



De la porción conyugal a la porción marital. Hacia un nuevo enfoque a la luz de la Constitución Política de Colombia

Néstor Raúl Charrupi Hernández*

Resumen

El surgimiento de la Constitución Política colombiana, producido dentro del contexto de la existencia de nuevos desafíos que afronta la sociedad en la actualidad, ha permitido una renovada aproximación a la figura jurídica de la porción conyugal, entendida como aquel derecho del consorte a una parte de los bienes del causante en aquellos eventos en que el sobreviviente no posea lo necesario para su congrua subsistencia, extendiendo su aplicación a partir de un nuevo concepto de familia, y analizándose la posibilidad de su eliminación como asignación forzosa debido a la existencia de instituciones jurídicas que brindan una mejor y más adecuada protección; con ese propósito, el presente artículo se encuentra estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, se hará una breve introducción para entrar a realizar un análisis histórico de la porción conyugal, posteriormente, se estudiará el concepto de familia y su relación con la porción conyugal a partir de la Constitución Política, para proseguir con el examen del contenido normativo de la porción conyugal en nuestro ordenamiento jurídico formulando una propuesta de cambio, después, se observará el fenómeno de la constitucionalización de la porción conyugal y su evolución jurisprudencial en Colombia, para finalmente, proponer unas consideraciones finales.

Palabras Clave: constitución; evolución; familia; porción; matrimonio; unión; cónyuge; compañero; asignación forzosa.

Evolution Under The Colombian Political Constitution Of The Surviving Spouse Right To Inherit, From The 'Spouse Portion' To The 'Marital Portion', Veering Towards A New Approach

Abstract

The emergence of the Colombian Political Constitution, produced within a context of new challenges experienced by the current society, allowed a renewed approach to the marital right of survivorship. This understood as the right to inherit part of the deceased's assets whenever the survivor doesn't have necessary resources for her congruous living. Also, expanding this right's application to a new concept of family and analyzing the possibility of its elimination as a forced assignment. The latter due to the existence of legal institutions which provide a better and more adequate protection. For this purpose, this article is structured as follows. First, the introduction presents a historical analysis of the marital portion. Subsequently, a study depicts the evolution of the concept of family beginning with the Political Constitution to continue later with the examination of the content of the regulations of the marital portion in Colombia towards a proposal of reform. Next, an observation is given on the phenomenon of the *Constitutionalisation* of the marital portion and its jurisprudential contribution in Colombia. Finally, the final considerations are posed.

Keywords: constitution; evolution; family; portion; marriage; union; spouse; life partner; forced assignment.

Da porção conjugal à porção marital. Para um novo enfoque na perspectiva da constituição política colombiana

Resumo:

O surgimento da Constituição Política Colombiana, produzido no contexto da existência de novos desafios que encara a sociedade na atualidade, permitiu uma renovada aproximação à figura jurídica da porção conjugal, entendida como aquele direito do consorte a uma parte dos bens do causante em aqueles eventos em que o sobrevivente não possua o necessário para sua congrua subsistência, estendendo sua aplicação a partir de um novo conceito de família, e sendo analisada a possibilidade de sua eliminação como atribuição forçosa, devido à existência de instituições jurídicas que oferecem uma melhor e mais adequada proteção; com esse propósito, o presente artigo estrutura-se da seguinte maneira: em primeiro lugar, será feita uma breve introdução para realizar uma análise histórica da porção conjugal, posteriormente será estudado o conceito de família e sua relação com a porção conjugal a partir da Constituição Política Colombiana, para prosseguir com o exame do conteúdo normativo da porção conjugal em nosso marco jurídico formulando uma proposta de transformação, depois será observado o fenômeno da constitucionalização da porção conjugal e sua evolução jurisprudencial na Colômbia para, finalmente, propor umas considerações finais.

Palavras-chave: Constituição; Evolução; Família; Porção; Casamento; União; Cônjuge; Parceiro; atribuição; forçosa.

* Artículo de investigación. Derivado del trabajo de investigación realizado dentro de una tesis doctoral en desarrollo y en el marco de la cátedra universitaria. El método de investigación utilizado es el histórico-lógico, que permite el estudio de la institución de la porción conyugal dentro de un análisis evolutivo y crítico. Cfr: Villabella (2015).

** Universidad Externado de Colombia, Colombia. nestor.charrupi@uexternado.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2754-3307>.

Cómo citar este artículo: Charrupi Hernández, N. (2022). De la porción conyugal a la porción marital. Hacia un nuevo enfoque a la luz de la Constitución Política de Colombia, *Estudios de Derecho* 79 (174), 143-165

Doi: 10.17533/udea.esde.v79n174a06

Fecha de recepción: 21/09/2021 **Fecha de aceptación:** 05/10/2022



De la porción conyugal a la porción marital. Hacia un nuevo enfoque a la luz de la Constitución Política de Colombia¹

Introducción

Más de tres décadas han transcurrido desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia en el año 1991², evento que ha sido trascendental debido a que no solo concibió, estructuró y puso en práctica instituciones y herramientas de suma importancia para el Estado social de derecho³, sino también, porque ha revitalizado muchas figuras jurídicas, que si bien se encontraban plasmadas en nuestros diferentes estatutos y compendios normativos, han encontrado su efectiva protección y tutela con el advenimiento de nuestra carta magna.

Es por ello que resulta necesario y pertinente elaborar este sencillo homenaje a nuestra carta política⁴, en especial, por la labor de constante actualización y renovada mirada que de las distintas instituciones jurídicas de nuestro sistema normativo se ha realizado a través del prisma constitucional. De acuerdo con este innovador escenario, se evidencia cómo la hermenéutica constitucional de nuestro ordenamiento jurídico, nos ha brindado y permitido una más ajustada

1 El presente artículo hace parte de un trabajo de investigación realizado dentro de una tesis doctoral en desarrollo y en el marco de la cátedra universitaria. El método de investigación utilizado es el *histórico-lógico*, que permite el estudio de la institución de la porción conyugal dentro de un análisis evolutivo y crítico. *Cfr.*: Villabella (2015).

2 Este escrito se presenta en el contexto de los actos de celebración y reconocimiento a la Constitución Política colombiana en sus más de 30 años de existencia.

3 El esquema inicial de nuestro sistema jurídico-político, a través de continuas y permanentes transformaciones, se ha venido desbalanceando, ora por la expansión de los derechos a través de la aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional, ya por la disminución del tamaño estatal y la delegación de funciones y servicios públicos en los particulares; razón por la que se presenta una asimetría entre el cúmulo de derechos y las expectativas de cumplimiento de estos por parte del Estado. Tesis expuesta en ponencia de Humberto Sierra Porto, presentada con ocasión del Congreso Nacional e Internacional sobre Administración, Impartición y Procuración de Justicia, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México), entre los días 27 y 29 de noviembre de 2006.

4 La Constitución Política de Colombia es amplia y dinámica, responde a un concepto móvil, dúctil e inaprensible.

aproximación a las nuevas y actuales realidades⁵. Desde esta perspectiva, no escapa a la óptica constitucional el derecho sucesoral colombiano, disciplina jurídica que permaneció en sus más importantes cimientos inalterada hasta la promulgación de la carta política de 1991, hecho que nos convoca en este escrito a realizar un análisis, estudio y revisión serena y ponderada de la evolución de la trascendental y notable figura jurídica de la porción conyugal, institución incorporada a nuestra legislación civil.

Frente a estos desafíos que nos ha traído esta moderna visión constitucional de la normatividad nacional, resulta indispensable la efectiva adaptación de sus fundamentos conforme a las necesidades y requerimientos que demanda la sociedad actual, siendo oportuno dentro del marco que orienta este objetivo presentar el desarrollo y transformación de la figura de la porción conyugal, poniendo de presente una vanguardista propuesta que se ajuste de mejor forma a las nuevas realidades.

De esta manera, abordaremos el tema recorriendo los siguientes pasos: en primer lugar, haremos un breve recuento histórico de los orígenes y evolución de la institución jurídica de la porción conyugal; en segundo término, procederemos a realizar un análisis del concepto de familia a la luz de nuestra Constitución Política y su interrelación con la figura de la porción conyugal; en tercera posición, haremos un estudio del contenido constitucional y jurídico de la porción conyugal; en un cuarto aspecto, mostraremos los grandes avances logrados gracias a la denodada labor jurisprudencial que ha permitido la expansión de la efectiva protección de derechos, en especial, el derivado de la porción conyugal frente a los compañeros o compañeras permanentes del mismo o diferente sexo, poniendo de presente la ausencia de regulación de aquellos eventos en los cuales se presenta simultaneidad de convivencia entre cónyuge y compañero permanente; y por último, propondremos unas conclusiones en las que abordaremos los retos actuales de la figura, planteando la necesidad de su eliminación al encontrar plenamente satisfecha su finalidad y propósito a través de otras instituciones jurídicas que brindan una mejor y más adecuada protección.

1. Análisis histórico de la porción conyugal

Variadas son las hipótesis respecto del nacimiento de la figura de la porción conyugal, por un lado, hay un sector de la doctrina que atribuye el origen de esta a

5 Los mecanismos que existen dentro del marco de la democracia constitucional no son suficientes, lo que conduce a episodios de resistencia constitucional que son expresados a través del derecho a la protesta. Lo anterior, en concordancia con la tesis de *alienación legal* contenida en la obra de Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

fuentes propias del derecho romano de la época clásica y posclásica (Claro, 1942; Samper, 1891); mientras que otro, sostiene que en esencia don Andrés Bello estuvo innovador, creativo y original en la adopción e incorporación de la figura en el Código Civil chileno (Aguirre, 1891; Rodríguez, 1961; Valdivieso, 1994).

Para un mejor entendimiento del nacimiento y evolución de la figura de la porción conyugal, deviene necesario realizar, algunas precisiones del concepto de familia en el antiguo derecho romano, dada la influencia de este en dicha estructura. En un principio, la familia romana era considerada como la unión de un grupo de personas que estaban sometidas a las *potestas* de un mismo *pater*⁶. En la etapa arcaica solo el parentesco agnaticio era relevante, y el matrimonio tenía un rol secundario, pero dicha situación fue modificándose con el transcurrir del tiempo, dándole paso y mayor importancia al parentesco cognaticio, entendido como aquel derivado de los vínculos de sangre⁷. Esto llevó al fortalecimiento de la institución de la familia y el matrimonio.

Así, Modestino definió el matrimonio como: la unión de hombres y mujeres, y la participación de toda vida, de lo divino, lo humano y lo justo⁸, y contiene una costumbre de vida individual⁹, resaltándose como aquella institución que otorgaba cierto estatus a los cónyuges, derivado de su decisión libre y voluntaria de convivir, surgiendo el concepto del *affectio maritalis*¹⁰. En este punto, no podemos olvidar que la porción conyugal estaba, —y está aún hoy—, asociada indisolublemente a la institución del matrimonio, y a la sucesión *mortis causa*, por lo que en Roma respecto de las sucesiones *ab intestato*, hacía partícipe del patrimonio del *de cuius* al cónyuge supérstite que al momento del fallecimiento mantuviera respecto de aquel ese importante elemento del *affectio maritalis*, por lo que la cuarta parte de los bienes del causante se debían entregar al cónyuge sobreviviente en caso de que no existiera descendencia común. En la época posclásica, la noción de *affectio maritalis* empieza a presentar un aspecto más introspectivo y subjetivo, el cual consistió en hacer primar la voluntad de los cónyuges, quienes se unían entre sí debido a un marcado vínculo afectivo, situación que fue reforzada por la fuerte influencia del cristianismo, esta religión entendió que resaltar y darle relevancia a la participación al género femenino dentro de la estructura misma de la familia, le permitiría ganar más adeptos y fieles a su causa (Vilches, 2005).

6 Es por esto que se entendía a la familia como el “conjunto de personas que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por nacimiento o por un acto de derecho” D. 50,16,195,2 (Ulp. 46 ad ed.).

7 El jurista Pomponio resaltaba la importancia de los derechos de sangre al establecer que esos lazos no podían ser abolidos por derecho civil alguno, *lura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt*, POMP lib. 4 ad Sabinum.

8 Digesto 23.2.1. “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani et iuris communicatio*”.

9 Ints. 1.9.1. “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudine vitae continens*”.

10 No era necesaria una efectiva convivencia, pues existía aunque los cónyuges no conviviesen en la misma casa, siempre y cuando guardasen la consideración y respeto debidos (Suárez, 2006).

Recogiendo los avances en búsqueda de protección de la institución de la familia, Justiniano en la *Novela 53* estableció que cuando el marido, sin culpa de la mujer, la repudiaba, y de no haber mediado dote, le debía pagar una cuarta parte de sus propios bienes¹¹, y extendía este mismo tratamiento al marido, situación que puede catalogarse como una legítima asignada al cónyuge pobre. Con posterioridad, esto fue modificado en la *Novela 117* donde se eliminó este tratamiento para el hombre, y se dispuso que la mujer que se hubiera casado sin dote, debía recibir la cuarta parte de los bienes de la herencia si solo dejaba tres (3) hijos habidos en el matrimonio con ella, o en un matrimonio anterior, y si dejaba mayor número de hijos, lo que le correspondiera a cada uno incluyendo a la cónyuge; pero solo la mujer tendría el usufructo de los bienes si tenía hijos con el difunto o en propiedad si no los tenía.

En la Edad Media, los visigodos aplicaron el edicto pretorio *unde vir et uxor*, que estableció que los cónyuges debían ser partícipes de las sucesiones entre sí, en los casos en los que no existieran otros herederos con mejor derecho. Por su parte, el *Fuero Juzgo* establecía que “la madre que permanecía viuda tenía derecho a una porción de la herencia del marido igual a la que correspondiera a los hijos, en usufructo, mientras no pasara a otras nupcias” (Claro, 1942, p. 283). Se otorgaba a la mujer viuda una asignación alimentaria de una cuota de frutos igual a la que debía corresponder a cada uno de los hijos en la herencia del padre. Por el contrario, el *Fuero Real* no estableció, ni aun para la mujer sobreviviente sin recursos suficientes, asignación alguna en propiedad o en usufructo de los bienes que constituían la herencia del marido rico. De otro lado, la tendencia de otorgar participación del cónyuge sobreviviente en la sucesión de su consorte, continuó a lo largo de la historia, constancia de ello se encuentra en la Ley de las VII Partidas, por ejemplo, en la partida Sexta, Título XIII, Ley VII que denominó la *cuarta marital*, entendida como la cuarta parte de los bienes que debían ser dejados a la mujer pobre cuando carecía de bienes propios que le permitieran vivir bien y honestamente, o en caso de que el marido no le dejara lo necesario para ello, limitando el monto de la asignación a cien libras de oro.

Esta figura quedó plasmada, adicionalmente, en las siguientes normativas: las Leyes de Toro, promulgadas en 1505, que en la Ley XVI afirmaba que la *cuarta marital* solo cobijaba a la mujer pobre cuando su esposo fallecía, sin embargo, nada dice respecto del hombre pobre cuando era su mujer la que fallecía, a pesar de ello, así siguió contenido en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, y posteriormente, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805.

Cabe recordar que estas normas eran las que debían aplicarse en los territorios americanos, denominándose Leyes indianas, conservando su vigencia no

11 C. 5.17.11.

obstante los procesos de independencia que se dieron para la época en muchos de los países de la región. Es por ello, que puede apreciarse cómo entre los años 1810 y 1857 se dictaron una serie de disposiciones con el objetivo de derogar, modificar e introducir nuevos preceptos normativos que tuvieran un sello propio latinoamericano. Fue el polímata Andrés Bello, quién se ocupó de la elaboración del proyecto de Código Civil de 1841, y propuso la creación de una codificación civil (Pérez. 2002), surgiendo de este propósito, los proyectos de 1846 y 1853.

El proyecto de don Andrés Bello de 1841, arrancó con la redacción de las disposiciones de “*La sucesión por causa de muerte*”¹², desde este primer escrito se evidencia el deseo de Bello de otorgar mayores derechos al cónyuge sobreviviente de determinado causante, por una parte, el artículo 23 establecía que el cónyuge sobreviviente¹³ era heredero *ab intestato* del otro a partir del orden de los colaterales legítimos, y a falta de descendientes, ascendientes y colaterales el cónyuge heredaría todos los bienes; y por la otra, donde Bello se erigió sabio, brillante e innovador fue en la elaboración del artículo 31, el cual le otorgó la calidad de asignatario forzoso de cara a la incorporación de la porción conyugal, así mismo, indicó que la cuantía de esta asignación ascendía a la cuarta parte de los bienes del difunto existentes y conocidos al momento de su fallecimiento salvo que concurriera con descendientes legítimos, en cuyo caso, llevaría una porción que sería igual a la legítima de un hijo.

El proyecto de 1846 —el cual había sido discutido dentro de las comisiones redactoras del Código— no modificó, de ninguna manera, las disposiciones elaboradas por don Andrés Bello en torno a la participación del cónyuge en la sucesión de su causante. Por su parte, el proyecto de 1853 sí realizó algunos cambios, entre ellos, desmejoró al cónyuge sobreviviente otorgándole la calidad de heredero en la sucesión *ab intestato* solo a falta de descendientes, ascendientes y colaterales.

Este último proyecto, fue sometido a una nueva revisión de la cual nació el Código Civil de Chile promulgado en 1855, donde se incorporó una disposición en la que se indicó que el cónyuge sobreviviente podía, a su arbitrio, retener lo que poseía o se le debía, renunciando a la porción conyugal abandonando sus otros bienes y derechos. En suma, puede afirmarse que en la redacción definitiva del Código Civil chileno se mantuvo la figura de la porción conyugal propuesta por Bello con notoria influencia de la *cuarta marital* del derecho romano y español,

12 Sobre el particular don Andrés Bello afirmó: “En la materia de sucesiones más que en ninguna otra, salta a la vista la heterogeneidad de principios y reglas, debido a la diversidad de intenciones y circunstancias que contribuyeron a formar nuestras leyes” (Bello, 1890, p. 4).

13 Cabe resaltar que don Andrés Bello tuvo gran influencia del derecho anglosajón, donde existe un sistema de sucesión más sencillo primando la autonomía del testador; sin embargo, existe una figura que se asemeja a una asignación forzosa que nace del deber de cuidado, la figura más afín a la institución de los alimentos y la porción conyugal se denomina *family provisions*.

pero con algunas modificaciones, entre las cuales se destacan: (i) tiene como beneficiario al cónyuge sobreviviente sin importar su sexo¹⁴; (ii) no está sujeta a un monto determinado, sino que su cuantía depende del patrimonio del causante; (iii) no está atada a la inexistencia del patrimonio del cónyuge sobreviviente sino que basta con demostrar que no le es suficiente; y, (iv) este derecho se concreta al tiempo en que se abre la sucesión.

Dentro de este marco histórico y político, en 1856 don Manuel Ancízar¹⁵, quien había sido representante diplomático en Chile, se dirigió a don Andrés Bello con la finalidad de solicitarle su ayuda para la redacción del Código Civil de los nacientes Estados en Colombia. Así, para el año 1858, el Estado de Santander procedió a expedir su Código Civil, en cuyo artículo 1° disponía: “Adóptese como lei del Estado el Código civil de la República de Chile, sancionado el 15 de diciembre de 1855, con las adiciones, supresiones u variaciones siguientes...”. Ya para el año 1873, se adoptó el Código Civil de Chile como Código Civil de la Unión, eso sí, con algunas modificaciones, en asuntos tales como el matrimonio, filiación, alimentos y prescripción ordinaria, no obstante, no se modificó ninguna de las disposiciones relacionadas con la figura de la porción conyugal.

A pesar de que desde esa época, el concepto y finalidad de la porción conyugal no ha tenido modificación alguna en nuestra legislación, su cuantificación o determinación sí lo ha hecho, así, el inicial artículo 1236 del Código Civil establecía que la porción conyugal se determinaba de manera diferente en caso de existir descendencia legítima, en cuyo caso el cónyuge sobreviviente era contado entre los hijos legítimos y recibía como porción conyugal la legítima rigurosa de uno de ellos, a falta de hijos legítimos la porción ascendía a una cuarta parte de los bienes frente a los ascendientes, hermanos o colaterales (Suárez, 2019). Con la expedición de la Ley 45 de 1936 se modificó la legislación anterior, por lo que su artículo 18 disponía:

Los hijos legítimos excluyen a los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a cada uno de estos y sin perjuicios de la porción conyugal.

14 Bello en las notas realizadas al artículo de porción conyugal específicamente afirmó: “Se ha preferido esta denominación a la de cuarta marital, porque parece indicar la cuarta parte de los bienes del marido, para la viuda, no la cuarta parte de los bienes de la mujer, para el viudo. Como lo ha establecido La ley de Partidas” Notas al artículo 31, parágrafo 2 del título 8 De las asignaciones forzosas del proyecto de 1841.

15 El 10 de julio de 1856, don Manuel Ancízar, científico, diplomático y político colombiano, se dirigió a don Andrés Bello en los siguientes términos: “Se ha dado en mi país el último paso para establecer por fin la completa independencia. Pues bien, de varias partes me han manifestado el deseo de poseer el Código civil que U. elaboró para Chile, y me han hecho el encargo de solicitarlo” (Bello, 1894, p. 333).

De esta manera, se empezaron a tomar en cuenta a los hijos naturales, lo que en cierta medida, deterioró la posición del cónyuge, terminando de consolidarse, con la entrada en vigencia de Ley 29 de 1982, la que otorgó, paritariamente, vocación hereditaria a los hijos extramatrimoniales (Hinestrosa, 2006). Posteriormente, la Ley 54 de 1990, definió la unión marital de hecho como aquella:

Formada entre un hombre y una mujer que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular; durante no menos de dos años (sin impedimento legal para contraer matrimonio, o habiéndolo, luego de un año de liquidadas las respectivas sociedades conyugales¹⁶.

Y le otorgó efectos análogos a los de la sociedad conyugal, haciéndose evidente y patente la necesidad de extender los efectos de la figura de la porción conyugal a esta nueva modalidad de uniones. Finalmente, en el año de 1991, se promulgó la Constitución Política de Colombia, en donde se adoptó un nuevo marco de protección jurídica a través de principios, valores y derechos constitucionales, dándose paso a la igualdad y no discriminación, irradiando fuertemente al derecho civil y sus instituciones, no siendo ajeno a este fenómeno la figura de la porción conyugal, la cual fue extendida a la variada tipología de uniones que en la actualidad tenemos reconocidas.

Dentro de este entorno, la porción conyugal no puede estudiarse como una institución independiente, sino que es necesario aquilatarla y entenderla en un contexto constitucional y legal que esté ligado obligatoriamente al concepto de familia, razón por la que procederemos a analizar brevemente su evolución a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política colombiana.

2. Evolución del concepto de familia a partir de la Constitución Política de Colombia

Como núcleo fundamental y esencial de la sociedad, la familia ostenta rango constitucional y goza de una protección reforzada, de esta manera, tenemos el artículo 5.º de la Constitución Política, el cual establece que el Estado tiene el deber de amparar a la familia como institución básica de la sociedad; a su turno, el artículo 42 superior, le otorga el carácter de derecho fundamental y la define como:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de formarla (...) Las relaciones fami-

16 La Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil, estableció la posibilidad que nazca a la vida jurídica una sociedad patrimonial sin que se hubiera declarado la disolución de una sociedad conyugal constituida de forma previa (Corte Suprema de Justicia, Rad. 4027 de 2021).

liares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. (Constitución Política de 1991, art. 42)

Las anteriores disposiciones, dan cuenta de la concepción, desarrollo e importante lugar ocupado por la institución de la familia dentro de la realidad constitucional colombiana, razones que nos conducen a analizar su evolución e incidencia.

Es de advertir, que con el pasar de los años, la institución de la familia por su carácter netamente social (Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003), ha sido objeto de importantes transformaciones, por lo que actualmente se tiene un concepto de familia que abarca clases de uniones diferentes a la tradicional (entendida como aquella conformada por hombre, mujer e hijos), así mismo, la carta política de 1991, al reforzar y propender por la protección de la familia y por su indudable trascendencia, permitió que se diera en el seno de la sociedad una transición dinámica de su concepto y alcance (Arriagada y Aranda, 2004). En este sentido, habrá también de destacarse la labor legislativa que ha permitido el fomento y fortalecimiento del concepto de familia en Colombia, por ejemplo, la Ley 25 de 1992 que desarrolló algunos aspectos del artículo 42 constitucional relativos al matrimonio, divorcio y cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, originó que paulatinamente la sociedad se fuera alejando de los prejuicios relacionados con la inmutabilidad de esta institución, inculcados principalmente por la Iglesia católica, lo que condujo al reconocimiento de estructuras familiares más activas a partir de conformaciones flexibles. También en este mismo sendero, la Ley 979 de 2005, estableció los mecanismos para demostrar la existencia de la unión marital de hecho y los efectos patrimoniales que entre los compañeros permanentes se producen. Por su parte, la Ley 1361 de 2009, denominada “Ley de Protección Integral a la Familia”, otorgó una mayor protección a los miembros que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad.

Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia T-523 de 1992, no solo elevó la unidad familiar a principio constitucional, sino que también afirmó que del artículo 42 de la Constitución Política se derivan algunas características de suma importancia como lo son: que no hay una única clase de familia, sino que en su lugar, el pluralismo permite la existencia de diversidad en ellas, también que uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de sus miembros, además del deber en cabeza del Estado y de la sociedad de garantizar la protección efectiva e integral de aquella. A la par, la Sentencia T-278 de 1994 reafirmó la obligación de protección a la familia, sin importar los vínculos por los cuales surge¹⁷. Así mismo, con posterioridad resaltó

17 Así, una vez ha sido declarada la posesión notoria del estado civil del hijo de crianza y ordenada la inscripción de la sentencia en el Registro Civil de Nacimiento, se abre la posibilidad para que este pueda participar en la sucesión del padre de crianza, reclamando dentro de la misma derechos patrimoniales. Colombia (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Sala Plena Especializada Civil-Familia. Rad. 17001-31-10-006-2019-00382-01).

que la familia puede estar constituida por vínculos naturales o jurídicos (Corte Constitucional, Sentencia C-1033 de 2022).

A su vez, cuando la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011), disposición que define el concepto de matrimonio, enfatizó en que la relación entre cónyuges es diferente al vínculo existente entre compañeros y compañeras permanentes, pero esto no quiere decir que la familia que surge de la unión marital de hecho no sea sujeto de especial protección. Así, el concepto de familia debe analizarse a partir de una protección expansiva que cubra todos los vínculos naturales o jurídicos que pueden presentarse en las relaciones intersubjetivas, donde los conceptos de convivencia, afecto, protección, auxilio y respeto consolidan ese núcleo familiar, por lo que el Estado y la sociedad se encuentra en la obligación de protegerlas (Corte Constitucional, Sentencia T-070 de 2015), incluyendo, indudablemente, las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, Sentencia SU214 de 2016).

3. Contenido normativo de la porción conyugal en Colombia. Hacia una propuesta de cambio

La porción conyugal, en los términos del artículo 1230 del Código Civil, se define como “aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”¹⁸.

En este sentido, es posible indicar que la porción conyugal tiene un doble carácter, por un lado, de índole alimentario, y por el otro, indemnizatorio o compensatorio. El carácter alimentario que ostenta dicha figura, deviene de la protección que la ley dispensa al cónyuge que no cuenta con los medios para su congrua subsistencia, partiendo de la base del deber de auxilio mutuo entre los consortes, por su parte, el carácter indemnizatorio, implica que la muerte del cónyuge “rico”, supone para el otro un fuerte golpe que le arrebató la posición y el estado de bienestar del que gozaba durante la existencia de aquel; en palabras de Carrizosa (1966) se diría:

La pobreza del cónyuge no se considera objetivamente, sino puesta en función de la fortuna de su consorte premuerto...Es notorio que esta idea de pobreza, no entra para nada el examen objetivo de la cuantía de los bienes del cónyuge, ni la

18 Sobre la porción conyugal, la Corte Constitucional ha sostenido: “aquella parte del patrimonio de una persona difunta que se asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, asignación que no es a título de heredero, pues su condición jurídica es diversa de la de este, y que más que una prestación de carácter alimenticio basada en un criterio de necesidad, es una figura de naturaleza compensatoria” (Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2011).

pesquisa de si le alcanzan o no para sustentarse congruamente; lo que importa es la porción de esos bienes con la fortuna del muerto. (p. 390).

De lo dicho tenemos, que la porción conyugal tiene carácter alimenticio y carácter indemnizatorio. Lo primero es para el pobre y para su congrua subsistencia, pero también lo segundo, porque la pobreza del cónyuge no se considera objetivamente, sino puesta en función de la fortuna de su consocio premuerto. Se persigue así, establecer un equilibrio, una porción, entre su fortuna y la del muerto.

La porción conyugal no se le da al cónyuge¹⁹ ni este la recibe como heredero, sino en calidad de cónyuge, pues se le otorga al que carece de lo necesario para su propia subsistencia, es decir, al cónyuge pobre. De lo anterior, resulta preciso indicar que la porción conyugal no puede ser considerada como una asignación hereditaria (salvo que así haya sido instituido mediante testamento), sino que corresponde en esencia a un crédito a cargo de la sucesión; en este sentido la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en las sucesiones intestadas, el cónyuge sobreviviente no es heredero en concurrencia con los descendientes legítimos, sino que tiene derecho a recibir su porción conyugal que equivale a la legítima rigurosa de un hijo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de octubre de 1954). Sin embargo, está catalogada y establecida como una asignación forzosa²⁰, por lo que el testador se encuentra en la obligación de respetarla y no transgredirla. En estos términos lo establece el artículo 1226 de nuestra legislación civil.

Ahora bien, para la determinación y cuantificación de la porción conyugal es necesario establecer si concurren o no a la sucesión los descendientes del causante; si el cónyuge, compañero o compañera permanente del mismo o diferente sexo concurre con descendientes, este será contando entre los hijos y su cuantía es igual a una legítima rigurosa, para lo cual se debe dividir la mitad del acervo líquido herencial entre los descendientes, adicionando al cónyuge sobreviviente, por lo que se afirma que la porción conyugal disminuye la cuantía de las legítimas rigurosas de los hijos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de julio de 1944). En el escenario contrario, esto es que no concurren descendientes, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 1236 del Código Civil, el cual indica que la porción conyugal corresponderá a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, por lo que en este caso, se considera que aquella corresponde a un pasivo de la sucesión que se deduce del acervo bruto herencial. En esta situación la porción conyugal es una cuota fija de los bienes relictos, la cuarta parte, y de acuerdo con el artículo

19 Lo dicho respecto de cónyuges aplica en iguales términos y condiciones para compañeros y compañeras permanentes del mismo o diferente sexo de conformidad con Colombia (Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2011).

20 De conformidad con lo establecido en el artículo 1238 del Código Civil, la porción conyugal no apareja cargas sucesorias. El cónyuge está exento de la responsabilidad propia del heredero, la que le compete es la que impropriadamente la ley llama subsidiaria de los legatarios.

1016 del Código Civil, será la última de las deducciones previas o bajas generales que han de hacerse al acervo ilíquido de la herencia²¹.

Los requisitos para que esta figura aplique corresponden a (i) la existencia de un cónyuge supérstite (sin importar que estén separados de cuerpos, salvo que esta situación haya sido ocasionada por él o por ambos cónyuges); (ii) que no se encuentren divorciados, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1.^a de 1976; (iii) que el cónyuge sobreviviente no tenga recursos suficientes para su congrua subsistencia; y, (iv) que haya renunciado a los gananciales, en virtud de lo establecido en el artículo 1235 del Código Civil, requisitos que se analizarán sucintamente a continuación:

(i) *De la existencia del cónyuge supérstite*. Es necesario que el cónyuge sobreviviente no sea responsable de la separación de cuerpos²², lo cual abarca el escenario en el que ambos lo sean. (ii) En el caso del divorcio aplica lo mismo del párrafo anterior, afirmación que tiene sustento en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1.^a de 1976, el cual dispone que ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente con posibilidad de reclamar porción conyugal. (iii) *De la falta de recursos para la propia subsistencia del cónyuge sobreviviente*. Según lo preceptuado en el artículo 1230 del Código Civil, que de manera expresa afirma que la porción conyugal se debe asignar al “cónyuge supérstite que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”, situación que implica que el cónyuge sobreviviente no cuente con los recursos suficientes que le permitan garantizar el estilo de vida que tenía cuando no había fallecido el causante.

De lo aquí expresado, tenemos que únicamente el cónyuge pobre es acreedor a la porción conyugal, este se considera así cuando no tiene bienes ningunos, sea porque nunca los tuvo, o porque habiendo tenido algunos en el momento de morir el causante, hizo uso del derecho de abandonarlos para reclamar porción. En estas dos hipótesis estamos en presencia de la porción conyugal íntegra. Por el contrario, cuando el cónyuge sobreviviente tiene bienes, mas no de tanto valor como el de la porción conyugal, todavía se le disputa pobre para efectos de recibirla, pero entonces su derecho no es el monto total en que teóricamente fija la ley el valor de la porción, sino simplemente la diferencia entre ese monto y el valor de los bienes que el cónyuge posea, aquí estaremos entonces, en presencia de la porción conyugal complementaria.

(iv) *De la decisión del cónyuge sobreviviente*. Al respecto, aquel cuenta con algunas opciones, la primera es escoger entre los gananciales o la porción conyugal, de

21 El acervo ilíquido es el conjunto o repertorio de bienes que pertenecen al causante, pero sin haberse efectuado aún las bajas generales de la herencia establecidas en el artículo 1016 del Código Civil.

22 No podrá asignarse porción conyugal a quien cometió tamaño ultraje que fue capaz de destruir la comunidad de vida. La dignidad sucesoral se predica de la porción conyugal.

conformidad con el artículo 1235 de la legislación civil²³, por ello, es que se debe precisar cuál es el valor al que ascienden los gananciales y la porción conyugal con el fin de establecer cuál es el escenario que más beneficia al cónyuge sobreviviente. Por esta razón, el término para que este último se pronuncie es antes de que se lleve a cabo la diligencia de inventario y avalúos, tal y como lo dispone el artículo 495 del Código General del Proceso²⁴, en caso de que no exista pronunciamiento alguno por parte del interesado se entenderá que optó por los gananciales. Ahora bien, puede presentarse el evento en el que el cónyuge sobreviviente concurra por la porción conyugal y como heredero o legatario, siempre que lo que recibe por estos conceptos se encuentren dentro del límite de la libre disposición²⁵.

Es importante resaltar que la porción conyugal no es acumulable, el cónyuge no podrá acumular su porción a ningún otro derecho que tenga en la sucesión del causante; podrá aquel estar interesado en la sucesión de su consorte porque tenga derecho a optar por porción conyugal, o por tener la calidad de heredero en la sucesión testada o intestada, o por su carácter de consocio con derecho a gananciales cuando los produjo la sociedad conyugal o patrimonial según sea el caso, o por tener derecho a alimentos; lo anterior, sin perjuicio que el cónyuge que tenga vocación hereditaria en la sucesión de su consorte, pueda recibir asignación hereditaria junto a gananciales, único evento en que puede presentarse acumulación. Para finalizar, de la naturaleza jurídica de ser la porción conyugal una asignación forzosa, se desprende que en caso de que el cónyuge sobreviviente evidencie que el testador vulnera sus derechos sucesorales, bien sea por que desconoció el derecho a porción conyugal en el acto de testamentificación o por que la disminuyó significativamente a través de donaciones excesivas²⁶, este cuenta con la acción de reforma para la integración de la porción conyugal, en virtud de lo establecido en el artículo 1278 del Código Civil.

Toda la normativa hasta aquí descrita, ha tenido modificaciones muy tenues o inexistentes, lo que no quiere decir que no se hayan intentado y propuesto reformas sustanciales y de fondo al derecho civil colombiano. Algunas de las destacables han sido: el trabajo de la comisión asesorada por Leon Julliot de la Morandière en

-
- 23 Se traduce en el derecho que tiene el cónyuge de poder abandonar a favor de la sucesión de su causante cualquier bien o derecho, para así tener o adquirir la calidad de cónyuge pobre y poder solicitar porción íntegra.
- 24 Artículo 495. En caso de que haya guardado silencio se entenderá que optó por gananciales. Si no tuviere derecho a estos, se entenderá que eligió por aquella. Si el cónyuge o compañero permanente opta por porción conyugal o porción marital, según el caso y abandona sus bienes propios, estos se incluirán en el activo correspondiente.
- 25 De acuerdo con lo establecido en el artículo 1237 del Código Civil, el causante podrá asignar al cónyuge mediante disposición testamentaria la parte de libre disposición.
- 26 En el evento que el causante haya realizado en vida donaciones por acto entre vivos a legitimarios o extraños, y haya lugar como consecuencia de estas a la configuración de los acervos imaginarios, dicha colación imaginaria beneficiará el cómputo y estimación de la porción conyugal si existen descendientes, de no existir, la porción conyugal tiene la naturaleza de ser una baja general o deducción del acervo bruto herencial según las reglas del artículo 1016 del Código Civil.

1940, en la que se encontraban como puntos objeto de modificación los principios generales del derecho, la vigencia de la ley, el matrimonio, entre otros. Posteriormente, para el año de 1980, Arturo Valencia Zea propone un nuevo estatuto civil influenciado por la pandectística alemana, y más recientemente, la Universidad Nacional de Colombia ha elaborado un proyecto de reforma al Código Civil, bajo preceptos similares a los propuestos por el profesor Valencia Zea donde se evidencian cambios importantes en todas sus áreas.

En lo que corresponde a la última reforma propuesta por la Universidad Nacional, el Título III del Libro VI, prevé una importante modificación dentro del régimen de la sucesión intestada, así los artículos 1915 y siguientes determinan los órdenes hereditarios y establecen que: el primer orden estará constituido por los descendientes y le otorga vocación hereditaria al cónyuge o compañero permanente sobreviviente, en esa medida indica que aquel recibirá como cuota hereditaria la de uno de los hijos, pero si solo hay nietos o bisnietos recibirá la mitad sin importar si convivió o estuvo separado legalmente de cuerpos o de hecho con el causante; adicionalmente, y en la medida en que otorga la calidad de legitimario al cónyuge o compañero o compañera permanente dentro de la sucesión de su causante, elimina la figura de la porción conyugal.

Tal y como se observa, el régimen propuesto dista enormemente del actual, en la medida en que bajo este esquema el cónyuge, compañero o compañera permanente del mismo o de diferente sexo, no solo será considerado como heredero en el primer orden sucesoral, sino que también se le otorga una cuantía superior en el evento que no existan descendientes en el primer grado de consanguinidad, desapareciendo, como se mencionó, la figura de la porción conyugal.

Sobre este cambio, no es claro el motivo por el cuál al cónyuge o compañero o compañera permanente sobreviviente se le deba considerar como legitimario, por lo cual, debe recordarse la razón de ser de la figura de las legítimas —la cual representa esa cuota mínima de la herencia reservada por la ley a ciertos herederos que se denominan legitimarios—, lo que configura en sí una asignación forzosa, esto quiere decir, que el causante no puede eludirla sino por el desheredamiento, en otras palabras, la legítima representa el mínimo de lo que el legitimario debe recibir de herencia (Carrizosa, 1966), razón por la cual debe entenderse que la única razón viable para elevar al cónyuge o compañero o compañera permanente sobreviviente al rango de legitimario, sería una aparente protección de la institución de la familia, no obstante, esta se encuentra más que prohijada con el régimen de liquidación de la sociedad conyugal, patrimonial o de hecho según sea el caso.

Lo anterior, especialmente, si se tiene en cuenta que los lazos familiares actuales son diferentes a los de antaño, dado que ahora los cónyuges o compañeros permanentes, en la mayoría de los casos, contribuyen económicamente de manera equivalente y paritaria en el hogar. Esto quiere decir, que cada vez son menos los

eventos en los que uno solo de los cónyuges o compañeros permanentes sea quien aporta de manera exclusiva el sustento económico para toda la familia²⁷.

Sin embargo, este proyecto de reforma prevé un escenario que actualmente no tiene desarrollo en nuestro ordenamiento civil, esto es lo relativo al trato que debe dársele al cónyuge y al compañero o compañera permanente sobreviviente cuando se haya presentado simultaneidad de convivencia entre estos, y deba determinarse los derechos que pueden derivar de la sucesión del causante, de esta manera, el artículo 1919 indica que en los primeros órdenes cuando exista esa concurrencia del compañero sobreviviente con el cónyuge supérstite y los hijos o los padres del difunto, al cónyuge le corresponde una cuota igual a la de uno de los hijos o padres de este. En concurrencia del compañero o compañera sobreviviente con el cónyuge y con los nietos, bisnietos, abuelos o bisabuelos del causante, a cada pareja del causante y a los demás les corresponde una tercera parte. En el tercer orden, recibirá una tercera parte, si el compañero sobreviviente concurre con los hermanos y el cónyuge supérstite del difunto, y la mitad si solo concurre con el cónyuge supérstite o solo con los hermanos o los sobrinos.

Esta disposición, resulta ser muy innovadora y propositiva en lo relativo a prevenir las posibles contingencias que se pueden presentar cuando existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañero o compañera permanente del causante, situación de común ocurrencia en la sociedad colombiana actual; a este respecto, la jurisprudencia ha recorrido un importante camino al desarrollar esta hipótesis en lo que al otorgamiento del derecho de sustitución pensional y pensión de sobreviviente se refiere, por lo que resulta novedoso e interesante lo propuesto por la reforma en este punto.

Es de recalcar que este proyecto a la fecha no ha tenido muchos adeptos por los cambios sustanciales que incorpora, por su redacción en exceso técnica y de difícil comprensión, y en particular, porque no se logra evidenciar que exista una necesidad latente e inminente de sustituir integralmente nuestro querido Código Civil, dado que es una codificación enriquecida desde el punto de vista interdisciplinario, que no solo trata aspectos netamente jurídicos, sino que tiene vertientes relacionadas con la historia, la geografía, las matemáticas, entre otras disciplinas, además, es una obra que cuenta con una redacción impecable que permite una mejor y más adecuada comprensión para la persona del común. No obstante lo dicho, tenemos que en la actualidad se presenta un inacabado y arduo debate en cuanto al alcance, extensión y aplicación de la figura de la porción conyugal, situación que implica una urgente e inaplazable revisión y actualización legislativa,

27 Un estudio realizado en el 2019, puso de presente que en Colombia los hogares con doble proveedor representan el 37.3 % del total de los hogares urbanos, y concluyó que este tipo de hogares prefigura oportunidades de mayor equidad entre hombres y mujeres (Bermúdez y Melo, 2019).

que responda de mejor manera y se encuentre más ajustada con las realidades sociales, familiares, económicas, culturales y jurídicas.

Por último, y no menos importante, insistimos en la necesidad de la eliminación de la figura de la porción conyugal como asignación forzosa dentro del régimen sucesoral colombiano, dado que esto permitiría la adopción de un sistema de libertad testamentaria plena, otorgando así libertad al testador para que disponga de sus bienes por causa de muerte de la manera que crea más conveniente, encontrando lo anterior respaldo en el derecho de raigambre constitucional de propiedad, siendo emanación de la libertad y la personalidad del sujeto de derecho que dispone de sus bienes para que tenga dicha disposición efecto después de sus días, además de sustentarse en la autonomía dispositiva con que el testador cuenta, constituyendo esta facultad un derecho fundamental, sin desconocer su indudable impacto en el tráfico socioeconómico, razón por la que no se encuentra argumento atendible o válido para no admitir la disposición plena y amplia de su patrimonio, como sucede en el escenario dispositivo de los actos entre vivos²⁸.

De lo anterior tenemos, que un sistema de plena libertad testamentaria, es el que resulta ser más conforme al derecho, no solo porque respeta la naturaleza del ser humano en virtud que constituye un acto de mera liberalidad disponer de los bienes a su arbitrio, sin perjuicio, claramente, del cumplimiento de las disposiciones propias del régimen de la liquidación de la sociedad conyugal y/o patrimonial según sea el caso, del sistema de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, y de las obligaciones alimentarias que entre consortes existen, sino que es el esquema que mejor responde a las estructuras familiares que se encuentran presentes en la sociedad de hoy.

4. Constitucionalización de la porción conyugal. Aporte jurisprudencial en Colombia²⁹

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia³⁰, y en búsqueda de garantizar una adecuada y unificada interpretación de sus principios, valores, derechos, reglas y contenido³¹, emergió la Corte Constitucional, entidad judicial

28 Esta tesis también ha sido sostenida por Barrio (2012) y Rincón (2021).

29 Las fuentes sistematizadas y analizadas como instrumento de investigación en este artículo, corresponden a fuentes de autoridad primarias y mandatarias, además, de autoridad secundarias y persuasivas. *Cfr.* Sánchez (2014).

30 El contenido de la Constitución no se limita exclusivamente a lo expresado por la asamblea nacional constituyente de 1991, debe analizarse a partir de la *Internacionalización del Derecho Constitucional, la Aplicación de Reglas de Incorporación o Asimilación y de la Hermenéutica Jurídica*.

31 La sentencia Duque vs. Colombia proferida en el 113 periodo de sesiones ordinarias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que fue condenado el Estado colombiano como responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del

que ha sido de vital importancia en la labor de armonización de las disposiciones contenidas en nuestra carta magna con el resto del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la labor y aporte jurisprudencial con relación a la porción conyugal ha sido valiosa, en especial, en lo que tiene que ver con hacer extensivo sus efectos a los compañeros y compañeras permanentes y parejas del mismo sexo, respondiendo así a las actuales realidades sociales, familiares y culturales, los diversos escenarios a los que se enfrenta el derecho, y a la necesaria garantía de protección de los derechos fundamentales; es por ello, que analizaremos brevemente, las decisiones más relevantes que han sido proferidas sobre este crucial asunto.

La Corte Constitucional inició una compleja labor con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de las personas en todos los ámbitos posibles, por esta razón a lo largo del tiempo le ha reconocido los mismos derechos a los compañeros y compañeras permanentes del mismo o diferente sexo. De esta manera, en la Sentencia C-336 de 2008, declaró la exequibilidad de las expresiones de compañera o compañero permanente contenidas en algunas disposiciones de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que “también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales” (Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008). Lo anterior, amparando los principios constitucionales de igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

En el mismo sentido, esta corporación estableció que todos los derechos y garantías reconocidos a los cónyuges deben ser aplicables a compañeros y compañeras permanentes por no encontrar razón alguna que justifique tal discriminación, de hecho, al respecto anotó que el artículo 1230 del Código Civil acuñó el término por el vínculo derivado del contrato de matrimonio, que era el más conocido en esa época (año 1873). No obstante, se debe entender que esta figura encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al miembro de esa convivencia que después de la muerte del otro queda con un patrimonio inferior que no le permite su congrua subsistencia. Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-283 de 2011 hizo énfasis en que los lazos de amor, respeto, comprensión y solidaridad también eran predicables y notorios en los compañeros permanentes.

La sentencia mencionada, constituye un auténtico y verdadero hito al permitir al compañero o compañera permanente sobreviviente ser tenido en cuenta dentro de la sucesión de su consocio, en los mismos términos del cónyuge supérstite, cuando opta por la porción conyugal como asignación forzosa, cuya observancia es obligatoria, incluso contra la voluntad del testador (Corte Constitucional, Sentencia C-283 de 2011). Con posterioridad, esta misma corporación en la Sentencia

mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque, toda vez que, no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana.

C-238 de 2012 reiteró que debe extenderse el alcance de los efectos de la porción conyugal de los cónyuges —ya dados a los compañeros y compañeras permanentes— a las parejas del mismo sexo³², en el entendido que la protección que justifica a la porción conyugal no es respecto de la institución del matrimonio sino de la *familia*, concepto que abarca la unión marital de hecho de parejas del mismo o de diferente sexo, sustentado en la evolución de su concepto, el cual ocasionó el surgimiento de nuevos tipos de uniones filiales que claramente superan el reconocimiento exclusivo de las parejas heterosexuales y vinculadas con ocasión al contrato institución del matrimonio, razón por la cual estos tipos de familia deben ser protegidos y garantizados por el Estado.

Así, la Corte Constitucional ha fijado bases de suma importancia al darle el mismo alcance a las consecuencias y efectos jurídicos de la porción conyugal a los compañeros o compañeras permanentes del mismo o diferente sexo, partiendo de un factor fundamental como lo es la evolución del concepto de familia derivada de las nuevas realidades, donde aquella no depende de la heterosexualidad ni de los vínculos de consanguinidad existente entre sus miembros, sino de los lazos de afecto, amor, respeto y solidaridad con el fin de conformar una unidad de vida que liga a sus integrantes³³.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia —acogiendo los lineamientos decantados por la Corte Constitucional—, ha establecido que respecto de las obligaciones y derechos que surgen en virtud del sistema de seguridad social, también debe acoger a los compañeros o compañeras permanentes del mismo o diferente sexo, así para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente o sustitución pensional se debe analizar el cumplimiento de ciertos requisitos como lo es la relación entre el afiliado (fallecido) y el solicitante de la pensión, los cuales, según la sala de casación laboral, no necesariamente devienen del contrato de matrimonio, sino que también puede tener su causa en la decisión libre y responsable de las personas de iniciar una convivencia con vocación de permanencia, estabilidad y duración (Corte Suprema de Justicia, Rad. 69.788 de 2021). De lo anterior, no es viable discriminar a los miembros de la familia de una persona afiliada o pensionada que ha fallecido, por lo que no puede hacerse una diferenciación atendiendo al vínculo que ata al cónyuge con el causante o el compañero o compañera permanente con aquel. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia colombiana en reiterada

32 Sobre la protección a las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007 indicó que negarles el régimen de protección patrimonial que se le otorga a las uniones maritales de hecho es contrario a los derechos de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, de lo contrario generaría una discriminación por razones de sexo, situación que estaría en contra de la carta magna de 1991.

33 En un reciente fallo de la Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2022, señaló que aquellos fallos que decreten el divorcio o la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, deberán disponer sobre la condena al pago de perjuicios a cargo del cónyuge culpable y el envío de copias a la autoridad competente para que se investiguen los eventuales delitos a que haya lugar.

jurisprudencia³⁴, ha indicado que en caso de existir simultaneidad entre cónyuge y compañera o compañero permanente del mismo o diferente sexo, la pensión de sobreviviente o la sustitución pensional será compartida entre ambas personas, en la medida en que si se analiza la situación de cada una de ellas respecto del causante, ambas se encuentran en idénticas condiciones en términos de apoyo, ayuda, protección y afecto³⁵.

El Consejo de Estado colombiano, iguales consideraciones ha realizado respecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional al cónyuge en conjunto con un compañero o compañera permanente cuando se ha presentado simultaneidad de convivencia con el *de cujus*, en el entendido que la muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar dejaría en situación de desamparo a sus integrantes. Explica esta corporación que la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional tiene como finalidad atender una contingencia derivada de la muerte y suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación³⁶.

Como se evidencia, los compañeros o compañeras permanentes del mismo o diferente sexo, han venido siendo objeto de una mayor y más amplia protección por parte de la jurisprudencia de nuestras Altas Cortes, al hacerles extensivos los derechos derivados del régimen de seguridad social tanto en materia de salud como de pensiones; no obstante, la evolución que se predica respecto del sistema de seguridad social no es igual o similar a aquella que se ha dado en el ámbito del derecho de sucesiones, dado que si bien se le extendieron los efectos de la porción conyugal, que en principio solo tenían los cónyuges, a los compañeros o compañeras permanentes del mismo o diferente sexo, en la actualidad no es claro qué sucede en los casos en los que se presente simultaneidad de convivencia entre estos de cara a optar por la porción conyugal, lastimosamente, este fenómeno no tiene un efectivo reconocimiento dentro de nuestra legislación civil.

Se podría, válidamente, pensar en conceder el derecho a optar por porción conyugal tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente del mismo

34 Corte Suprema de Justicia, Rad. 40.055 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Rad. 49.787 de 2012; Corte Corte Suprema de Justicia, Rad. 59.772 de 2014.

35 A través de esta reciente sentencia de unificación, Sentencia SU-149 de 2021, la Corte Constitucional reafirma que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

36 Consejo de Estado, Rad. 76001-23-31-000-2006-00420-01 (0358-11) de 2012. Criterio reiterado por Consejo de Estado, Rad. 08001-23-31-000-2010-00983-01 (3178-2015) de 2018, y Consejo de Estado, Rad. 25000-23-42-000-2013-02719-01 (2535-2014) de 2019.

o diferente sexo, en aquellos casos de simultaneidad de convivencia por vía de analogía, teniendo en cuenta los avances jurisprudenciales que en este aspecto se han dado dentro del régimen de seguridad social, en especial, en el aspecto pensional, pero este sería un ejercicio hipotético o especulativo que no tendría sólidas bases en el campo del derecho civil, situación que nos conduce a propugnar por una reforma legislativa que atienda y regule estas desafiantes situaciones.

5. Consideraciones finales

Del análisis histórico realizado podemos concluir que el antecedente más remoto de la porción conyugal se encuentra en la cuarta marital, instaurada en las constituciones imperiales de la etapa clásica del derecho romano, figura que fue recogida por el derecho español medieval, y que posteriormente fue adoptada, modificada y enriquecida por don Andrés Bello en su insuperable obra; pero más allá de cuál sea su origen o precedente más marcado, es necesario afirmar que el contexto social, familiar y cultural en la que fue concebida la figura, dista, sustancialmente, de las actuales realidades, lo que nos conduce a proponer una inaplazable actualización y revaluación de la figura. Es así, como los principales desafíos que afronta la porción conyugal en esta nueva era, tienen su principal y común causa en las nuevas formas de interacción social que se evidencian en nuestro país, como lo es el renovado concepto de familia —entendida como núcleo esencial de la sociedad y por ende, sujeto de especial protección—, no solo por los “nuevos” tipos de esta, sino por la transformación en el pensamiento de las personas que hacen parte de aquella, dado que los lazos familiares actuales son diferentes y distintos a los de antaño.

Así, debe entenderse que en la actualidad cada vez son menos los casos en los que uno de los cónyuges o compañero o compañera permanente del mismo o de diferente sexo depende económicamente de forma exclusiva del otro, en esa medida, las causas que justificaron y motivaron la adopción de la figura de la porción conyugal han venido desapareciendo paulatinamente, por lo que no cobra sentido su permanencia en el ordenamiento jurídico, máxime cuando su finalidad de tutela o protección se encuentra plenamente satisfecha a través del régimen jurídico de la liquidación de la sociedad conyugal, patrimonial o de hecho según sea el caso, del otorgamiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución del derecho pensional y en la reglamentación de la obligación alimentaria.

Teniendo en cuenta que el derecho debe responder a los retos actuales que afectan las distintas esferas sociales, familiares y económicas de una nación, resulta importante propender por una modificación al régimen sucesoral colombiano, de manera que se adopte un sistema de plena libertad testamentaria que permita y garantice a los seres humanos poder disponer de sus bienes ampliamente por causa de muerte, sin necesidad de tener en cuenta restricciones, ataduras o

asignaciones forzosas como lo es la porción conyugal, toda vez que su finalidad u objetivo de protección al cónyuge o compañero o compañera permanente del mismo o diferente sexo sobreviviente, se encuentra más que satisfecha con el régimen de gananciales a los que tiene derecho como consecuencia del matrimonio, unión o convivencia de la que haya hecho parte, esto adicionado o reforzado por las disposiciones propias de los alimentos que se deben por ley y del derecho de la seguridad social.

Por último, y a pesar de los importantes avances promovidos por la conspicua jurisprudencia elaborada por nuestras Cortes en búsqueda de favorecer la igualdad de derechos entre cónyuges o compañeros o compañeras permanentes del mismo o de diferente sexo, en especial, en lo referido al sistema de seguridad social y los eventos en los que exista simultaneidad de convivencia, se aprecia un gran vacío y ausencia en los casos en que esta situación se presenta de cara al otorgamiento del derecho a la porción conyugal en el campo del derecho sucesoral, impidiéndose el reconocimiento conjunto del derecho entre aquellos que han convivido simultánea o sucesivamente con el causante, vacío que debe ser llenado a través de una necesaria y urgente reforma legislativa.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, C. (1891). *Obras jurídicas*. Santiago: Imprenta Gutemberg.
- Arriagada, I. y Aranda, V. (2004). *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidades de políticas públicas eficaces*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y del Caribe, Naciones Unidas. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6773/1/S0412955_es.pdf
- Barrio, A. (2012). *El Largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. España: Dykinson.
- Bello, A. (1890). *Obras Completas* (Tomo XI). Santiago: Impreso Pedro Ramírez.
- Bello, A. (1894). *Obras Completas* (2.^a ed.). Caracas: La Casa de Bello.
- Bermúdez, R. y Melo, P. (2019). Los hogares conyugales con doble proveeduría en Colombia. Construcción de una tipología de arreglos laborales con enfoque de género. *Colombia, Sociedad y economía*, (37), 33-49. Recuperado de <https://doi.org/10.25100/sye.v0i37.7820>
- Claro, L. (1942). *Derecho civil Chileno y Comparado. De la sucesión por causa de muerte* (Tomo VX). Santiago: Imprenta Nacimiento.
- Carrizosa, H. (1966). *Sucesiones y Donaciones. Estudio sobre el libro tercero del Código Civil* (5.a ed.). Bogotá: Lerner.

- Colombia. Consejo de Estado. (2012). Rad. 76001-23-31-000-2006-00420-01 (0358-11) de 2012.
- Colombia. Consejo de Estado. (2018). Rad. 08001-23-31-000-2010-00983-01 (3178-2015) de 2018.
- Colombia. Consejo de Estado. (2019). Rad. 25000-23-42-000-2013-02719-01 (2535-2014) de 2019.
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de septiembre de 1992). Sentencia T-523/92. [MP. Ciro Angarita Barón].
- Colombia. Corte Constitucional. (15 de junio de 1994). Sentencia T-278/94. [MP. Hernando Herrera Vergara].
- Colombia. Corte Constitucional. (27 de noviembre de 2002). Sentencia C-1033/02. [MP. Jaime Córdoba Triviño].
- Colombia. Corte Constitucional. (1 de abril de 2003). Sentencia C-271/03. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Colombia. Corte Constitucional. (7 de febrero de 2007). Sentencia C-075/07. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336/08. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Colombia. Corte Constitucional. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577/11. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de abril de 2011). Sentencia C-283/11. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Colombia. Corte Constitucional. (22 de marzo de 2012). Sentencia C-238/12. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de febrero de 2015). Sentencia T-070/15. [MS. Martha Victoria Sáchica Méndez].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 2016). Sentencia SU214/16. [MP. Alberto Rojas Ríos].
- Colombia. Corte Constitucional. (21 de mayo de 2021). Sentencia SU-149/21. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Colombia. Corte Constitucional. (24 de marzo de 2022). Sentencia C-111/22. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (1944). Sentencia del 18 de julio de 1944, Gaceta Judicial LVII, 471.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. (1954). Sentencia del 21 de octubre de 1954. Gaceta Judicial LXXVIII, 902.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2011). Rad. 40.055 de 2011.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2012). Rad. 49.787 de 2012.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2014). Rad. 59.772 de 2014.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2021). Rad. 69.788 de 2021.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2021). Rad. 4027 de 2021.
- Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Sala Plena Especializada Civil-Familia. (2022). Rad. 17001-31-10-006-2019-00382-01 de 2022.
- Duque vs. Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual se dicta en el 113 Periodo Ordinario de Sesiones (2016).
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Hinestrosa F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (10), 5-25. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/582>
- Pérez, A. (2002). *Evolución de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente en el código civil chileno*. Santiago: Universidad de Chile.
- Rincón, G. (2021). *La legítima y la causa de desheredamiento por abandono familiar. ¿Hacia una mayor libertad de testar*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Rodríguez, P. (1961). *Estudio crítico de la porción conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada en la legislación chilena*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Samper, F. (1891). *De la cuarta uxoria a la porción conyugal*. trabajo mecanografiado (inédito). Santiago: Imprenta Gutenberg.
- Sánchez, M. (2014). Las fuentes en la investigación jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 11(37), 33-18.
- Suárez, R. (2006). *Derecho de familia* (Tomo I. Régimen de las personas) (9.^a ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Suárez, R. (2019). *Derecho de sucesiones* (7.^a ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Valdivieso, P. (1994). *La renuncia o el abandono de la porción conyugal*. Santiago: Pontificia Universidad Católica.
- Vilches, H. (2005). Notas para una historia de la porción conyugal: en el derecho justinianeo, español y en el código civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 32(3), 439-462. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177021328004.pdf>
- Villabella, C. (2015). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas presiones*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.