1132 y 1133 del mismo estatuto. El primero de ellos establece que la condición de no contraer matrimonio se tiene por no escrita, con dos excepciones: el que sea contraído siendo menor de edad⁵² y el que sea contraído con determinada persona,⁵³ en tanto que el siguiente establece la misma consecuencia para “permanecer en estado de viudedad”.⁵⁴ El efecto

⁵⁰ Los artículos 1133, 1134 y 1135 del Código Civil y las sentencias que se pronunciaron acerca de su exequibilidad (C-660 de 1996, C-101 de 2005 y C-513 de 2013) fueron analizadas desde la ponderación de la autonomía del testador y el libre desarrollo de la personalidad del asignatario en Cardozo, “Del concepto legal”, 334-339. Estas tres providencias son estudiadas también por Bernal Bueno desde una perspectiva cronológica (Ana Bernal Bueno, “Alcance de las reformas normativas en derecho sucesoral a raíz de la Carta Constitucional de 1991 según pronunciamientos de la Corte Constitucional”, *Revista Pensamiento Americano* 9, n.º 17 (2016): 95-116, <https://doi.org/10.21803/penamer.9.17.362>).

⁵¹ Las asignaciones forzosas deben ser puras y simples, en consecuencia, no pueden someterse a plazo, condición o modo.

⁵² Esta prohibición iba en armonía con las normas que disponían que el o la menor de edad que fuera a contraer matrimonio debía contar con el permiso de sus padres (o ascendientes) y con la causal de desheredamiento por omitir la solicitud de tal permiso. Se considera que, tras la expedición de la Ley 2447 de 2025 y la Sentencia C-039 de 2025, esta norma perdió eficacia, ya que, a partir de ellas, se dispuso que solo a partir de los 18 años, cuando se adquiere la mayoría de edad, se puede contraer matrimonio.

⁵³ Las excepciones, hasta el momento, no han sido declaradas inexequibles a pesar de que contienen una limitación al derecho a conformar libremente una familia.

⁵⁴ La segunda parte de esta norma que decía “a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferirse la asignación” fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-513 de 2013. No se reseña en el texto principal del artículo porque la Corte Constitucional no analizó si a través de esta disposición se establecía una restricción a la libertad de la mujer mayor que a la del hombre. Con todo, el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub aclaró su voto e indicó que “una interpretación literal del artículo 1133 del Código Civil llevaría a pensar que el legislador no concedió relevancia a la diferencia de sexos para reconocer validez a la condición, impuesta al cónyuge sobreviviente con uno o más hijos del anterior matrimonio, de permanecer viudo para seguir disfrutando de la asignación testamentaria otorgada por el testador. Visto desde esta perspectiva, se trataría de una norma que, en principio, no establece diferencia según sea hombre o mujer quien se beneficie de la asignación testamentaria otorgada bajo tal condición”.

“Sin embargo, una vez se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la norma era facultar al testador para imponer una condición destinada a proteger el patrimonio de los hijos que quedaban a cargo del cónyuge sobreviviente, logra advertirse que también esta norma respondía a un contexto en donde el hombre asumía la administración de los bienes. En efecto, el sentido de condicionar la asignación testamentaria a que el cónyuge sobreviviente con hijos a cargo permaneciera viudo era proteger el patrimonio de estos últimos que, según las leyes de la época, pasaba a ser administrado por el nuevo

práctico de que una condición se tenga por no escrita es que la asignación sea pura y simple. Luego, si la condición es suspensiva, el asignatario podrá exigir la asignación a partir de la muerte del causante y si es resolutoria, no la perderá por la ocurrencia del hecho condicional.

Así, en caso de que el testador dispusiera en su testamento: “Si Ana permanece viuda, le dejo \$ 50.000.000”, apenas falleciera el testador, Ana podría reclamar los \$ 50.000.000, y si el testador disponía: “Le dejo a Juan \$ 500.000 mensuales, hasta que se case”, si Juan se casaba igual iba a poder exigir mensualmente la suma de \$ 500.000, porque, se reitera, en ambos casos la condición se tenía por no escrita. Pero, en virtud del artículo 1134 del Código Civil, en el segundo ejemplo la consecuencia era distinta si era María la asignataria. Así, si el testador disponía: “Le dejo a María \$ 500.000 mensuales, hasta que se case”, apenas María se casara perdía el derecho a la asignación periódica.

De esta manera, el artículo 1134 del Código Civil establecía una excepción adicional a la prohibición de incidir en la decisión de contraer matrimonio de los asignatarios, pero disfrazada de un acto de protección patrimonial en favor de la mujer.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-101 de 2005, al analizar esta disposición consideró que violaba la igualdad de la mujer y que no contemplaba una medida de discriminación positiva en favor de esta, porque, a través de la norma se perpetuaba un estereotipo de lo femenino, en los siguientes términos:

La condición impuesta a la mujer en el artículo 1134 que se examina, pudo haber tenido lógica en una época social y económica eminentemente patriarcal, en la cual como se vio, el paradigma de lo humano, se construía alrededor del varón, y la mujer sencillamente era vista como un elemento de adorno cuya función en la vida era servir y hacer feliz al hombre. De ahí, que ella no pudiera acceder al conocimiento y a la educación, de suerte que pudiera prepararse para afrontar las vicisitudes de la vida en forma independiente de

cónyuge de la viuda (en caso de ser mujer la beneficiaria de la asignación testamentaria) o se veía comprometido por la obligación del cónyuge supérstite varón de asumir la manutención de su nueva esposa”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-513 del 31 de julio de 2013, 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

la del hombre. Superada esa época, la norma lejos de perseguir una finalidad constitucionalmente admisible, lo que hace es perpetuar la histórica discriminación a la que se ha visto sometida la mujer.

Así las cosas, si el fin perseguido con la norma es inconstitucional, el medio utilizado no resulta adecuado, y mucho menos indispensable, en una época en que la mujer puede proveer ella misma a su subsistencia y la de su familia. Siendo ello así, el precepto del artículo 1134, es a todas luces discriminatorio, en tanto perpetúa la condición de inferioridad y debilidad de la mujer frente a los hombres, tradicionalmente aceptada y, en ese sentido, el propósito de la norma lejos de favorecerlas como pudo haber sido la intención del legislador, las perjudica [...]⁵⁵

A renglón seguido, la Corte analizó si solo con ampliar la validez de la condición a los hombres se superaba la inexequibilidad. A fin de determinarlo, el tribunal constitucional revisó la afectación de la norma frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en general, y al de conformar libremente una familia, en particular, para concluir que efectivamente consistía en una violación de estos derechos por lo que declaró inexequible la norma.

En la tercera clase, se encontraban las normas que limitaban el ejercicio de los derechos sucesorales por parte de la mujer casada⁵⁶ por estar sometida a la potestad marital, que se sustentaba en un modelo de “familia fuertemente

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-101 del 8 de febrero de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁶ Aunque la potestad marital disminuía la capacidad de la mujer casada, su situación era mayor que la de las mujeres sometidas al régimen inglés, ya que en palabras de Deere: “[t]he main way that married women’s property rights differed in the two legal traditions was that married women in Hispanic America did not lose their ownership rights, but only their ability to manage property during the marriage. [...] An equally important difference is that married women in Hispanic America did retain a civil personality. [...] Moreover, Hispanic American women could inherit in their own name and retain property rights over such assets and will this property to whomever they pleased (subject to the same norms of restricted testamentary freedom as men). Further, if separated or granted an ecclesiastic divorce, women regained control over all of their property, both personal and real. Their stronger fall back position undoubtedly contributed to their greater bargaining power in marriage”. Carmen Diana Deere, “Married women’s property rights as human rights: the latin american contribution”, *Florida Journal of International Law* 17, Issue 1 (2005): 105 <https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol17/iss1/5/>

jerarquizada, basada en el poder del varón, que ostenta[ba] sobre la mujer”⁵⁷ y que le concedía la dirección del hogar.⁵⁸ Esta potestad implicaba tanto la disminución de la capacidad legal de la mujer casada como su sometimiento personal.⁵⁹ En cuanto al primer efecto, que es el que resulta relevante para este capítulo, como la mujer pasaba de ser legalmente capaz a ser incapaz relativa, no podía administrar los bienes de la sociedad conyugal que se confundían con los del hombre, ni los propios de ella que eran administrados por el varón, aunque para enajenarlos este requería de autorización de la mujer si eran muebles o del juez si eran inmuebles.⁶⁰ Este régimen tenía las repercusiones en materia sucesoral, que, a continuación, se reseñan:

- La decisión de aceptar una asignación cuya asignataria fuera una mujer casada, correspondía al marido. Salvo que la mujer casada aceptara con autorización judicial, caso en el cual la mujer debía aceptar con beneficio de inventario, so pena de arriesgar con la aceptación simple solo sus bienes propios, al tenor del artículo 1282 y en concordancia con el inciso final del artículo 191 del Código Civil.
- La decisión de repudiar una asignación solo la podía tomar el marido si la mujer o el juez lo autorizaran a hacerlo. A falta de autorización, el repudio podía ser declarado nulo absolutamente y, en consecuencia,

⁵⁷ Hernán Corral Talciani, “La familia en los 150 años del Código Civil Chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 32, n.º 3 (2005): 430, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650369.pdf>

⁵⁸ Roberto Suárez Franco, *Derecho de familia*, t. 1 (Bogotá: Editorial Temis, 1998), 150.

⁵⁹ Desde el punto de vista personal, Valencia Zea y Ortiz Monsalve consideran que la potestad marital implicaba que, a cambio de la protección dada por el marido, la mujer: le debía obediencia (art. 176 del cc); tenía un domicilio de dependencia (art. 87 del cc); podía ser forzada a vivir con su marido y a cambiar su residencia según su voluntad (art. 177 del cc); tenía autoridad parental salvo contradicción con la voluntad del marido (art. 250 del cc) y, en consecuencia, la corrección moderada (art. 262 y 263 del cc) y las decisiones vinculadas a la educación y elección de la profesión de los hijos (art. 264 del cc) pertenecían preferentemente al padre; solo subsidiariamente podía ejercer la patria potestad sobre los hijos matrimoniales (art. 288 del cc); en cuanto a las causales de divorcio cualquier relación sexual extramatrimonial de la mujer lo ocasionaba, mientras que se exigía el “amancebamiento” del hombre (art. 154 del cc) y, en caso de nombramiento de un curador del hijo, el padre era llamado con prioridad sobre la madre (art. 457 del cc). Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil*, t. I, Parte General y Personas (Bogotá: Editorial Temis, 2010), 55. Este aspecto de la potestad marital estuvo vigente hasta el Decreto 2820 de 1974.

⁶⁰ Jaime Rodríguez Fonnegra, *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio*, t. I (Bogotá: Ediciones Lerner, 1964), 2-5.

el marido debía indemnizar los perjuicios que le causara a la mujer y, si los terceros adquirentes habían tenido conocimiento de la falta de autorización, la nulidad del repudio produciría efectos contra ellos, al tenor del artículo 1293 del Código Civil.

- La mujer casada no podía ser albacea⁶¹ salvo que mediara la autorización de su marido o del juez y, en tal caso, la responsabilidad civil que ella asumía estaba limitada al monto de sus bienes propios, según el artículo 1330 del Código Civil.
- Si la mujer casada era heredera y su marido aceptaba la asignación y dentro del proceso de sucesión no se notificaba al público, en general, y a los acreedores, en particular, y el causante había contraído deudas y en la partición no se conformaba la hijuela de deudas, el marido se hacía responsable de los perjuicios que se causaran a los acreedores del causante (artículo 1344 del Código Civil). Para comprender esta repercusión, se itera que en los procesos de sucesión, además de los derechos de las personas asignatarias (herederos y legatarios), se deben proteger los derechos de los acreedores del causante. Para lograr este propósito se les debe notificar el inicio del proceso y conformar la hijuela de deudas, es decir, destinar una parte de los bienes del causante para pagar las obligaciones. Luego, en vigencia de la potestad marital, si se omitía uno de estos dos mecanismos de protección y los acreedores sufrían perjuicios, el marido de la mujer casada que aceptaba por ella la asignación, se hacía responsable de pagar esa indemnización.
- El sistema original del Código preveía que a las personas incapaces por la edad no sometidas a patria potestad y a las personas incapaces por discapacidades mentales se les designara un representante legal, llamado “guardador”. Se le llamaba “tutor” si era guardador de un menor

⁶¹ Al tenor del artículo 1327 del Código Civil, los “Ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el cargo de hacer ejecutar sus disposiciones”. Así, el albaceazgo es un cargo remunerado (art. 1359 del cc), temporal (arts. 1360 a 1363 del cc), *intuito personae* (arts. 1336 y 1337 del cc), que consiste en velar por que se cumpla la voluntad de la persona testadora tras su muerte. Luego, además de cuidar los bienes que conforman la masa (art. 1341 del cc), tienen responsabilidades frente a los acreedores del testador (arts. 1342 a 1345 del cc), sus legatarios (arts. 1347 y 1348 del cc) y, también, frente a los herederos, en ese orden. Si la persona testadora no los designa, se entiende que estas tareas deben ser cumplidas por los herederos (art. 1328 del cc).

de siete años y en los demás casos “curador”. Tanto el tutor como el curador tenían prohibidas ciertas actuaciones, como solicitar la partición de las herencias en que los pupilos tuvieran parte. No obstante, el marido, a pesar de ser representante legal de su esposa, sí podía pedirla en las sucesiones en que su cónyuge tuviese parte con autorización de esta y en subsidio del juez (artículo 1379 del Código Civil).

- El juez no debía aprobar el nombramiento del partidor de la herencia en que fuera parte una mujer casada, si la mujer consentía en tal nombramiento. Si esta no consentía, el partidor debía ser aprobado por el juez, como ocurría en el caso de los demás asignatarios incapaces (artículo 1383 del Código Civil).
- Finalmente, conforme a las sentencias de casación de 14 de diciembre de 1898,⁶² y 28 de junio de 1930,⁶³ el marido no requería autorización judicial para proceder a la venta de los derechos herenciales de la mujer casada.⁶⁴

Las anteriores limitaciones a la libertad de la mujer casada en el ámbito sucesoral fueron derogadas mediante la Ley 28 de 1932, que en su artículo 5 dispuso que “La mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del Juez, ni tampoco el marido será su representante legal”.

Tras este recorrido por los artículos que regulan las sucesiones, se observa que la pretensión de la igualdad de sexos no era real ya que la misma norma contenía disposiciones que establecían un trato desigual entre el hombre y la mujer, las cuales se trataban de justificar por deficiencias de la mujer, por una mayor idoneidad del hombre o por la supuesta protección de lo femenino, que derivaba en todo lo contrario, una situación de subordinación lesiva

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 1898, M. P. Luis M. Isaza (*Gaceta Judicial*, año XVI, n.º 691, 18 de mayo de 1900), 95-102.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de junio de 1930, M. P. Tancredo Nannetti, 1-4.

⁶⁴ Esta interpretación de la Corte recibió el reproche de autores como Rodríguez Fonnegra, quien consideró que, si el marido requería la autorización para la venta de bienes inmuebles, era lógico que también la requería para la venta de universalidades jurídicas, dentro de las cuales podían estar incluidos bienes inmuebles. Jaime Rodríguez Fonnegra, *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio*, t. II, (Bogotá: Ediciones Lerner, 1964), 9.

para los intereses patrimoniales de la mujer. Ahora bien, estas normas, por decisiones legislativas o sentencias constitucionales, han quedado en el pasado. Surge entonces la pregunta acerca de los déficits de protección que las mujeres tienen que enfrentar en la actualidad en las sucesiones, lo que se abordará en el siguiente apartado.

3. La incorporación de las diferencias

Hasta acá se ha sostenido que las teorías y las normas colombianas de derecho sucesoral han abordado los derechos de las mujeres desde dos ópticas separadas: la primera, que parte del reconocimiento de la igualdad formal, y la segunda, que se basa en el libre desarrollo de la personalidad y la no interferencia en la decisión de conformar una familia. Con esto, se ha logrado que se eliminen las discriminaciones expresas en el ordenamiento, que es una de las finalidades del feminismo jurídico.⁶⁵

Para lograr el segundo de sus propósitos, que consiste en la incorporación de las particularidades de las mujeres que demandan un tratamiento diferencial al interior del ordenamiento jurídico, se considera que, por una parte, debe hacerse una lectura integral de las normas desde la óptica de las necesidades de las mujeres y, por la otra, debe concebirse la sucesión como un instrumento que permite cerrar las brechas de género y que, en consecuencia, promueve la independencia patrimonial de la mujer.

En este apartado, la primera parte se dedicará a presentar los aportes que los feminismos pueden hacer a la incorporación de las diferencias de la mujer frente al hombre, y la segunda, al problema “mujer contra mujer”,⁶⁶ que pone de presente cómo aún entre las mujeres hay diferencias.

⁶⁵ En este sentido, Alessandra Facchi ha identificado dos etapas diferenciadas del pensamiento feminista en el derecho, una primera etapa durante la cual se buscó eliminar las desigualdades y una segunda en la que se pretende incorporar las diferencias, no solo de la mujer frente al hombre, sino también entre las mujeres. Facchi Alessandra, “El pensamiento feminista sobre el Derecho: Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires* 3, n.º 6 (2005): 27-47.

⁶⁶ La expresión “mujer contra mujer”, fue empleada por primera vez con Lina M. Céspedes-Báez al analizar la Sentencia de casación sc-4027-21-2, de la Corte Suprema de Justicia, para designar aquellos conflictos patrimoniales que se suscitan entre dos mujeres: la cónyuge con sociedad conyugal vigente y la compañera permanente de un hombre sobre bienes adquiridos tras la separación de hecho del matrimonio y durante la unión marital de hecho. Este análisis puede consultarse en: Céspedes-Báez, Lina María y Clara Carolina Cardozo-Roa, “Mujer contra mujer: esposas y compañeras permanentes litigando por sus derechos”, *La*

a. Incorporación de las diferencias entre el hombre y la mujer

Al incursionar en el universo teórico de los feminismos, se observa que parten de la premisa de que la mujer ha sido tradicionalmente devaluada por la familia, la sociedad y el derecho, pero no existe un acuerdo acerca de qué es lo que conduce a tal tratamiento.⁶⁷ Por esta razón, es posible que se obtengan distintas soluciones a una misma situación de desigualdad que enfrente la mujer. Ahora bien, estas soluciones no son inamovibles, sino que cambian con el tiempo y las circunstancias.⁶⁸ Esto es evidente en materia sucesoral, en donde la necesidad de garantía y protección de los derechos de la mujer dependerá de lo que les reconozcan los ordenamientos jurídicos⁶⁹ y de si, a través de estos, se logra algún fin que vaya más allá de la protección de la voluntad del testador (teoría liberal individualista), de la protección de la familia (teoría legal familiar) o de la redistribución de la riqueza (teoría socialista), y de si tales ordenamientos pueden servir como instrumentos a través de los

Silla Vacía, 30 de septiembre de 2021, <https://www.lasillavacia.com/red-de-expertos/red-de-las-mujeres/mujer-contra-mujer-esposas-y-companeras-permanentes-litigando-por-sus-derechos/>

⁶⁷ En palabras de Radcliffe Richards: “All feminists must, presumably, be united in thinking that women have been, and still are, wrongly treated (or thought about, or regarded, or valued), and that this should be remedied. But a judgment that some situation is wrong presupposes both empirical beliefs about the way things actually are, and moral standards of which they are judged to be falling short. This is a matter of logical, not temporal, priority; obviously you can start with intuitions of one kind, and then refine or change them during the course of subsequent enquiry. Still, the essential point remains. Since feminist conclusions, about what is wrong with the position of women and what should be done about it, necessarily depend on logically prior standards and beliefs, there can be no feminist justification for holding any particular standards and beliefs in the first place. This means that to whatever extent there is scope for disagreement about the nature of women’s situation, or the standards that should be used to assess it, to that extent there is scope for disagreement among feminists about the moral basis of feminism”. Janet Radcliffe Richards, “Feminism and Equality”, *Journal of Contemporary Legal*, Issues 9 (1998): 226. En la misma línea, Céspedes-Báez afirma: “No todos los feminismos son iguales, por eso no todas las feministas lo son. Aunque su objetivo primordial puede ser el mismo, esto es, eliminar la discriminación y violencia en contra de las mujeres, sus puntos de partida son tan diversos que sus maneras de lograr esa meta varían considerablemente”. Lina M. Céspedes-Báez, “En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de la Habana”, en *Utopía u oportunidad fallida: Análisis crítico del Acuerdo de Paz*, editado por Lina M. Céspedes-Báez y Enrique Prieto-Ríos (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 299.

⁶⁸ Katharine Bartlett, “Feminism and Family Law”, *Family Law Quarterly* 33, n.º 3 (1999): 476. <http://www.jstor.org/stable/25740221>

⁶⁹ Así, en países árabes, en los que la mujer hereda menos que el hombre, la lucha feminista se ha centrado en lograr la igualación en el reparto de los derechos sucesorales. Al respect, ver Khedija Arfaoui, “The Development of the Feminist Movement in Tunisia 1920s-2000s”, *The International Journal of the humanities* 5, n.º 8 (2007), 58.

cuales se promueva la igualdad real, tanto personal como patrimonial, de las mujeres y el reconocimiento de los ajustes que, en razón de su sexo, deban hacerse a las disposiciones normativas que rigen las consecuencias que sufren las mujeres con ocasión de la muerte de una persona que integra su familia.

Luego, en un caso como el colombiano, en el que se reconoce la igualdad formal, la libertad testamentaria y la posibilidad de ser asignataria para la mujer, y en el que se eliminaron instituciones como la potestad marital, la inhabilidad para ser testigo y las condiciones que partían del prejuicio, cabe preguntarse cuál sería el papel del feminismo en materia sucesoral. Una primera respuesta provendría de la crítica a los principios fundamentales en que se cimienta el sistema, ya que, como lo resaltan Deere y León:

Con normas tan favorables, podría pensarse que la distribución de la tierra entre hombres y mujeres sería relativamente equitativa. Sin embargo, una de las características sobresalientes de Latinoamérica en la actualidad es que la mayor parte de la tierra es de propiedad masculina, lo que sugiere que los derechos formales de herencia de la mujer no coinciden con las prácticas locales.⁷⁰

Así, sería pertinente analizar si el principio de igualdad formal es suficiente para eliminar las desigualdades que la mujer enfrenta a nivel sucesoral. En este sentido, llaman la atención las conclusiones a que llegaron Spivack y Hacker frente al sistema sucesoral de Estados Unidos, que también parte de la igualdad formal. Por una parte, Spivack,⁷¹ al realizar un estudio de varias comunidades, probó que la aplicación de esta regla afecta más los derechos de las poblaciones en que se presentan mayores tasas de pobreza (las mujeres mayores, las afroamericanas, las nativas americanas, los hispanoamericanos, entre otras), debido a razones históricas y culturales que no son tenidas en cuenta por parte del ordenamiento jurídico sucesoral. Así mismo, hizo notar que cuando se asigna una propiedad a múltiples herederos por partes iguales resulta muy difícil la coadministración y si se procede a la división material de los bienes, estos pierden valor

⁷⁰ Carmen Diana Deere y Magdalena León. *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, estado y mercado en América Latina* (Bogotá: Tercer Mundo Editores y Programa de estudios de Género, Mujer y Desarrollo, Facultad de Ciencias uHmanas, Universidad Nacional de Colombia, 2000), 325.

⁷¹ Carla Spivack, "Broken Links: A Critique of Formal Equality in Inheritance Law", *Wisconsin Law Review* 2019, n.º 2 (2019): 212.

por el tamaño a que quedan divididos los inmuebles.⁷² Por otra parte, Hacker,⁷³ al analizar la situación de las mujeres blancas y de origen israelí, notó que, como la mayoría de las sucesiones se tramitan de manera intestada y estas leyes reconocen, por lo general, a los hijos y al cónyuge supérstite como herederos, el hecho de que las mujeres vivan más y la costumbre social de que los hombres se casen con mujeres menores conducen a que ellas puedan disfrutar y controlar su patrimonio en la vejez. Con todo, esta autora reconoce, a renglón seguido, que estas conclusiones solo corresponden a este grupo social y que, en los otros grupos sociales, se sigue presentando un déficit de protección para las mujeres.

En el caso colombiano, Friedemann-Sánchez pone de presente que, si bien las normas sucesorales sientan las bases para un reparto equitativo de los bienes inmuebles, en la práctica factores como la complejidad del sistema, el desconocimiento de las normas jurídicas, los usos sociales, los problemas de titulación de la tierra y los altos costos de transacción conducen a que la mujer no pueda gozar de todos los derechos que le corresponden en las sucesiones.⁷⁴ A estos factores, Meertens adiciona que

[l]a herencia que reciben las mujeres muchas veces depende de su capacidad de reclamarla y en éste influye su escolaridad, conocimiento legal, acceso a recursos e instituciones e incluso la legitimidad social para hacer el reclamo. Además, frecuentemente los hombres (hermanos, hijos, tíos) pasan a representarla cuando se trata de colocar la herencia en los circuitos comerciales.⁷⁵

También se formulan críticas a la libertad testamentaria (aunque limitada) combinada con la facultad de desheredar a los hijos por parte de los ascendientes.

⁷² Para tratar de evitar este problema, en el artículo 40 de la Ley 160 de 1994, se previó la indivisibilidad de la Unidad Agrícola Familiar (4 UAF), lo que se vio reforzado con el artículo 21 de la Ley 1934 de 2018, en el que se previó que el testador pueda asignar los bienes de menos de 4 UAF sin sujeción al régimen de legítimas.

⁷³ Daphna Hacker, "The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought", *Journal of Empirical Legal Studies* 7, n.º 2 (2010): 322-354.

⁷⁴ Greta Friedemann-Sánchez, "Legal Literacy and Immovable Property: Laws, Norms and Practices in Colombia", *Development and Change* 43 (2012), 1361, 1369 y 1384, <https://doi.org/10.1111/j.1467-7660.2012.01800.x>

⁷⁵ Donny Meertens, *Tierra, derechos y género: Leyes, políticas y prácticas en contextos de guerra y paz* (Bogotá: Informe final de la consultoría sobre derechos de las mujeres a la tierra, UNIFEM, Programa Paz y Seguridad, Colombia, 2006), 27.

Deere y León consideran que la coexistencia de ambas facultades aumenta el poder de negociación e incidencia de los padres sobre las decisiones que toman los y las hijas.⁷⁶ Por otra parte, aclaran que esta facultad, en algunos casos, irá en detrimento de los derechos de las mujeres y, en otros, las favorecerá. Así, por ejemplo, el padre puede privilegiar a los hijos, a las hijas o a la cónyuge superviviente (a quien puede asignarle una mayor suma de dinero que la que le corresponde a título de porción conyugal).⁷⁷ Frente a este punto, resulta interesante la posición de Zerbini, quien, al analizar la libertad testamentaria en Argentina considera que, cuando el testador realiza asignaciones que discriminan a sus mujeres, por atribuirles menos que a los hombres, estas disposiciones testamentarias serían susceptibles de revisión e inaplicabilidad por razones de convencionalidad, al violar el artículo 5 de la Convención de Belem do Pará, instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad.⁷⁸ Este es un tema que valdría la pena analizar a la luz del derecho colombiano. Finalmente, resulta interesante mencionar que León considera que la limitación de la libertad testamentaria, a través de las asignaciones forzosas, puede contribuir a morigerar los sesgos de género,⁷⁹ pues los padres no pueden desconocer por testamento los derechos de sus hijas o madres a la legítima rigurosa o rigurosa.

⁷⁶ Los representantes que promovieron la ampliación de la libertad testamentaria que se materializó con la expedición de la Ley 1934 de 2018, consideraron que la ampliación de la libertad testamentaria de la mano con la facultad de desheredar promueve la familia, en la medida en que: “Desde un punto de vista individual, las legítimas pueden estabilizar la situación material de la familia del testador. Sin embargo, en un régimen de mayor libertad testamentaria, la expectativa de una herencia puede ser usada por el testador para asegurar un apoyo intergeneracional en el seno de la familia, fortaleciendo así la unidad de la misma. La expectativa de heredar, así como cualquier transferencia inter vivos, puede promover vínculos de solidaridad entre las generaciones y disminuir los nacimientos por fuera del matrimonio. La posibilidad de desheredamiento ha sido entendida como un factor de unión familiar que les permite a los padres mantener fortalecida su familia. En este sentido, la ley de sucesiones interviene en las bases de una relación familiar”. Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, representantes Rodrigo Lara Restrepo, Carlos Jiménez, Jorge Rozo y José Ignacio Mesa, “Exposición de motivos al proyecto de Ley 066 número 066 de 2016, Cámara, por medio el cual se reforma el Código Civil” (*Gaceta del Congreso*, n.º 602, 9 de agosto de 2016, 15).

⁷⁷ Al respecto, ver Deere y León. *Género, propiedad y empoderamiento*, 76-77.

⁷⁸ César Isidoro Zerbini, “Enfoque de género en el derecho sucesorio: control de convencionalidad de cláusulas testamentarias en el derecho argentino”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho* 10, n.º 1 (2022), 561-576.

⁷⁹ Magdalena León, “La desigualdad de género en la propiedad de la tierra en América Latina”, *Du grain à moudre*, editado por Christine Verschuur (Genève: Graduate Institute Publications, 2011), 197, doi:10.4000/books.iheid.6756

En cuanto a la protección familiar como principio, Deere y León también critican aquellos ordenamientos en los cuales se privilegia a los descendientes en desmedro de los derechos de la esposa, sin que esta cuente con una asignación especial en su favor. Para estas autoras, este fenómeno se ve atemperado en el ordenamiento colombiano por la existencia de la porción conyugal, condicionada a las necesidades económicas⁸⁰ de la viuda y cuya cuantía asciende a lo que recibiría un hijo.⁸¹ Esta última afirmación no es exacta a la luz del artículo 1236 del Código Civil, ya que la porción conyugal o marital, cuando hay hijos, solo corresponde a lo que le tocaría a uno de ellos a título de legítima rigurosa o rigurosa (artículo 1242 del Código Civil),⁸² y esta es inferior a lo que a un hijo le puede corresponder sobre el total de la herencia, después de pagadas las obligaciones a que se refiere el artículo 1016 del Código Civil.

Para explicar esta observación, se acudirá a un ejemplo:

⁸⁰ Esto porque para que la cónyuge supérstite (o compañera permanente, desde la Sentencia C-283 de 2011 de la Corte Constitucional) tenga derecho a esta asignación forzosa se requiere, según el artículo 1230 del cc, que “carezca para su congrua subsistencia”, es decir, en principio no se trata de un derecho que sea reconocido a todas las esposas o compañeras permanentes, sino solo a aquellas que, al momento de la muerte del causante, no cuentan con bienes suficientes para mantenerse, ya porque no los tengan o porque renuncian a ellos en favor de la sucesión (art. 1235 del cc).

Para Parra Benítez, la exigencia de pobreza (carencia de lo necesario para su congrua subsistencia) no es tan cierta, ya que “la pobreza se mira es en relación con el patrimonio que le quede al sobreviviente y justamente en el momento de morir el otro cónyuge, no antes y no después”. Parra, *Derecho de Sucesiones*, 218.

⁸¹ Deere y León. *Género, propiedad y empoderamiento*, 78-81.

⁸² La legítima rigurosa o rigurosa no debe confundirse con la legítima efectiva. La primera es lo que le corresponde a cada legitimario (descendiente o ascendiente) de la mitad legitimaria (art. 1242 del cc) y es lo mínimo que en virtud de la ley se le debe al legitimario, es la porción protegida con la acción de reforma del testamento. Si a este valor se le suma lo que le corresponda de la mitad de libre disposición, se obtiene la legítima efectiva (art. 1249 del cc).

El líquido de una sucesión (total de derechos subjetivos patrimoniales menos las obligaciones a que se refiere el artículo 1016 del Código Civil) asciende a \$ 150000000, y el causante tenía tres descendientes y una cónyuge o compañera permanente supérstite:

Se toma el líquido y se divide por mitad para determinar la mitad legítima y la mitad de libre disposición:

$$150000000/2 = 75000000$$

Mitad legítima: 75000000

La mitad legítima se divide por 4 (3 descendientes + 1 cónyuge o compañera permanente)

$$= 18750000 \text{ (legítima efectiva – porción conyugal)}$$

Mitad de libre disposición: 75000000

La mitad de libre disposición se divide solo entre los tres hijos = 25000000

Las adjudicaciones:

Para el cónyuge supérstite a título de porción conyugal: 18750000

Para cada hijo (legítima efectiva): 43750000

Así se evidencia cómo a pesar de la existencia de la porción conyugal cuando hay hijos, al fijar su valor atado a la legítima rigurosa o rigurosa se está creando una situación de favorecimiento de las descendientes en desmedro de la viuda, ya que estos pueden ver incrementada su porción con lo que su padre no distribuyó de la libre disposición.

Frente a estas críticas a los principios del derecho sucesoral colombiano, por el momento se puede especular sobre los efectos que tienen los principios del derecho sucesoral colombiano sobre los derechos sucesorales de las mujeres, pero es necesario hacer un análisis con datos precisos para determinarlos de forma más exacta.

La segunda respuesta del feminismo buscaría, no solo criticar las instituciones existentes, sino también formular ajustes que permitan el goce y disfrute de los derechos sucesorales por parte de las mujeres en un escenario más justo⁸³ que el que actualmente enfrentan.

⁸³ Se usa este término en general, sin limitarlo a la injusticia socioeconómica o a la cultural, en el sentido de Fraser, ya que, como se verá a continuación, la aplicación de las normas sucesorales basándose en el principio de igualdad formal, pueden conducir tanto a que la mujer sea explotada, marginada o privada de los bienes necesarios para su existencia (injusticia socioeconómica) como a que sea sometida a dominación cultural, no reconocida o irrespetada (injusticia cultural). Nancy Fraser, *Iustitia interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"* (Bogotá: Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes, 1997), 21-23.

Para ello, se acudirá al feminismo socialista⁸⁴ que:⁸⁵

1. Por una parte, pone de presente las afectaciones que sufren las mujeres por tener que asumir, casi de manera exclusiva, trabajos reproductivos y labores de cuidado de las personas dependientes.⁸⁶ Esto repercute en la vida de la mujer porque
 - a) o la aleja de la posibilidad de generar por sí misma riqueza en igual proporción que los hombres,
 - b) o le exige tener que duplicar sus horarios al tener que trabajar tanto fuera como dentro del hogar,
 - c) o le impone tener que pagar por aquellas tareas que delega a otras mujeres que se dedican al cuidado (niñeras, enfermeras, etc.).⁸⁷
2. Y, por la otra, analiza la percepción y acción de la mujer en su entorno y cómo esta decisión individual repercute en las vidas de otros integrantes de su familia y en la sociedad en general.

Con lo anterior, se resalta que, en la medida en que las mujeres deben dedicarse al cuidado de otras personas al interior de las familias (niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad), no pueden emplear su tiempo, esfuerzos y recursos para lograr sus propias metas de vida y financieras en la misma forma en que lo harían los hombres.⁸⁸ Por esta razón, lo único que representa para su patrimonio una herencia o legado es llenar los vacíos causados por su imposibilidad previa de generar su propia

⁸⁴ Helena Alviar García y Isabel Cristina Jaramillo Sierra, *Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes, 2012), 29-30.

⁸⁵ En palabras de Rowbotham: "Socialist feminism is able to express both how the individual perceives and acts and the interconnexion of individual choice with the circumstances of others". Sheila Rowbotham, "What do women want? Woman-centred values and the world as it is", en *Feminist Review*, n.º 20 (1985): 49-69. <https://www.jstor.org/stable/1394667>

⁸⁶ La dependencia puede originarse por la edad (niños, niñas, adolescentes y adultas mayores) o por condiciones de discapacidad.

⁸⁷ En cuanto a los trabajos de la mujer y, en especial, los que provienen del rol de madre: Ana Isabel Marrades Puig, "La mujer como sujeto de derechos: la maternidad en el centro de la polémica", en *Sujetos de protección del derecho privado*, editado por Clara Cardozo y Sandra Daza (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2020), 63-65.

⁸⁸ Danaya C. Wright, "The Demographics of Intergenerational", 699-700.

riqueza, pero por lo general, no logra cerrar las brechas que años y años de dedicación al hogar, las enfermedades y la dependencia han causado.

Gracias a este feminismo, que actúa como una lupa, se puede determinar que en materia sucesoral el reparto a partir de una división igual entre las personas herederas no siempre es justo, porque hubo una mujer a la que deben reconocérsele (compensar o remunerar) las cargas que asumió durante la vida del causante.

En este sentido, Arroyo afirma:

A menudo, las personas mayores no son ingresadas en residencias geriátricas u hospitales y son atendidas en su casa por algunos de sus familiares, probablemente sin contraprestación si se tiene en cuenta que el deber de asistencia es inherente al principio de solidaridad familiar. Si estas personas no son debidamente tenidas en cuenta por el causante en su testamento, ni tampoco la ley arbitra mecanismo alguno para compensar los esfuerzos y las renunciaciones que su atención y asistencia comporta a los cuidadores, es evidente que resultan perjudicadas frente a los herederos o el resto de coherederos.⁸⁹

Desde este punto de vista, las normas sucesorales deberían consagrar una asignación forzosa dedicada a remunerar a la persona que se dedicó al cuidado de la o del causante dependiente, ya sea como un pasivo de la sucesión (como asignaciones alimentarias forzosas o la porción conyugal) o como parte imputable al valor líquido que se distribuye entre las personas asignatarias. Frente a esta propuesta, en el derecho colombiano se observa una tensión entre la ley sucesoral, que tiende a ampliar la libertad testamentaria y suprimir las asignaciones forzosas,⁹⁰ y el reconocimiento jurisprudencial del trabajo de cuidado que la mujer cónyuge o compañera permanente desarrolla en el hogar como un verdadero aporte a la riqueza familiar,⁹¹ siendo este último

⁸⁹ Esther Arroyo Amayuelas, “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania” *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1 (2010): 13.

⁹⁰ Tal y como se indicó en la primera parte de este capítulo, en la Ley 1934 de 2018 se eliminó la asignación forzosa denominada cuarta de mejoras, que debía destinarse por el o la ascendiente a un descendiente.

⁹¹ Al respecto, ver Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de Casación SC3463 del 15 de noviembre de 2022, M. P. Luis Alonso Rico Puerta.

un logro de la incorporación de la perspectiva de género a los conflictos de familia. Ahora bien, este criterio debería ampliarse para reconocer el cuidado no remunerado realizado por hijas y nietas que deben asumir la atención y protección del causante.

Así, mediante la lente feminista, se puede observar cómo el entramado de principios y normas que conforman el derecho sucesoral colombiano no es suficiente para lograr que la mujer alcance un disfrute pleno de sus derechos ni que goce de la misma manera de la herencia o legado que reciba, como lo harían los hombres, porque ella tendrá que destinar estos recursos no a su propio enriquecimiento, sino a la satisfacción de necesidades que no ha podido suplir antes por tener que dedicar sus esfuerzos a la atención de necesidades ajenas.

b. El problema mujer contra mujer en las sucesiones

Como se ha dicho anteriormente, por el modelo asumido en Colombia, la mujer intervendrá en una sucesión en la medida en que goce del llamamiento que le haga la ley o el testamento a intervenir en esta. La ley lo hace porque se considera parte integrante de la familia. Pero ¿qué ocurre cuando la mujer tiene que entrar a disputar ese lugar con otras mujeres? Desafortunadamente, no todas estas disputas gozan de una solución normativa, lo que conduce a que el juez tenga que resolver cada caso concreto, tomando partido por una de ellas o mediante una distribución entre ellas, que puede afectar a otros herederos, incluso forzosos.

Los derechos que las mujeres pueden disputar en una sucesión son los gananciales, las asignaciones alimentarias forzosas, la porción conyugal y la herencia. Por regla general, esta disputa se presentará entre dos mujeres que han sido parejas del o de la causante por el acto matrimonial o por la unión marital. Para poder abordar este problema, es necesario recordar que:

- Tanto el matrimonio como la unión marital de hecho tienen unos efectos relevantes en materia sucesoral, algunos derivados de la relación personal de la pareja (alimentos, porción conyugal y herencia) y otros que se originan en la existencia y vigencia de las universalidades jurídicas que se derivan de aquellos al momento del fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja (derecho a los gananciales). En este sentido, si una persona cónyuge o compañera permanente

no tiene derecho a los gananciales, no por ello perderá el derecho a los alimentos y a la porción conyugal que resultan de no tener lo necesario para la congrua subsistencia o de heredar en el segundo o tercer orden sucesoral.

- El matrimonio puede coexistir con la unión marital, pero las universalidades jurídicas que nacen de estos son incompatibles entre sí (artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990) y por ello, para que surja la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se exige que la sociedad conyugal se encuentre disuelta.⁹²

A continuación, se presentarán dos tipos de conflictos mujer contra mujer que han sido conocidos por las altas cortes:

Primero: la compañera permanente, a pesar de ser primera en el tiempo, no por ello tuvo derecho a los gananciales al momento de la muerte de su pareja, porque se privilegió la sociedad conyugal sobre la sociedad patrimonial. Así, en sentencia de casación del 13 de junio de 2014, se decidió el siguiente caso:⁹³

En 1988, una mujer comienza a convivir con un hombre y adquieren varios bienes. El hombre, sin informárselo a su compañera permanente, se casa el 30 de abril de 1994 con otra mujer, pero no deja de convivir con la compañera permanente (cónyuge y compañera permanente vivían en ciudades diferentes). El hombre fallece en 2002. El matrimonio fue registrado con posterioridad a la muerte del causante.

La compañera permanente demanda la declaratoria de unión marital de hecho y de la consecuencial sociedad patrimonial desde 1988 hasta 2002. A esta pretensión se opone la cónyuge, aduciendo la inexistencia de la sociedad patrimonial y, en todo caso, su prescripción con fundamento en el artículo 8 de la Ley 54 de 1990 (un año contado a partir de su disolución).

⁹² En la Ley 54 de 1990 y en su modificación de 2005, para que surgiera la sociedad patrimonial, se requería no solo la disolución de la sociedad conyugal, sino que esta hubiese sido liquidada con un año de antelación al inicio de la convivencia de la pareja en unión marital. A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, después se dejó de exigir el año antelación y la liquidación de la sociedad conyugal. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-700 del 16 de octubre de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia sc-7019 del 13 de junio de 2014, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

El juzgado de primera instancia declara la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial hasta 1994, pero esta última la declara prescrita. El tribunal, en segunda instancia, revoca esa decisión y declara la existencia de la unión marital y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes hasta el momento de la muerte del hombre en 2002. Para decidir, sostiene que el matrimonio, al no estar registrado, no producía efectos frente a terceros, lo que implicaba que no disolvía la sociedad patrimonial e impedía el surgimiento de la conyugal. La Corte Suprema de Justicia casa la sentencia, al considerar que el tribunal erró, porque la sociedad conyugal surge por el acto del matrimonio, no por su registro, y, en su lugar, aplica con todo rigor que la sociedad patrimonial se disolvía por el matrimonio de uno de los compañeros con una tercera persona y que la acción para la declaratoria de la sociedad patrimonial prescribía un año contado a partir del matrimonio con la nueva persona. En consecuencia, confirma la sentencia de primera instancia.

Con esta decisión, la Corte no solo le negó a la compañera permanente el derecho a los gananciales, sino también a la asignación alimentaria forzosa y a la porción conyugal, al confirmar que tanto la unión marital (desde el punto de vista personal) como la sociedad patrimonial se disolvieron en 1994.

Es de aclarar que la interpretación que hizo la Corte Suprema de Justicia se ajusta al ordenamiento jurídico que rige tanto el matrimonio como la unión marital de hecho y el estado civil; sin embargo, surge la pregunta acerca de si una lectura feminista no daría lugar a una respuesta distinta: ¿la distribución de los gananciales se hacía entre las dos mujeres?, ¿la cónyuge tenía derecho a los gananciales y la compañera permanente a la porción marital?

Tras esta providencia, la Corte Suprema de Justicia abordó el problema de la imposibilidad de coexistencia entre la sociedad conyugal y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes cuando el cónyuge o compañero permanente fallecía, en las sentencias SC3085 de 2024⁹⁴ y SC1422 de 2025.⁹⁵ En ambas providencias, tras la muerte del cónyuge o compañero permanente, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tomó decisiones en favor de la compañera permanente, pero con una argumentación distinta.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC3085 del 18 de diciembre de 2024, M. P. Octavio Augusto Tejero Duque.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC1422 del 22 de mayo de 2025, M. P. Martha Patricia Guzmán Álvarez.

En la primera, consideró que la sociedad conyugal se había disuelto dos años después de que cesó la convivencia matrimonial y, en consecuencia, a partir de este momento comenzaba a contarse el término para la declaratoria de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.⁹⁶ En la segunda sentencia, consideró que la sociedad conyugal persistía como universalidad jurídica, pero que existía una sociedad de hecho especial entre los compañeros permanentes, que no era una universalidad jurídica, sino que recaía exclusivamente sobre los bienes adquiridos durante esta;⁹⁷ su declaración debe ser realizada por el juez de familia y, en el escenario de una disputa por los bienes del causante, implica que primero se liquide esa sociedad de hecho especial, luego la sociedad conyugal y, por último, al tenor del artículo 1398 del Código Civil, la sucesión.

Segundo: alimentos en favor de la mujer divorciada frente a la compañera permanente o cónyuge supérstite, Sentencia de la Corte Constitucional, T-467 de 2015.⁹⁸

Una mujer contrajo matrimonio católico con un hombre. Posteriormente, los efectos civiles de este matrimonio cesaron por sentencia judicial. En esa providencia se fija una cuota alimentaria que deberá ser pagada en favor de la excónyuge mujer, con cargo a la pensión del excónyuge hombre. El hombre comienza a convivir con otra mujer, con la que surge la unión marital de hecho. Otorga testamento, ratificando que es su voluntad que su exesposa siga recibiendo un porcentaje de su pensión hasta el día de su muerte. La compañera permanente hace una declaración notarial indicando que, tras la muerte del hombre, ella respetará su voluntad. El hombre fallece. La compañera permanente supérstite solicita el reconocimiento del 100% de la pensión sustitutiva

⁹⁶ Esta sentencia reitera en buena medida la subregla deducida de las providencias: Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC4027 del 14 de septiembre de 2021, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona; y Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC2429 del 8 de octubre de 2024, M. P. Francisco Terner Barrios. Con todo, en estas decisiones, el cónyuge/compañero permanente no había fallecido.

⁹⁷ Esta sociedad de hecho especial debe reunir los mismos requisitos que la sociedad de hecho entre concubinos, que desde 1935 sirvió para solucionar la ausencia de régimen patrimonial entre ellos. Al respecto, ver Lina M. Céspedes-Báez y Clara Carolina Cardozo Roa, “Socias invisibles, amas de casa por siempre: análisis feminista de la sociedad de hecho en el concubinato”, en *Género en transición: Estudios sobre el papel del derecho en la distribución de recursos para y en el posconflicto colombiano*, editado por Isabel Cristina Jaramillo Sierra (New York: Peter Lang, 2020), 163-184.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-467 de 2015.

a su favor. La administradora de la pensión la concede en su totalidad a la compañera permanente y niega los reclamos de la exesposa.

El juez de tutela niega el amparo, por considerar que no se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción, y tampoco concede el amparo transitorio, al estimar que no se prueba perjuicio irreparable.

La Corte decidió este caso ordenando a la administradora de pensiones pagarle a la exesposa el porcentaje de la pensión dispuesto por el exesposo causante, con fundamento en que el derecho de alimentos no se extingue por la muerte del deudor alimentante, sino del acreedor alimentario o cuando cesan las circunstancias que facultan al alimentario para pedirlo, tal y como lo prevé no solo el régimen de los alimentos, sino el de las asignaciones alimentarias forzosas, que son un pasivo de la sucesión, al tenor del artículo 1016 del Código Civil. La forma en que se decide esta tutela y aquellas cuya *ratio decidendi* reitera⁹⁹ no solo son acordes con las normas constitucionales en que se fundan, que pretenden proteger el mínimo vital, sino también con las disposiciones del Código Civil acerca de los alimentos (artículo 422) y de las asignaciones alimentarias forzosas (artículos 1016 y 1227 a 1229), que prevén su continuidad con posterioridad a la muerte del causante. No obstante, en la literatura que aborda el tema sucesoral se encuentran voces que aducen que estos alimentos son una obligación *intuitu personae* del alimentante y, en consecuencia, que se extinguen con su muerte.¹⁰⁰

Los anteriores dos casos ilustran la disputa de las mujeres por los gananciales y las asignaciones alimentarias forzosas. Para explicar la disputa por la porción conyugal y la herencia, se mencionará el alcance de estos derechos y, a renglón seguido, los escenarios de confrontación. Como se dijo, la porción conyugal es una asignación forzosa establecida, originalmente, en los artículos 1230 a 1238 del Código Civil, en favor de la persona cónyuge

⁹⁹ La decisión adoptada en esta providencia reitera lo dicho por esta Corte en las sentencias T-1096 de 2008 (se debaten los derechos de la esposa actual y la exesposa que había sido contagiada de VIH por el exesposo), T-177 de 2013 (la discusión jurídica se da entre la esposa actual y la exesposa) y T-095 de 2014 (los derechos que se disputan son los de la exesposa en contra de la compañera permanente). La línea jurisprudencial completa se encuentra en Clara Carolina Cardozo-Roa, “Derechos sucesorales de las parejas cuando hay más de una”, en *Perspectivas del derecho privado en Colombia: una visión desde la academia*, editado por Yadira Alarcón Palacio *et. al.* (Bogotá: Universidad de la Sabana y Universidad Externado de Colombia, 2025), 119-122.

¹⁰⁰ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 375 y 376; y Roberto Suárez Franco, *Sucesiones*, 310-311.

supérstite que no tiene lo necesario para su congrua subsistencia. Quien es titular de esta asignación debe optar por esta o por los gananciales y demás derechos que le correspondan dentro de la sucesión del causante, y su cuantía depende de si el o la causante tenía descendientes. Como se vio anteriormente, al tenor del artículo 1236 del Código Civil, si los tenía, al cónyuge le corresponde una legítima rigurosa a la de un hijo, si no los tenía, se trata como un pasivo sucesoral que equivale al 25 % del acervo bruto sucesoral. La Corte Constitucional, en virtud de la Sentencia C-238 de 2011, extendió la aplicación de la porción conyugal tanto a las personas compañeras permanentes como a las parejas del mismo sexo.¹⁰¹

En el caso del derecho de herencia, la persona cónyuge superviviente tiene vocación sucesoral en el segundo y en el tercer orden sucesoral en la sucesión intestada, al tenor de los artículos 1046 y 1047 del Código Civil. En el segundo orden, concurre con los ascendientes del grado más próximo y la sucesión se divide por cabezas. Mientras que, en el tercer orden, si el o la causante tenía hermanos y, en su defecto, sobrinos, al cónyuge le corresponde la mitad del acervo líquido; si no los tenía, le corresponderá el cien por ciento de la masa. Estos derechos fueron ampliados a las parejas en unión marital y del mismo sexo mediante la Sentencia C-238 de 2012.¹⁰²

Con el reconocimiento de estos derechos a las parejas en unión marital y el que, en virtud de la Ley 54 de 1990, una persona pueda tener tanto cónyuge como persona compañera permanente, surge la posibilidad de que las dos personas tengan derecho a la porción conyugal o que dos personas sean herederas de la misma parte de la masa sucesoral, sin que la ley o la jurisprudencia tengan una regla definida de distribución de estos derechos.

El mismo tipo de cuestionamientos surge si una persona es cónyuge con sociedad conyugal vigente y la otra es compañera permanente y no tiene lo necesario para su congrua subsistencia, o si hay una compañera permanente con sociedad patrimonial vigente y una cónyuge superviviente que no tiene lo necesario para su congrua subsistencia. Podría decirse que la primera tiene derecho a los gananciales y la segunda a la porción conyugal, pero, con esta lectura, las personas que verían menguados sus derechos serían las herederas,

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-283 del 13 de abril de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-238 del 22 de marzo de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

quienes advertirían que una de las parejas se llevaría su parte proveniente de los gananciales y la otra de la porción conyugal, lo que no ocurre cuando solo hay una pareja, ya que, como se dijo, esta debe escoger entre lo uno (gananciales y otros derechos en la sucesión) o lo otro (porción conyugal).¹⁰³

Para solucionar estos conflictos, la lente feminista que se considera debe emplearse es la interseccional, ya que este abordaje permite observar cómo el sexo y el género, como categorías de análisis, se relacionan con otras como el origen nacional y familiar, la religión, la dependencia, la raza y la clase social, y permiten que, dentro de una misma categoría, se pueda evidenciar quién se encuentra discriminada y quién goza de privilegios. En palabras de La Barbera:

Tomar la perspectiva interseccional significa reconocer que la discriminación de género está constituida no solo por las desventajas que las mujeres experimentan en las estructuras patriarcales, que atribuyen poder y privilegio según criterios sexistas, sino también por la concurrencia de otros sistemas de subordinación que crean diferencias entre mujeres y localizan a algunas mujeres en posiciones de especial marginación y exclusión social.¹⁰⁴

Como los casos mujer contra mujer se refieren a situaciones en las cuales hay dos mujeres en conflicto, el enfoque interseccional permite analizar si una (o ambas) de las mujeres ha sido marginada, excluida o privilegiada y, con base en este análisis, poder zanjar el conflicto y, de esta manera, poder decidir a cuál de las dos (o a las dos) deben asignarse los derechos sobre los gananciales de las sociedades conyugal o patrimonial disueltas por el hecho de la muerte o de los derechos sucesorales (asignación alimentaria forzosa,

¹⁰³ En las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional no se encontraron casos acerca de esta confrontación. En desarrollo de esta investigación, en la Sentencia T-269 de 2018, una mujer solicita la nulidad de su matrimonio civil con el causante, porque este se encontraba previamente casado con otra mujer en Colombia. Se considera que los hechos no corresponden al supuesto indicado, porque no hay una disputa por derechos sucesorales con la primera esposa, sino todo lo contrario, busca que estos derechos no se controviertan. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 del 11 de julio de 2018, M. P. Carlos Bernal Pulido.

¹⁰⁴ María Caterina La Barbera, "Interseccionalidad = Interseccionality", *EUNOMIA Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12 (2017): 195, <https://erevistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3651>

porción conyugal o herencia). Un análisis de esta naturaleza, además de tener como fundamento la literatura acerca de interseccionalidad, podría basarse:

1. En general, en el principio/derecho de la dignidad humana, consagrado en el preámbulo y en el artículo 1 de la Constitución Política,¹⁰⁵ para salvaguardar no solo la autonomía de las personas a la hora de conformar familia, sino también para garantizar que las mujeres más vulnerables dentro de esas dinámicas familiares cuenten con los recursos económicos necesarios para vivir tras la muerte de sus parejas, en particular, y de las personas de quienes dependan, en general.
2. Y en especial en el artículo 13 de la Constitución, que, en sus párrafos segundo y tercero, establece los especiales deberes que tiene el Estado en cuanto a la promoción de la igualdad de los grupos tradicionalmente discriminados (debido al sexo, la raza, etc.) y la protección especial de las personas que, por sus condiciones, se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta.

Con todo, esta es una hipótesis que deberá ser ampliada y probada en una investigación posterior.

Conclusiones

El derecho sucesoral, entendido como el conjunto de normas jurídicas que regula la destinación de los bienes de una persona tras su muerte, tradicionalmente se ha explicado a partir de tres teorías: la individualista liberal, la socialista y la legal familiar. La primera, heredera del derecho romano y de los

¹⁰⁵ Acerca del derecho/principio de la dignidad humana la jurisprudencia constitucional ha dicho que implica “vivir bien y vivir como se quiere” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-331 del 29 de agosto de 2023, M. P. Diana Fajardo Rivera), y para ello, “[l]a dignidad humana se ha tratado como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral. En ese contexto, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (C.P., art. 1.), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P., art. 2.)”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-075 del 7 de febrero de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

ideales iusnaturalistas de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad; la segunda, que considera que los bienes (en especial los productivos) deben ser empleados por el Estado para fines redistributivos, y la tercera, que parte de la idea de que los bienes no son de la persona, sino de la familia. De estas, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que en el país se asume la teoría legal familiar. Adicionalmente, se identifican como principios básicos de este régimen: la libertad testamentaria limitada por las asignaciones forzosas, la igualdad por razones de sexo y la protección a la familia.

Con base en estas teorías, en estos principios y en la descripción de la dinámica de la sucesión en Colombia, se concluye que la igualdad a que hace referencia el Código Civil es la formal y que, en consecuencia, es necesario escudriñar en profundidad el ordenamiento para verificar que no se presenten discriminaciones tanto en el texto de la ley como en sus efectos y aplicación.

Al realizar este análisis, se observa que la ley y la jurisprudencia eliminaron las discriminaciones explícitas que había para ser testigo de testamentos, recibir algunas asignaciones condicionales y las provenientes de la potestad marital. Con estas derogatorias y declaratorias de inexequibilidad se dio cumplimiento a uno de los fines de los feminismos, que consiste en la supresión de la ley de aquellas desigualdades que expresamente se encuentran en su texto, por lo que, en la actualidad, corresponde a estas visiones teóricas abordar las discriminaciones implícitas en el régimen hereditario y, para ello, tomar como punto de partida las necesidades particulares de la mujer, al reconocer que la igualdad formal no es suficiente para lograr el real disfrute de los derechos sucesorales.

Para ello, se pone de presente, desde el feminismo socialista, que uno de los aspectos que limita el disfrute de estos derechos es que la mujer tenga que asumir labores de cuidado y realizar trabajos reproductivos. Esto determina que, para la mujer, los gananciales, las herencias y los legados tengan una importancia patrimonial mayor que para los hombres, ya que, en principio, no la enriquecen, sino que solamente le permiten recuperar una parte de los recursos que ella invirtió en las labores de cuidado.

Finalmente, debido a la posibilidad de que dos mujeres entren en disputa (porque el ordenamiento jurídico colombiano lo permite) por los mismos derechos sucesorales, lo que en el presente capítulo se denomina “el problema mujer contra mujer”, se propone que sea resuelto a partir de un enfoque interseccional con fundamento constitucional, a través del cual se puedan identificar e

interconectar otras variables que generan discriminación y, de esta manera, encontrar una solución que permita establecer cuál de las mujeres requiere una suma de dinero mayor dentro de la sucesión.

Ya para cerrar, se observa que hay pocos estudios teóricos y empíricos acerca del impacto del derecho sucesoral en la vida de las mujeres, por lo que se evidenció que existe un vasto campo de exploración que requiere que las investigadoras feministas incursionen en estos temas. Es por ello que el presente capítulo no cierra con una conclusión, sino con una invitación...

Bibliografía

- Alarcón Rojas, Fernando. *El modo sucesión por causa de muerte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025.
- Alviar García, Helena e Isabel Cristina Jaramillo Sierra. *Feminismo y crítica jurídica: el análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2012.
- Arango Mejía, Jorge. *Derecho civil: personas*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Empresa Editorial de la Universidad Nacional de Colombia, 1991.
- Arfaoui, Khedija. "The development of the feminist movement in Tunisia 1920s-2000s". *The International Journal of the Humanities* 4 (2007): 53-59.
- Arroyo Amayuelas, Esther. "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania". *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* n.º 1 (2010): 1-53.
- Bartlett, Katharine T. "feminism and family law". *Family Law Quarterly* 33, n.º 3 (1999): 475-500. <http://www.jstor.org/stable/25740221>
- Bernal Bueno, Ana. "Alcance de las reformas normativas en derecho sucesoral a raíz de la Carta Constitucional de 1991 según pronunciamientos de la Corte Constitucional". *Revista Pensamiento Americano* 9, n.º 17 (2016): 95-116. <https://doi.org/10.21803/penamer.9.17.362>
- Bose, Purabi. "Land tenure and forest rights of rural and indigenous women in Latin America: Empirical Evidence". *Women's Studies International Forum* 65 (2017): 1-8. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539517304338>
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. "Más allá de la propiedad privada: el derecho civil como instrumento de protección de las víctimas del conflicto armado colombiano". En *La voz de las víctimas: reto de la academia ante el posconflicto*, editado

- por Beatriz Londoño Toro y Laly Catalina Peralta González, 281-309. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. “Principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada”. En *Principios generales del derecho privado*, editado por Clara Carolina Cardozo Roa, 161-199. Bogotá: Tirant Lo Blanch y Universidad Católica de Colombia, 2020.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. “Derechos sucesorales de las parejas cuando hay más de una”. En *Perspectivas del derecho privado en Colombia: una visión desde la academia*, editado por Yadira Alarcón Palacio et al., 99-127. Bogotá: Universidad de La Sabana y Universidad Externado de Colombia, 2025.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. “Del concepto legal al constitucional de familia en el derecho sucesoral colombiano”. En *Retos del derecho de familia contemporáneo*, editado por Clara Carolina Cardozo-Roa, Karol Martínez Muñoz y Francisco Ternera Barrios, 307-356. Bogotá: Universidad del Rosario, 2022.
- Céspedes-Báez, Lina M. “En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de La Habana”. En *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, editado por Lina M. Céspedes-Báez y Enrique Prieto-Ríos, 295-326. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.
- Céspedes-Báez, Lina M. y Clara Carolina Cardozo-Roa. “Socias invisibles, amas de casa por siempre: análisis feminista de la sociedad de hecho en el concubinato”. En *Género en transición: estudios sobre el papel del derecho en la distribución de recursos para y en el posconflicto colombiano*, editado por Isabel Cristina Jaramillo Sierra, 163-184. New York: Peter Lang, 2020.
- Céspedes-Báez, Lina M. y Clara Carolina Cardozo-Roa. “Mujer contra mujer: esposas y compañeras permanentes litigando por sus derechos”. *La Silla Vacía*, 30 de septiembre de 2021. <https://www.lasillavacia.com/red-de-expertos/red-de-las-mujeres/mujer-contra-mujer-esposas-y-companeras-permanentes-litigando-por-sus-derechos/>
- Charrupí Hernández, Néstor Raúl. “Evolución del régimen sucesoral en el derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018”. *Revista de Derecho Privado* n.º 40 (2021): 437-462.
- Charrupí Hernández, Néstor Raúl. *La garantía del heredero: los acervos imaginarios y las donaciones en Colombia de la teoría a la práctica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024.
- Comunidad Andina de Naciones. Decisión 351 de 1993.
- Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486 de 2000.

- Congreso de la República de Colombia. Ley 8 de 1922.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 75 de 1968.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 28 de 1932.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1982.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 54 de 1990.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 160 de 1994.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 979 de 2005.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1934 de 2018.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 2388 de 2024.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 2447 de 2025.
- Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes. “Exposición de motivos al Proyecto de Ley 066 de 2016 Cámara, por medio del cual se reforma el Código Civil”. *Gaceta del Congreso*, n.º 602, 9 de agosto de 2016: 7-16.
- Consejo Nacional Constituyente. Ley 57 de 1887, “Código Civil”.
- Corral Talciani, Hernán. “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 32, n.º 3 (2005): 429-438.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015 del 14 de marzo de 2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-039 del 5 de febrero de 2025, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-085 del 27 de febrero de 2019, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-101 del 8 de febrero de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1033 del 27 de noviembre de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-238 del 22 de marzo de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-283 del 13 de abril de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-331 del 29 de agosto de 2023, M. P. Diana Fajardo Rivera.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-352 del 9 de agosto de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-513 del 31 de julio de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-641 del 31 de mayo de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 del 28 de noviembre de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-700 del 16 de octubre de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 del 20 de febrero de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1096 del 6 de noviembre de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-177 del 2 de abril de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-269 del 11 de julio de 2018, M. P. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-467 del 28 de julio de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto 125 del 18 de junio de 2008, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 14 de diciembre de 1898, M. P. Luis M. Isaza. *Gaceta Judicial*, año XVI, n.º 691, 18 de mayo de 1900: 95-102.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 28 de junio de 1930, M. P. Tancredo Nannetti. *Gaceta Judicial*, t. XXXVIII, n.º 1865, 28 de julio de 1932: 1-4.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc1422-2025 del 22 de mayo de 2025, M. P. Martha Patricia Guzmán Álvarez.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc1833-2022 del 29 de julio de 2022, M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc2429-2024 del 8 de octubre de 2024, M. P. Francisco Ternera Barrios.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc3085-2024 del 18 de diciembre de 2024, M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc3463-2022 del 15 de noviembre de 2022, M. P. Luis Alonso Rico Puerta.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc4027-2021 del 14 de septiembre de 2021, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia sc7019-2014 del 13 de junio de 2014, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.
- Deere, Carmen Diana y Magdalena León. *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*. Bogotá: Tercer Mundo Editores y Programa de Estudios de Género, Mujer y Desarrollo, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- Deere, Carmen Diana. “Married women’s property rights as human rights: The Latin American contribution”. *Florida Journal of International Law* 17, n.º 1 (2005): 101-114.
- Deere, Carmen Diana y Magdalena León Gómez. “De la potestad marital a la violencia económica y patrimonial en Colombia”. *Estudios Socio-Jurídicos* 23, n.º 1 (2021): 219-251.
- Domínguez Águila, Ramón y Ramón Domínguez Benavente. *Derecho sucesorio*. 3.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Enciso Contreras, José. *Testamentos y bienes de difuntos de Zacatecas (1550-1604)*. Zacatecas: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas, 2000.
- Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 3, n.º 6 (2005): 27-47.
- Facio Montejo, Alda. “El principio de igualdad ante la ley”. Ponencia presentada en el acto conmemorativo del “50.º Aniversario del reconocimiento constitucional de la condición de ciudadanas de las mujeres costarricenses y de su derecho a elegir y a ser electas”, San José de Costa Rica, 17 de junio de 1999.
- Fraser, Nancy. *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997.
- Friedemann-Sánchez, Greta. “Legal literacy and immovable property: Laws, norms and practices in Colombia”. *Development and Change* 43 (2012): 1361-1384.
- García Álvarez, Manuel. “Propiedad individual y ‘socialismo real’”. *Revista de Estudios Políticos* 19 (1981): 81-106.
- García-Gallo y de Diego, Alfonso. “Del testamento romano al medieval: las líneas de su evolución en España”. *Anuario de Historia del Derecho Español* (1977): 425-498.

- Hacker, Daphna. "The gendered dimensions of inheritance: Empirical food for legal thought". *Journal of Empirical Legal Studies* 7, n.º 2 (2010): 322-354.
- Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987.
- Instituto Colombiano Agropecuario. Resolución 1893 de 1995.
- Instituto Colombiano Agropecuario. Resolución 3123 de 1995.
- Jaramillo, Isabel Cristina. *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.
- La Barbera, María Caterina. "Interseccionalidad = Interseccionality". *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 12 (2017): 191-198.
- León, Magdalena. "La desigualdad de género en la propiedad de la tierra en América Latina". En *Du grain à moudre*, editado por Christine Verschuur, 189-207. Genève: Graduate Institute Publications, 2011.
- Letinier, Rosine. "Aproximación histórica a los derechos sucesorios de los ascendientes". *Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001): 371-394.
- López-Rendo Rodríguez, Carmen. "Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil Español". En *O direito das sucessões: Do direito romano ao direito actual*, 1211-1268. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.
- Marrades Puig, Ana Isabel. "La mujer como sujeto de derechos: la maternidad en el centro de la polémica". En *Sujetos de protección del derecho privado*, editado por Clara Carolina Cardozo Roa y Sandra Milena Daza Coronado, 63-88. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2020.
- Meertens, Donny. *Tierra, derechos y género: leyes, políticas y prácticas en contextos de guerra y paz*. Bogotá: UNIFEM, Programa Paz y Seguridad, 2006.
- Parra Benítez, Jorge. "La abolición del artículo 1243 del Código Civil y la protección de las legítimas rigurosas en Colombia". *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* 370 (2019): 21-29.
- Parra Benítez, Jorge. *Derecho de sucesiones*. Medellín: Universidad de Medellín, 2015.
- Pérez Lasala, José Luis. "Fundamento del derecho de sucesiones". *Idearium* (1976): 1-9.
- Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Derecho civil*. Ciudad de México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- Planitz, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Barcelona: Bosch, 1957.
- Polacco, Vittorio. *De las sucesiones*. T.I, *Sucesiones legítimas y testamentarias*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América y Bosch y Cía Editores, 1950.
- Radcliffe Richards, Janet. "Feminism and equality". *Journal of Contemporary Legal Issues* 9 (1998): 225-248.

- Rodríguez Fonnegra, Jaime. *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio*. T. I. Bogotá: Ediciones Lerner Ltda., 1964.
- Rodríguez Fonnegra, Jaime. *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio*. T. II. Bogotá: Ediciones Lerner Ltda., 1964.
- Rowbotham, Sheila. "What do women want? Woman-centred values and the world as it is". *Feminist Review* n.º 20 (1985): 49-69.
- Sánchez García, Juana y José Joaquín Zayas Riquelme. "La mujer a través de los testamentos. Murcia, S. XVIII". *Contrastes* 11 (2000): 153-169.
- Spivack, Carla. "Broken links: A critique of formal equality in inheritance law". *Wisconsin Law Review* n.º 2 (2019): 191-212.
- Suárez Franco, Roberto. *Derecho de familia*. T. I. 7.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- Suárez Franco, Roberto. *Derecho de familia*. T. II. 3.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- Suárez Franco, Roberto. *Sucesiones*. 7.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2019.
- Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*. T. I, *Parte general y personas*. 16.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Vázquez Lemos, Ana. *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar*. Barcelona: Librería Bosch, 2019.
- Wright, Danaya C. "The demographics of intergenerational transmission of wealth: An empirical study of testacy and intestacy on family property". *UMKC Law Review* 88, n.º 3 (2020): 665-710.
- Zerbini, César Isidoro. "Enfoque de género en el derecho sucesorio: control de convencionalidad de cláusulas testamentarias en el derecho argentino". *Ratio Iuris. Revista de Derecho* 10, n.º 1 (2022): 561-576.

El derecho posee una naturaleza ambivalente: es capaz de producir estructuras de discriminación, pero también de desarmarlas. Su lenguaje no solo describe la realidad, sino que la cocrea al modelar conductas, instituciones y pactos sociales. El feminismo jurídico ha cuestionado este rol histórico de exclusión hacia las mujeres, transformando el aparato normativo en una vía para visibilizar y revertir desigualdades. Este volumen examina la intersección entre derecho y género dentro del ordenamiento colombiano, reuniendo aportes de expertas que enriquecen el conocimiento en la materia y ofrecen guías pedagógicas para el aula y el debate público. Como obra colectiva, no solo balancea los avances en los derechos de las mujeres, sino que plantea los desafíos para su sostenibilidad en el tiempo, posicionándose como un referente indispensable para la agenda de igualdad en la región.



ISBN 978-958-500-753-6

