

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado Ponente

SC3149- 2021

Radicación n.º 05088-31-10-001-2007-00096-02

(Aprobado en Sala de decisión virtual de diecisiete de septiembre
de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil
veintiuno (2021).-

Derrotado el proyecto inicialmente presentado por el Magistrado Sustanciador, se sometió a estudio, discusión y aprobación, este otro, mediante el cual la Sala procede a resolver, en el sentido que adelante se explica, el recurso de casación interpuesto por **YOHANA MONTOYA BEDOYA**, frente a la sentencia del 14 de agosto de 2015, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario que ella promovió contra **RAFAEL ÁNGEL MONTOYA CASTAÑEDA** y los **herederos determinados e indeterminados de MARIO VELÁSQUEZ CADAVID**.

ANTECEDENTES

1. En la demanda rectora del proceso, presentada ante la jurisdicción el 14 de agosto de 2015¹, sustituida² y

¹ Folio 4 al 9 del c.l.

² Folios 60 a 69 ibídem.

reformada posteriormente³, la gestora pidió declarar que no es hija extramatrimonial de Rafael Ángel Montoya Castañeda, y sí de Mario Velásquez Cadavid, este último, ya fallecido. Como consecuencia, reclamó otorgar los efectos patrimoniales consistentes en la petición de herencia, la modificación del testamento del causante, rehacer el trabajo de partición que se efectuó dentro del proceso de sucesión adelantado notarialmente y condenar a la convocada a restituir a la gestora la parte de los bienes que se le lleguen a adjudicar, junto con los correspondientes frutos y rendimientos económicos.

2. En sustento de sus súplicas, adujo los hechos que a continuación se compendian:

2.1. Producto de la relación de amistad íntima de Fabiola Bedoya Bedoya y Mario Velásquez Cadavid, el 14 de julio de 1980 nació la demandante; sin embargo, la progenitora hizo anotar como padre, en el registro civil de nacimiento de la niña, a Rafael Ángel Montoya Castañeda, amigo de la familia.

2.2. Aunque propios y extraños conocían el hecho, inclusive por la “*similitud de rasgos morfológicos*” entre padre biológico e hija, la accionante lo desconocía.

2.3. El presunto padre falleció soltero el 1º de enero de 2005, y en noviembre de 2006, unos amigos dijeron la verdad

³ Folios 156 a 158 ib. Reforma aceptada por el juzgado de conocimiento, y que consistió en excluir a dos personas como herederos demandados, y en modificar tres de los hechos de la demanda, relativos al momento en el que la demandante supo de que su padre era Mario Velásquez Cadavid, pues al comienzo dijo que conoció de ello “*desde que entró en posesión del uso de la razón*”, y después con la reforma, apuntó que “*solamente hasta noviembre del año 2006, o sea, 23 meses después de la muerte de su padre real*”.

a la actora, quien, al interrogar a su madre sobre la realidad de las afirmaciones, las “*confirmó en su integridad*”.

2.4. La sucesión testamentaria se tramitó en la Notaría Dieciséis del Círculo de Medellín, y el acervo hereditario se adjudicó en su totalidad a Rocío del Socorro Velásquez.

3. Los convocados hicieron, frente al pliego inicial, los siguientes pronunciamientos:

3.1. Elvia, Margarita Nubia y Rocío del Socorro Velásquez Cadavid, hermanas del causante, dijeron estarse a lo que resultare de la prueba de ADN. Además, plantearon la excepción de caducidad de los “*derechos económicos*”, sustentada en que la acción de investigación de paternidad no se presentó dentro de los dos años siguientes al deceso de su consanguíneo⁴.

3.2. El curador *ad-litem* de los herederos indeterminados se pronunció en el mismo sentido que las anteriores convocadas⁵.

3.3. El mandatario de Rafael Ángel Montoya Castañeda expresó no resistirse a las “*pretensiones (...) siempre y cuando los hechos de la mismas sean suficientemente probados*”⁶.

4. La primera instancia se clausuró por el Juzgado de Familia de Descongestión de Bello, con sentencia del 10 de noviembre de 2014, que declaró que Yohana Montoya Bedoya

⁴ Folios 105 a 110, y 138 a 141 ib.

⁵ Folios 142 a 144 ib.

⁶ Folios 149 y 150 ib.

no era hija de Rafael Ángel Montoya Castañeda, y que su padre biológico es el causante Mario Velásquez Cadavid. Con todo, negó los alcances patrimoniales (petición de herencia y reforma del testamento), en virtud de la prosperidad de la excepción de caducidad, por cuanto el deceso ocurrió el 1º de enero de 2005 y el libelo introductor se presentó el 16 de febrero de 2007⁷.

5. Apelaron el fallo del *a-quo*: la demandante para que se reconocieran los aspectos económicos negados⁸; y la demandada Rocío Velásquez Cadavid, para que la exoneraran de las costas, pues no se opuso a la paternidad, y sí con éxito, a lo demás⁹.

6. En la providencia que desató la alzada, el *ad-quem* ratificó lo concerniente a la negativa de los efectos económicos de la declaración surtida, y acogió lo atinente a la exoneración de costas para el extremo accionado¹⁰.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Previo a dejar establecido el cumplimiento de los presupuestos procesales y descartar vicio alguno que afectara lo actuado, para arribar a determinación mencionada, el juzgador de segundo grado razonó de la manera que pasa a compendiarse:

⁷ Folios 363 a 374 ib.

⁸ Folios 379 a 395 ib.

⁹ Folios 376 a 378 ib.

¹⁰ Folios 15 a 26 del c. 8.

1. Para la demandante, el cómputo de la caducidad no comienza con la muerte del pretense padre, sino cuando se enteró de que él era su progenitor biológico, en este caso, según afirma, en noviembre de 2006. Asumir la tesis contraria -según la actora- *“genera una desigualdad entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, pues mientras los primeros tienen un amplio término para instaurar la correspondiente acción de petición de herencia, de diez o veinte años, los segundos, sólo tienen dos años para notificar la demanda y por consiguiente le sean reconocidos efectos patrimoniales”*.

2. Frente a lo anterior se arriba a la misma conclusión a la que llegó el *a-quo*, por cuanto:

2.1. La demanda se presentó el 16 de febrero de 2017, es decir, pasados más de dos años del deceso de Mario Velásquez Cadavid, acaecido el 1º de enero de 2005.

2.2. La desigualdad alegada se ha desvirtuado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 3 de octubre de 1991) y por la Corte Constitucional (C-336 de 1999), con el sello de *“cosa juzgada absoluta”* (C.C. Auto 173 de 2003), al declarar exequible el artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968; de ahí que los argumentos de la recurrente no pueden estimarse.

2.3. La demandante, además, incurrió en contradicción, ya que en el libelo afirmó que desde cuando tenía uso de razón conocía que su padre era Mario Velásquez Cadavid y que ese estado civil se manifestaba ante propios y extraños,

y, sin embargo, después expresó que el hecho lo supo a los veintitrés meses del deceso del presunto padre, “*de ahí que sea contrario a la realidad, lo dicho (...) al reformar la demanda*”.

3. Por lo demás, asiste razón al extremo demandado, toda vez que, si no había sido vencido en juicio en punto de la petición de herencia y reforma del testamento, no podía recibir la condena a pagar las costas del proceso.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos cargos, ambos montados sobre la base de la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte estudiará conjuntamente, pues son útiles para su resolución similares argumentos.

PRIMER CARGO

Con este se denuncia la transgresión directa de los artículos 230 de la Constitución Política; 8º de la Ley 153 de 1887; y 10º, *in fine*, de la Ley 75 de 1968. Los dos primeros por falta de aplicación, y el último por aplicación indebida.

En el desenvolvimiento de su censura, la recurrente señala:

1. Como *“nadie está obligado a lo imposible”*, las consecuencias jurídicas solo se predicán de conductas que le sean atribuibles a una persona. Si no, *“mal se haría en sancionarlo porque se le imputaría lo que no podía hacer. Solo lo racional es realizable”*. La dignidad de la persona y el orden justo serían atropellados, si se pretendiese de las personas conductas imposibles de ejecutar.

2. La equidad y la obligación de integración normativa de que trata el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, *“son criterios auxiliares de la actividad judicial, no a manera únicamente de subsidiariedad sino en la aplicación de la ley misma”*. La primera determina la *“justicia individualizadora del caso”*, y la segunda, entre otros aspectos, señala que no es admisible exigir a una persona lo irrealizable.

3. El artículo 10º de la Ley 75 de 1968 establece un término de caducidad para dotar de efectos patrimoniales a la sentencia que declara la filiación, consistente en notificar la respectiva demanda dentro de los dos años siguientes a la muerte del presunto padre.

La línea general trazada por la jurisprudencia y la doctrina, es que la caducidad no puede suspenderse, salvo excepciones como la obstrucción para notificar a los demandados, o las resultantes de vacancia judicial, o las fundadas en circunstancias constitutivas de fuerza mayor, o

las que tienen que ver con la conciliación como requisito de procedibilidad.

Se tiene, entonces, que, si la caducidad puede ser suspendida en casos especiales, la contemplada en el mencionado precepto también puede serlo, como en el caso concreto, en el que *“la hija extramatrimonial no tuvo oportunidad de demandar oportunamente en razón del desconocimiento que tuvo acerca de quién era su padre biológico”*.

4. De tal manera que el error del *ad-quem* radicó en no haber analizado el argumento de la parte demandante, formulado en sede de apelación, relativo a que los términos para incoar la acción de filiación, con efectos patrimoniales, no corrían inexorablemente, *“ya que, si solo se cuentan desde el conocimiento de quién es el padre real, quiere decir que los dos años de que habla el art. 10 de la Ley 75 de 1968 no son fatales, y eso es nada menos lo que constituye la suspensión de la caducidad”*.

5. En esta especie, el hecho de la paternidad se supo pasados veintitrés meses del deceso del presunto padre, lo que significa que antes resultaba *“imposible demandar”*. En el entretanto lo exigible a la demandante era una actividad pasiva y no activa.

Aplicada así la equidad a la *“justicia ya individualizada”*, se habría encontrado que la demanda fue presentada casi de inmediato, y como ese evento de suspensión de la caducidad

carecía de regulación legal, para llenarlo, ha debido acudir a los principios generales del derecho.

6. En consecuencia, se debe casar parcialmente la sentencia del Tribunal y, en sede de instancia, revocar la negativa a reconocer a la declaración de paternidad efectos económicos, para a cambio, acceder a esos derechos.

SEGUNDO CARGO

Acusa la infracción indirecta de los preceptos mencionados anteriormente, como consecuencia, por un lado, de errores de hecho en la valoración de las pruebas, y por el otro, de yerros probatorios de derecho, por desatención de los artículos 89-2, 197 y 201 del Código de Procedimiento Civil.

Para fundamentar su ataque, la recurrente indicó:

1. El Tribunal se equivocó fácticamente al asegurar una contradicción de la actora con su escrito de reforma de la demanda. Esto, por cuanto al comienzo afirmó que desde cuando tenía uso de razón sabía que su padre biológico era Mario Velásquez Cadavid, y luego señaló que se enteró del hecho a los veintitrés meses de su deceso.

2. Esa Corporación ignoró que los hechos de la demanda inicial fueron alterados, lo que da a entender, necesariamente, que lo reformado quedó suprimido. El

proceso, entonces, se estructuró *“con los nuevos hechos, no con los viejos”*.

3. Además, ese juzgador pretermitió los testimonios de Luis Hernando Laverde Cárdenas y Fabiola Bedoya Bedoya, donde se demostró que Yohana Montoya Bedoya *“realmente no conoció de su padre biológico desde cuando tenía uso de razón, sino desde varios meses después de su muerte”*.

4. El Tribunal, asimismo, recortó la contestación de la demanda de Rocío Velásquez Cadavid, ya que allí ella afirmó desconocer las relaciones de su hermano y la madre de la demandante, menos que tuviesen una hija. Lo dicho implica, socialmente, entre familiares y amigos, que se desconocía la paternidad, y en sana razón también debía entenderse que la actora *“tampoco sabía quién era su padre biológico”*.

5. Sobre el aserto de la accionante de conocer su padre biológico desde cuando tenía uso de razón, la misma interpelada negó el hecho. Dijo que de ser cierto lo *“habría comunicado a la parentela (...). Solo es una afirmación que busca darle la razón a la pretensión”*. Se infiere de lo expuesto que la redacción inicial de la demanda era errada, y de manera alguna podía ser fuente argumentativa.

6. La violación de las normas probatorias se derivó de no haberse tenido en cuenta que la manifestación en el libelo de la actora de saber la paternidad real desde que tenía uso de razón, se desvirtuó con las pruebas antes señaladas. La confesión quedó infirmada, y por ello, no podía ser una de las bases del fallo confirmatorio.

7. Los errores enrostrados llevaron al Tribunal a no contar el término de caducidad desde el conocimiento de la verdad biológica. Así que al no existir norma que regule, en ese específico punto, el tema de la preclusión cuestionada, resultaba imperioso acudir a los principios generales del derecho. Entre ellos, *“el de que nadie está obligado a lo imposible y el de que la equidad debe fundar la decisión del caso concreto”*.

CONSIDERACIONES

1. Ámbito normativo

Cumple aclarar que las normas adjetivas aplicables a este recurso extraordinario, son las del Código de Procedimiento Civil y demás preceptos que lo complementan y modifican, por ser el ordenamiento jurídico vigente al momento de la interposición del presente recurso extraordinario de casación¹¹, pues, en cumplimiento de la regla de tránsito legislativo contenida en el numeral 5º del artículo 625 del Código General del Proceso, *“(...) los recursos interpuestos (...) se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos (...)”*.

Por lo mismo, ha de entenderse que los dos embates se plantearon sobre la base de la causal primera de casación, consagrada en el numeral primero del artículo 368 del C. de

¹¹ 3 de agosto de 2015, según folio 31 del c. del Tribunal.

P. C., y cualquier análisis de las censuras ha de discurrir por ese sendero, inclusive el eventual examen de cuestiones de orden constitucional que surjan de lo planteado.

2. El problema jurídico planteado y los parámetros para su resolución

2.1. Partiendo de las consideraciones esenciales del fallo reprochado, y de la censura que en concreto se le hace, corresponde a la Corte determinar sí, como lo afirma la demandante, el Tribunal violó directamente la ley sustancial al tener como dies a quo para computar el término de caducidad de que trata el inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968, el momento en el que ocurrió la muerte del presunto padre (biológico) y no el instante (posterior al deceso) en el que la hija, demandante, se enteró del hecho relativo a esa paternidad. En ese sentido cumple averiguar, además, si en la hipótesis que trae el caso concreto, se erige una situación especial que amerite una hermenéutica diferente del mencionado precepto, como por ejemplo, considerar que allí se está ante una situación de “*suspensión*” del término de caducidad de dos años.

2.2. En el evento de que la respuesta al anterior cuestionamiento llegare a ser afirmativa, deberá la Sala entrar a establecer si se configuraron los errores de apreciación probatoria denunciados en el segundo embate, que se según se asevera por la recurrente, llevaron al *ad-quem* a fijar el conocimiento de la paternidad biológica por parte de la hija, antes de la muerte del presunto progenitor.

La respuesta negativa a ese primer interrogante, no sobra decirlo, hará innecesario el estudio del tema fáctico, incorporado en el segundo cargo.

2.3. Así las cosas, en la tarea de responder a esos interrogantes, la Sala abordará en primer orden lo concerniente a la comprensión que se ha dado al término previsto en el inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968, y las consecuencias que ese entendimiento acarrea, y posteriormente se determinará si en verdad, el caso ofrece alguna particularidad que conlleve a introducir un matiz adicional a la hermenéutica tradicional de ese precepto, que amerite apartarse de su texto y eventualmente echar mano de la integración normativa y de los principios generales del derecho. Al final, como es lo usual, se presentarán las conclusiones pertinentes, y se definirá la suerte del recurso interpuesto.

3. Entendimiento del término previsto en el inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968, y alcances de su comprensión como de caducidad

3.1. Prescribe el canon relacionado en el encabezado de este apartado, que “[l]a sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los incisos precedentes -muerto el presunto padre o fallecido el hijo, aclara la Corte-, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción”.

De acuerdo con ese texto, ninguna duda cabe que para que el fallo que declara la paternidad extramatrimonial surta efectos patrimoniales frente a quienes han sido convocados en el proceso, la demanda que le da inició ha debido serles notificada dentro de los dos años siguientes a la defunción del respectivo causante.

Y ese bienio, lo ha dicho una y otra vez la Corte¹², y la recurrente no lo controvierte, corresponde a un término de caducidad y no de prescripción (como algunos lo han pretendido doctrinalmente).

Por lo mismo, ha señalado esta Corporación que ese lapso, cuando ha empezado a correr al producirse la muerte del presunto padre, “[N]o es susceptible de suspensión civil”, dado que se trata de “*un plazo prefijado por la ley para el ejercicio del derecho de acción, a cuyo vencimiento se produce fatalmente la decadencia del derecho*”.

Según explicación extensa de la Corte, entonces,

“Denota la caducidad su repulsión a la idea de que existan circunstancias con virtualidad para suspender su marcha inexorable; de ahí que, ni por semejas, pueda invocarse que le sea aplicado el régimen de suspensión a que ciertamente está sujeta la prescripción (art. 2530 del Código Civil). Repítese, su paso es indetenible; como tal, no para mientes en la persona del titular de la acción, porque no está para nada interesada en averiguaciones de tipo subjetivo, cuestión ésta que suele invocarse para poner de resalto su diferencia con la prescripción, diciéndose al efecto: ‘Pero se comprenderá bien la diferencia teórica que media entre las dos instituciones si se observa el fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra el ánimo real o presunto de no ejercerlos; en tanto que en la caducidad esa razón

¹² Por ejemplo, en SC de 21 de enero de 2009, Rad. 1992-00115-01.

de índole subjetiva no se tiene en cuenta, pues basta para que el fenómeno se produzca el hecho objetivo de que en la ley (...) se prefija un plazo para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él ...' (LXI, Págs. 589 y 590). Lo que ocurre es que, como se advirtió en la misma ocasión, por ser la prescripción un fenómeno extintivo basado en el transcurso del tiempo, 'ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esta causa se considera como un fenómeno de prescripción', al que le son aplicables las 'reglas que a ésta gobiernan'. Lo que no pasa de ser una confusión 'entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas (...). En efecto, al lado de la prescripción liberatoria como medio de extinguir las acciones en juicio se admite desde hace algún tiempo (...) el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir -es verdad- los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica'. Consideraciones todas que han llevado a la Corte a afirmar tajantemente que 'los términos de prescripción admiten suspensión (...) mientras que los plazos de caducidad no comportan la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y 'deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable' (CXLVIII, pág. 308). Sobra decir, pues, que es inadmisibles cualquier intento, como aquí lo pretende el censor, de equiparar la caducidad con la prescripción con el fin de que a aquella se aplique el régimen de suspensión que en favor de incapaces se instituyó para ésta"¹³.

3.2. De acuerdo con las anteriores consideraciones de la Corte, que mantienen plena vigencia, pues no se ha surtido un cambio legislativo, social o cultural que imponga su replanteamiento, el lapso de caducidad de dos años, establecido para poder dotar de efectos económicos a la sentencia que declara la filiación del hijo extramatrimonial y que cobra operancia cuando el presunto padre ha muerto, no puede tener como *dies a quo* uno diferente a la del deceso del causante, con abstracción de las vicisitudes o cuestiones como la acá alegada por la demandante, mayor de edad, - consistente en el alegado enteramiento del hecho de la paternidad posterior a la muerte del causante pero anterior

¹³ CSJ SC de 14 de mayo de 2001, Exp. 6144.

al acaecimiento del referido bienio-, ya que lo expuso recientemente la Corte,

“El lapso de caducidad de dos años previsto en el inciso final del artículo 10º de la ley 75 de 1968 que modificó el precepto 7º de la ley 45 de 1936, no se muestra disonante con el plazo que los herederos del causante tienen para ejercer la acción de petición de herencia, cuando ésta es necesaria. Y no lo es porque los hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente cuentan con otro lapso, muchas veces amplió, para demandar su filiación, como lo es el término de vida de su presunto progenitor. Efectivamente, no existe obstáculo para que una persona en la situación aludida instaure, antes del fallecimiento del supuesto padre, la pertinente acción filiatoria, evento en el cual no opera el lapso bienal censurado en el cargo. Con otras palabras, aun cuando no cabe duda de que el inciso 4º del 10º de la ley 75 de 1968 consagra el término de 2 años para que el descendiente instaure la pretensión de filiación, contado desde el fallecimiento de su aparente progenitor, a efectos de obtener secuelas de índole económica; nada obsta para que dicha acción sea incoada antes del deceso, con lo cual el lapso de caducidad criticado resulta inoperante, por sustracción de materia; lo que, a su vez, equipara a los hijos extramatrimoniales no reconocidos con todos aquellos que sí lo fueron”¹⁴.

3.3. Por lo demás, la limitación temporal para que quien alegue ser hijo, se le reconozcan en el proceso de filiación sus derechos sucesorales, está contenida en una previsión legal cuya razonabilidad y justificación se ha explicado de antaño por la Corte, así:

“Dicha restricción significa una garantía en favor de los sucesores reconocidos y demás asignatarios para que sus derechos patrimoniales no queden indefinidamente a merced de acciones de filiación sorpresivas promovidas por personas inescrupulosas que se aprovechan de las debiles consecuencias que el transcurso del tiempo deja sobre los medios de prueba. Ese fue, indudablemente, el objetivo del legislador al consagrar el mencionado término de caducidad, influido por la necesidad de ‘evitar frecuentes abusos que comprometen el ejercicio recto del derecho’, tal como quedó consignado en las actas del Senado de la República que recopilaron las discusiones previas a la aprobación de la Ley 75 de 1968. (Sentencia N° 393 de 2 de octubre de 1992). Fueron, entonces, razones pragmáticas las que movieron al legislador a introducir la caducidad de los efectos patrimoniales derivados de

¹⁴ CSJ SC 3725-2020, del 5 de octubre de 2020.

la declaración del estado civil, para evitar que los derechos económicos de los herederos reconocidos quedaran perpetuamente sometidos al capricho de quienes pudiesen demandar la filiación. El origen sociológico de esta limitación quedó explicado en el siguiente extracto jurisprudencial: ‘Considerando el legislador que no es justo someter a los herederos del difunto y a su cónyuge al deber de afrontar una demanda calculadamente tardía, intencionalmente demorada con el definido propósito de hacer más difícil la defensa de quienes desconocen actos claramente íntimos o reservados de su causante, o en espera de que el tiempo borre huellas que pudieran servir de escudo a los sucesores, determinó que el derecho de investigar la paternidad, en caso de muerte del padre presunto, debe ejercitarse dentro de esos dos años para que el fallo produzca en favor del hijo los efectos patrimoniales que le son propios. No obstante, como el interés evidente que el legislador perseguía con tal medida no era sólo el de que el derecho fuera ejercitado dentro de ese preciso término, sino también el de que los sucesores del difunto y su cónyuge conocieran oportunamente la existencia de esa pretensión y pudieran oponer en tiempo sus defensas, la ley, estatuyó que la ‘demanda’ debería ser notificada dentro del mismo perentorio término bienal...’ (CSJ, SC de 19 de noviembre de 1976)”¹⁵.

4. El caso concreto y sus particularidades

4.1. A la luz de lo anterior, no se advierte que el Tribunal, en la providencia acá censurada, haya incurrido en la vulneración de las normas sustantivas invocadas, porque bien es verdad que, frente a los supuestos fácticos del caso, esto es, demanda presentada dos años después de la muerte del causante, no era posible dotar de efectos patrimoniales a la filiación biológica reconocida.

En efecto, la correcta hermenéutica del inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968, de acuerdo con la doctrina de la Corte, implica partir de la base de que allí se consagra un término de caducidad que, como tal, transcurre sin pausa, dejando de lado la posibilidad de predicar sobre el mismo su suspensión, en hipótesis como la expresada por la

¹⁵ CSJ SC 5755-2014

impugnante, relativa a haber conocido ella del hecho de la paternidad biológica luego de la muerte de su presunto padre y antes de completarse el bienio fatal, pese a que su madre y quien resultó su progenitor registral, lo sabían desde el mismo momento del nacimiento.

Y se entiende que no hay por el Tribunal una interpretación indebida de ese precepto, en este asunto, porque en vida y mientras fue menor de edad la demandante, su representante legal, en ejercicio de las facultades que le otorgaba el ordenamiento, estaba plenamente facultada para interponer, a nombre de ella, la respectiva demanda de filiación, sin que para ese entonces corriera siquiera la carga de los dos años de caducidad a que aquí se ha hecho alusión. Hacer tabula rasa de esa facultad es, por lo menos, desconocer el alcance de la representación legal de un menor, y restarle la importancia y el significado que verdaderamente tienen.

Además, asumiendo como cierto el dicho de la recurrente, consistente en que conoció de su paternidad biológica 22 meses después de la muerte de su progenitor biológico, no había obstáculo ni jurídico como tampoco material que le impidiera ejercitar oportunamente y ante la jurisdicción, la doble reclamación de filiación y petición de herencia.

Es decir, que frente a ella no recaía una carga excesiva y menos insuperable que ameritara, como hoy se propone, crear por vía judicial, una excepción a la caducidad del artículo 10º in fine de la Ley 75 de 1968, consistente en

cambiar el dies a quo del término, no ya la muerte del causante sino el conocimiento certero de la paternidad.

4.2. Por otra parte, ha dicho la Corte que el principio de la analogía o argumento *a simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, tiene como presupuestos necesarios para su aplicación: “a) *Que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido*; b) *Que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma*; y c) *Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estudiado respecto de la primera: Ubi aedem legis ratio ibi cadem legis dispositio*”¹⁶.

Pues bien, al quedar explicado que la situación de la demandante no precisaba la existencia de una condición que condujera a establecer una excepción a la forma en la que el legislador concibió el cómputo de la caducidad en cuestión, y que por lo tanto, nada le impedía haber formulado tempestivamente su demanda para conseguir los efectos económicos deseados; la analogía no era en este caso aplicable, porque ese, es un mecanismo para llenar vacíos legales, que en este proceso no los hay.

Y, ciertamente, se insiste, la accionante pudo demandar en vida de su progenitor biológico, mientras no había alcanzado la mayoría de edad, pero si había déficit de representación por su incapacidad, tuvo tiempo de hacerlo después, cuando afirma que se enteró directamente del hecho de la paternidad, y tuvo el tiempo suficiente para elevar su reclamo en sede judicial.

¹⁶ CSJ SC de 30 de enero de 1962, GJ XCVIII, pág. 23.

De manera, entonces, que el haber desaprovechado la accionante esa doble oportunidad, no se convierte en justificante para forzar la creación de una sub-regla interpretativa amplificadora del término de caducidad referido, menos aún cuando, como se verá adelante, el precepto objeto del ejercicio hermenéutico, ha sido declarado exequible, una vez en vigencia de la Constitución de 1886, y posteriormente al cobijo de la Carta Política de 1991, dotándolo del sello de la cosa juzgada constitucional.

4.3. Así mismo, conviene indicar que si el artículo 230 superior prevé que “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, y que “[l]a equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”; deviene de allí, como manifiesto, que el juzgador de segundo grado no se apartó de dichos mandatos, puesto que, precisamente, sus conclusiones sobre la caducidad de los efectos económicos reclamados se fundaron en el claro texto de la ley (inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968), y en los pronunciamientos que sobre el mismo han sido efectuados en sede de control de constitucionalidad.

Ahora bien, no se desconoce que algunos criterios discordantes al presente se han manifestado a nivel doctrinal, y también por vía de unas pocas salvedades de voto en esta Sala. Más, sin embargo, ellos no son suficientes para propiciar un cambio en la jurisprudencia, porque, ante todo, de por medio está: (i) la cosa juzgada constitucional, (ii) que la demandante no es un sujeto que amerite un tratamiento

jurídico especial, como un menor de edad, y (iii) que doctrinas como la del derecho viviente exigen para su aplicación, en palabras de la Corte Constitucional, que la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se pretenda hacer preponderante, “sea consistente”, “esté plenamente consolidada o afianzada” y “sea relevante o significativa”¹⁷, supuestos que aquí no se dan.

5. Conclusión

De los razonamientos acabados de expresar se tiene que, de ninguna forma, el Tribunal violó los preceptos sustanciales denunciados, y tampoco había lugar a introducir, para el caso analizado, una excepción frente al discurrir de los dos años de caducidad previstos en el inciso final del artículo 10º de la Ley 75 de 1968. El lapso preclusivo, entonces, principió a correr con la muerte del causante, y para hacerse inoperante, se requería que la parte convocada hubiese sido notificada “dentro de los dos años siguientes a la defunción”.

En ese orden, como no hubo discusión en el proceso sobre el día de la muerte del presunto padre (1º de enero de 2005) y el de presentación de la demanda rectora de este asunto (16 de febrero de 2007), la caducidad, siguiendo la regla establecida en el mencionado precepto, se estructuró, con lo cual, innecesario resulta entrar en el estudio de los errores fácticos denunciados en el segundo cargo, porque con ellos se pretende demostrar algo intrascendente a la luz de lo

¹⁷ Corte Constitucional, C-901 de 2003.

razonado, como lo es que el conocimiento de la paternidad biológica de la demandante Yohana Montoya Bedoya se dio después del deceso del presunto padre, y no antes, como lo dedujo el Tribunal de la contradicción entre el libelo inicial y los posteriores de sustitución y reforma.

6. Cuestión final

El artículo 16 de la Ley 270 de 1996, modificado por el 7º de la Ley 1285 de 2009, prevé que la Sala de Casación Civil puede *“seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos”*.

Ese precepto, que se anticipó o fue el germen de la casación oficiosa, hoy vigente en el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso, permite a la Corte adentrarse, excepcionalmente, en el examen de un caso por fuera del marco de las causales de casación propuestas, como por ejemplo, cuando de por medio está la vulneración o amenaza de un derecho constitucional.

Acá, no es viable aplicar selección positiva o casación oficiosa, porque desde el comienzo la demandante y recurrente en casación descartó que su censura estuviera ligada a la vulneración del derecho fundamental de igualdad, y, además, porque el trato discriminatorio que supuestamente da el inciso 4º del artículo 10º de la ley 75 de 1968, que modificó el precepto 7º de la ley 45 de 1936, entre

hijos, reconocidos y no, ya ha sido materia de examen del tribunal constitucional, alcanzando el sello de la cosa juzgada constitucional absoluta.

En efecto, para reiterar lo dicho una y otra vez por esta Sala sobre el punto, basta hacer remisión a lo que recientemente se expuso en la sentencia SC3725-2020 del 5 de octubre de 2020:

“[L]a Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, con fundamento en la prórroga de competencia que le otorgó el artículo 24 transitorio de la Constitución Política de 1991, respecto de las acciones de constitucionalidad instauradas antes del 1º de junio de dicho año, mediante Sentencia n.º. C-122 de 3 de octubre de 1991 examinó el aludido precepto, encontrándolo exequible, tras considerar: ‘a) Conviene en primer término fijar el alcance del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, cuya última parte se cuestiona desde el punto de vista de su constitucionalidad. De especial importancia la primera parte, tanto social como jurídicamente, se limita a legalizar la posibilidad de que la acción de investigación de la paternidad natural se pueda adelantar, fallecido el presunto padre, contra los herederos y su cónyuge, lo cual ya había sido reconocido de larga data por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte. El segundo inciso, este sí totalmente nuevo consagra la posibilidad igualmente avanzada de que muerto el hijo, la acción mencionada pueda ser intentada por sus descendientes legítimos y por sus ascendientes’. Ahora bien la parte impugnada por el libelista determina que la sentencia declarativa de la paternidad en los casos anteriores solamente producirá efectos patrimoniales ‘cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción’. Se establece por lo tanto en ese caso, según la jurisprudencia dominante, una causal de caducidad de los efectos patrimoniales de la acción mentada de investigación de la paternidad natural, y que la Corte, conteste con el funcionario que lleva la voz de la sociedad en el presente caso, considera ajustada a la Constitución; b) Resulta indispensable subrayar el hecho de que la caducidad solamente abarca los aspectos patrimoniales de la acción, lo que significa que los aspectos extrapatrimoniales atinentes al estado civil, en atención entre otras cosas a su interés social, solamente caducan y prescriben en los casos taxativamente señalados por la ley. Se establece por lo tanto la caducidad únicamente para aquellos aspectos de naturaleza eminentemente privada o de interés individual, en circunstancias tales en que, la persona tiene la opción durante un tiempo ciertamente largo, de ejercitar o no, la acción de investigación de la paternidad natural. El individuo tiene por lo tanto todo el derecho a abandonar la acción, sin que luego

pueda alegar en su favor dicho abandono (...) Examinada la disposición acusada a la luz de las nuevas normas de la Carta de 1991, esta Corporación encuentra que ella está conforme a sus prescripciones, y por tanto se declarará su exequibilidad. En efecto, no obstante que en la Carta de 1991 aparece consagrado ahora como principio de orden constitucional el de la igualdad de derechos y deberes entre los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42 inciso 4º. C.N.), ya consagrada por la Ley 29 de 1982; también es cierto que la norma acusada no se dirige a establecer una solución jurídica desigual entre ellos y sus derechos y deberes, sino a regular un aspecto relativo al estado civil de las personas (art. 42 inciso 10 C.N.), en especial el del caso de la incertidumbre de la paternidad extramatrimonial y el fallecimiento del presunto padre o del hijo. Dicha competencia en la Constitución de 1886, estaba igualmente reservada a la ley en los términos del artículo 50 que preceptuaba expresamente que: ‘las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.’ Según la doctrina nacional, la igualdad de derechos, especialmente la sucesoral, presupone la definición y certeza del estado civil que sirve de base a tales derechos; en consecuencia, no habiendo certidumbre sobre el estado civil, tal como ocurre en el caso regulado por el artículo 10º de la ley 75 de 1968, tampoco puede haber igualdad sucesoral. En otros términos la igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil. Así las cosas, la Corte considera exequible la disposición demandada, al confrontarla con la Carta de 1991, en los términos que se han analizado anteriormente. Como se desprende del anterior pronunciamiento, la Corte no encontró trato discriminatorio entre los hijos extramatrimoniales no reconocidos y los descendientes que sí lo son -ya sea matrimoniales o no-, en relación con el término con que cuentan para ejercer las acciones que habiliten sus derechos herenciales, fundada, cardinalmente, en que los primeros carecen de una filiación certera al paso que los segundos la ostentan. Por ende, contrariamente a lo aseverado en el cargo bajo estudio, el legislador dio un trato distinto a personas que están en condiciones disímiles y no iguales”.

De manera que, descartada la violación al derecho a la igualdad de los hijos, reconocidos y no, el respeto de los principios de legalidad, seguridad jurídica y cosa juzgada, para solo mencionar algunos que pudieran involucrarse al tema, no permite a la Corte, como autoridad incardinada en

un sistema democrático, pasar por encima de la voluntad del legislador, ratificada por el tribunal constitucional, para imponer un criterio diferente al que surge del claro texto del inciso final del artículo 75 de 1968, que estatuye un término de **caducidad** de dos años, contado desde la muerte del presunto padre.

Por lo tanto, se insiste con otras palabras, pensar en la inaplicación de ese canon sería tanto como dejar de rendir culto al derecho, para preferir una racionalidad soportada en principios, propia de una visión iusnaturalista, que no cabe en nuestro ordenamiento, fundado en el imperio de la ley, y en su aplicación por parte de los jueces, salvo en los casos de inaplicación por inconstitucionalidad o excepción de inexecuibilidad.

7. De lo analizado emerge la frustración de la impugnación extraordinaria. No se impondrá condena en costas a la accionante, por haberle sido reconocido amparo de pobreza¹⁸.

DECISIÓN

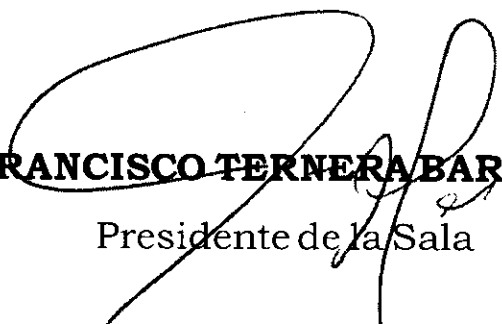
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 14 de agosto de 2015, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario que promovió

¹⁸ Folio 77 del c. 1.

YOHANA MONTOYA BEDOYA contra **RAFAEL ÁNGEL MONTOYA CASTAÑEDA** y los herederos determinados e indeterminados de **MARIO VELÁSQUEZ CADAVID**.

Sin costas en casación, por lo expuesto en las consideraciones.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



FRANCISCO TERNER BARRIOS

Presidente de la Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

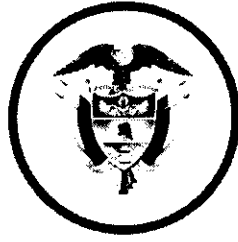


OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Con Salvamento de Voto



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado

Radicación: 05088-31-10-001-2007-00096-02

Disenso integral frente al proyecto aprobado en Sala de decisión virtual de diecisiete de septiembre de dos mil veinte.

Tras haber sido derrotado por la mayoría de la Sala, el proyecto que *ab initio* presenté en el cual accedía al recurso de casación, defendiendo el derecho a la igualdad entre todos los hijos, procedo a salvar el voto frente a la sentencia que resolvió la impugnación casacional y que interpuso Yohana Montoya Bedoya contra la del 14 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, en el proceso ordinario promovido por la recurrente frente a Rafael Ángel Montoya Castañeda y herederos determinados e indeterminados de Mario Velásquez Cadavid.

1. Los antecedentes para entender las razones del disenso y los equívocos de la doctrina que profesa la Sala mayoritaria

1.1. *Petitum*. La actora pidió declarar que no es hija extramatrimonial de Rafael Ángel Montoya Castañeda, pero sí del fallecido, Mario Velásquez Cadavid.

Consecuencialmente impetró los efectos patrimoniales en la herencia y la modificación del testamento dejado por el causante.

1.2. Causa petendi. Adujo que el 14 de julio de 1980, nació la demandante, fruto de la relación de Fabiola Bedoya Bedoya y Mario Velásquez Cadavid. En el registro civil de nacimiento se hizo figurar como progenitor a Rafael Ángel Montoya Castañeda, amigo de la familia, sin serlo. Propios y extraños conocían el hecho, inclusive por la «*similitud de rasgos morfológicos*» entre padre biológico e hija; la accionante, empero, lo desconocía.

El presunto padre falleció soltero el 1º de enero de 2005, y en noviembre de 2006, unos amigos le revelaron la verdad. Al enterarse, inquirió a su madre sobre la realidad de las afirmaciones, quien las «*confirmó en su integridad*».

La sucesión testamentaria se tramitó en la Notaría Dieciséis del Círculo de Medellín, no obstante, el acervo hereditario se adjudicó en su totalidad a Rocío del Socorro Velásquez.

1.3. Las réplicas. Elvia, Margarita Nubia y Rocío del Socorro Velásquez Cadavid, hermanas del causante, supeditaron el éxito de la filiación al resultado de la prueba de ADN, sin embargo, formularon la excepción de caducidad de los «*derechos económicos*», apoyadas en que la acción de investigación de paternidad no se presentó dentro de los dos

años siguientes al deceso de su consanguíneo. Los curadores presentaron las respectivas oposiciones.

1.4. El fallo de primer grado. El Juzgado de Familia accedió a la declaración de paternidad con venero en la prueba de ADN, no obstante, negó los alcances patrimoniales fincado en el art. 10 de la Ley 75 de 1968, porque el deceso ocurrió el 1° de enero de 2005 y la demanda se presentó hasta el 16 de febrero de 2007, pasados los dos años del precepto 10 citado.

1.5. La segunda instancia. Apelaron ambas partes y el tribunal confirmó. Se hincó en la cosa juzgada de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, frente a la exequibilidad del artículo 10-4 de la Ley 75 de 1968.

2. La sentencia de casación y la tesis discriminatoria de la que disiento

La hija frustrada en su derecho hereditario censuró la sentencia del tribunal con dos cargos. Estaban llamados a prosperar, cual defendí en el proyecto derrotado, empero, la Sala toma la senda contraria mayoritariamente, dejando indemnes las sentencias de instancia y aniquilada la pretensión hereditaria para una verdadera hija. La *ratio decidendi* de la decisión casacional, se observa, es una reiteración de las de las instancias, pero ante todo, de una doctrina constitucional de las dos cortes, la Suprema y la Constitucional, derechamente contraria al Estado

Constitucional, a la supremacía y al derecho fundamental a la igualdad, que se tradujo en el caso concreto, en el desconocimiento de los derechos patrimoniales de la mujer demandante.

3. Motivos para disentir:

Con el debido respeto, la decisión debió casarse integralmente para reconocer los derechos económicos o patrimoniales de la mujer demandante de la paternidad y de la petición de herencia. Este fallo, como centenares de sentencias de idéntica estirpe que, se han proferido bajo la misma *ratio decidendi*, vienen desconociendo abiertamente el derecho fundamental a la igualdad entre los hijos, desde la entrada en vigencia de la Ley 29 de 1982 en Colombia que niveló o todos los descendientes por igual, como desde la vigencia de la Ley aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, Ley 16 de 1972; pero, con mayor reproche, desde la vigencia de la propia Constitución de 1991. Al rompe, ante los ojos de un juzgador objetivo e imparcial, carente de prejuicios legales todo ese cúmulo de decisiones, como la sentencias de constitucionalidad que le sirven de fundamento a una doctrina antojadiza y segregacionista, son inconstitucionales e inconvencionales. Cercenan los derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el verdadero padre al momento del fallecimiento, pero especialmente el derecho a la igualdad, cual lo he venido sosteniendo

repetidamente ante la Sala¹. Invito a los jueces del país, a los de éste Corte y, a los futuros magistrados que sean designados en la misma, a ajustar la doctrina jurisprudencial a la Constitución, a la Convención Americana de Derechos y a los demás Tratados de Derechos Humanos, para encontrar la justicia en los fríos textos de la ley, interpretándola, no desde el textualismo, sino desde los principios, valores y derechos fundamentales. Es hora de dar el salto cualitativo para una ética humanista.

3.1. La tesis que vengo defendiendo es una opción para señalar que la única fuente del derecho no es la ley, también lo son, los principios generales de derecho, la Constitución, el bloque de constitucionalidad, el *corpus iuris international* de los derechos humanos. Es falso que, el derecho se encuentre en la ley exclusivamente, porque no dejaran de ser simples posiciones legalistas de “la ley por la ley”, donde el juez apenas es, un autómatas en la aplicación de preceptos legales, y aparece como un simple adjudicador de normas a casos concretos como si fuese un androide.

La Sala identifica el contenido del Derecho con la Ley, asimila justicia con la ley, de modo que de alguna manera humilla la razón y la justicia ante la ley, ignorando que muchas leyes, como el inciso 4 del art. 10 de la Ley 75 de 1968 son injustas y discriminatorias, aspectos que en la dogmática tradicional, está suficientemente decantado. Por

¹ Salvamentos de voto frente al fallo STC3973-2018, exp. 2018-00371, de 21 de marzo; declarativo 54001-31-10-002-2005-00058-01 de Nubia Martínez como hija de Hugo Armando Lindarte Rodríguez. Entre otros.

ejemplo, ya lo habían anunciado, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, las corrientes iusnaturalistas, Gustav Radbruch de quien se acotó la significativa “*Fórmula Radbruch*”, esculpida luego, por Alexi, según la cual, el derecho extremadamente injusto no es derecho; también muchos teóricos del derecho, y por supuesto, sentencias emblemáticas de esta Corte. En este sentido, no puede pasarse por alto, por ejemplo, polémicas que ya han sido resueltas internacionalmente como las tocantes con el Tribunal de Nuremberg² que aún cuando fue creado por los vencedores, su sentencia por crímenes de guerra, sí marcó una diferencia entre Derecho y ley, entre Justicia y ley, pues razonando la causa del exterminio nazi, condenó a los jerarcas y autoridades del Estado Alemán, incluyendo a algunos jueces, por seguir y aplicar, las leyes aprobadas por el Estado hitleriano en aquella época, normativas que discriminaban racialmente a la población, a la dignidad de las personas en materia ética médica, en el debido proceso y por ofender principios mínimos del derecho internacional humanitario. En síntesis, señores jueces, no siempre la ley contiene el derecho o la justicia; recuerden, por favor, hay leyes injustas.

3.2. En el caso he venido sosteniendo la tesis de la necesidad de materializar el derecho fundamental a la

² Tribunal creado para juzgar a los principales criminales de guerra del Eje europeo. Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, Francia y Unión Soviética lo crearon por un acuerdo firmado en Londres en 1945, a cual se unieron posteriormente otros Estados. La Asamblea General de las Naciones Unidas, confirmó los principios decantados por el Tribunal.

igualdad, separándose de la injusticia que abriga el precepto 10 de la Ley 75 de 1968 contra los hijos extramatrimoniales no reconocidos, a pesar de los fallos de constitucionalidad sobre los cuales la mayoría edifica esta decisión como algunas otras, respecto de las cuáles he salvado voto. Esas decisiones, aún cuando aplican el precepto cuestionado, son TOTALMENTE INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES; esto, sin importar que en el pasado, la Sala Plena de esta Corte cuando fungió como juez constitucional haya declarado exequible ese precepto y luego la Corte Constitucional colombiana le haya seguido ese paso para desechar las acciones de inconstitucionalidad que en su contra la ciudadanía ha formulado.

Lo expuesto en esta disidencia, no corresponde a un problema de la suspensión del término o de la tesis objetiva o subjetivista en la determinación del baremo para la contabilización de la caducidad, con apoyo en la negligencia o actividad de las partes o del juez para retardar o acelerar el proceso de noticiamiento para dar por eficaz la caducidad en uno u otro tiempo, según el comportamiento de las partes, o por el solo transcurso del tiempo, cuestión que de alguna manera despierta polémica en la jurisprudencia o en la doctrina tradicional. Ese asunto, es preocupación de un gran sector de la academia o de la judicatura, pero es meramente hermenéutico y formal, que nada aporta al debate de fondo, por cuanto, se edifica en una discusión insustancial, soslayando lo central: La igualdad de derechos.

3.3. El problema real es de discriminación e iniquidad entre quienes son hijos plenamente reconocidos al momento del fallecimiento y aquéllos que, siéndolo, no han sido reconocidos oportunamente por sus progenitores, y quedan sometidos a las vicisitudes de los complejos pleitos usuales en el derecho iberoamericano. El desfavor o desigualdad patente surge, si se compara el término perentorio de los dos años que trae el art. 10 de la Ley 75 de 1968, tantas veces reprochado por el suscrito en los debates de Sala, y como última oportunidad en los salvamentos. En efecto, el término previsto allí de dos años, es diferenciador y disímil del previsto para la acción de petición de herencia, en diez años hoy, para quienes son herederos reconocidos. En consecuencia, están en dos posiciones desiguales dos clases de hijos del mismo padre o madre: 1. Quienes siendo hijos, son reconocidos tardíamente porque su padre se abstuvo de reconocerlos o de registrarlos como suyos, debiendo acudir a un proceso declarativo para investigar y obtener su paternidad o maternidad. Su derecho hereditario únicamente puede ser demandado dentro de los dos años siguientes al fallecimiento de padre o madre 2. Quienes siendo hijos, fueron reconocidos por su padre o madre en tiempo, pero fueron despojados de la herencia, para quienes se señala el término de diez años para reclamarla.

3.4. La prerrogativa del derecho fundamental a la igualdad se halla afectada en toda su extensión.

El artículo 10, inciso 4º de la Ley 75 de 1968, según el cual la «*sentencia que declare la paternidad (...), no producirá*

efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción», ciertamente, ha sido objeto de examen constitucional. Así se puede ver en las sentencias de la Sala Plena de esta Corporación, adiadas el 7 de junio de 1983 y el 3 de octubre de 1991, y de la Corte Constitucional, fechadas el 12 de mayo de 1999 y el 17 de enero de 2001.

3.5. Es cierto, la Sala Plena de esta Corporación, mediante Sentencias 066 de 7 de junio de 1983 y 122 de 3 de octubre de 1991, declararon ajustada a la Constitución Nacional de 1886 y a la Constitución Política de 1991, respectivamente, el artículo 10, inciso final, de la Ley 75 de 1968. Igual inferencia fue reeditada, a través de la misma senda, por la actual Corte Constitucional en los fallos C-336 de 25 de mayo de 1999 y C-009 de 17 de enero de 2001.

La C-336 de 1999, con ponencia del Dr. Morón, por ejemplo, en una nueva acción contra el inciso 4 del art. 7 de la Ley 45 de 1936, modificado por el art. 10 de la Ley 75 de 1968, alude a la cosa juzgada de la decisión C-122 de 3 octubre de 1991, procediendo a declarar exequible el precepto respectivo.

La acción debía prosperar, puesto que los parámetros de igualación enfrentados eran diferentes; sin embargo, señaló que no es lo mismo la relación incontrovertible de padre e hijos previamente definida, con la incertidumbre de

quienes no la tienen consolidada. Expuso, entonces la decisión C-336 de 1999:

“Respecto de estos cargos, la H. Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en los términos siguientes:

“a) Conviene en primer término fijar el alcance del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, cuya última parte se cuestiona desde el punto de vista de su constitucionalidad. De especial importancia la primera parte, tanto social como jurídicamente, se limita a legalizar la posibilidad de que la acción de investigación de la paternidad natural se pueda adelantar, fallecido el presunto padre, contra los herederos y su cónyuge, lo cual ya había sido reconocido de larga data por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte. El segundo inciso, este sí totalmente nuevo consagra la posibilidad igualmente avanzada de que muerto el hijo, la acción mencionada pueda ser intentada por sus descendientes legítimos y por sus ascendientes.

“Ahora bien la parte impugnada por el libelista determina que la sentencia declarativa de la paternidad en los casos anteriores solamente producirá efectos patrimoniales ‘cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción’. Se establece por lo tanto en ese caso, según la jurisprudencia dominante, una causal de caducidad de los efectos patrimoniales de la acción mentada de investigación de la paternidad natural, y que la Corte, conteste con el funcionario que lleva la voz de la sociedad en el presente caso, considera ajustada a la Constitución;

“b) Resulta indispensable subrayar el hecho de que la caducidad solamente abarca los aspectos patrimoniales de la acción, lo que significa que los aspectos extrapatrimoniales atinentes al estado civil, en atención entre otras cosas a su interés social, solamente caducan y prescriben en los casos taxativamente señalados por la ley.

“Se establece por lo tanto la caducidad únicamente para aquellos aspectos de naturaleza eminentemente privada o de interés individual, en circunstancias tales en que, la persona tiene la opción durante un tiempo ciertamente largo, de ejercitar o no, la acción de investigación de la paternidad natural. El individuo tiene por lo tanto todo el derecho a abandonar la acción, sin que luego pueda alegar en su favor dicho abandono....”

“Y en otro de sus apartes, señaló:

“Examinada la disposición acusada a la luz de las nuevas normas de la Carta de 1991, esta Corporación encuentra que ella está conforme a sus prescripciones, y por tanto se declarará su exequibilidad.

En efecto, no obstante que en la Carta de 1991 aparece consagrado ahora como principio de orden constitucional el de la igualdad de derechos y deberes entre los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42 inciso 4° C.N.), ya consagrada por la Ley 29 de 1982; también es cierto que la norma acusada no se dirige a establecer una solución jurídica desigual entre ellos y sus derechos y deberes, sino a regular un aspecto relativo al estado civil de las personas (art. 42 inciso 10 C.N.), en especial el del caso de la incertidumbre de la paternidad extramatrimonial y el fallecimiento del presunto padre o del hijo. Dicha competencia en la Constitución de 1886, estaba igualmente reservada a la ley en los términos del artículo 50 que preceptuaba expresamente que: ‘las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.’

Según la doctrina nacional, la igualdad de derechos, especialmente la sucesoral, presupone la definición y certeza del estado civil que sirve de base a tales derechos; en consecuencia, no habiendo certidumbre sobre el estado civil, tal como ocurre en el caso regulado por el artículo 10° de la ley 75 de 1968, tampoco puede haber igualdad sucesoral. En otros términos

la igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil.

Así las cosas, la Corte considera exequible la disposición demandada, al confrontarla con la Carta de 1991, en los términos que se han analizado anteriormente."

"Acerca del significado y alcance de la cosa juzgada constitucional que expresamente consagró el Constituyente de 1991 en el artículo 243 de la Carta, en reciente pronunciamiento, esta Corte expresó:

"Ha sido prolija la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de la cosa juzgada constitucional, que significa "no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno". Sino también la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexequibles por razones de fondo, o por el contrario, la autorización para aplicarlas cuando las encuentre consonantes con la Carta Política; mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales frente a los cuales se hizo el cotejo.

Se intenta construir de este modo, un marco interpretativo que permita concordar el contenido de las leyes que expide el Congreso con los preceptos constitucionales existentes y, que por otro lado, oriente la conducta de la administración al momento de aplicarlas garantizando los derechos que la Constitución reconoce a todos los miembros de la comunidad.

En este orden de ideas la cosa juzgada constitucional "ampara las sentencias proferidas por la Corporación, otorgándoles un carácter definitivo que impide plantear nuevas controversias sobre lo decidido (...) imposibilidad de revivir lo ya resuelto explica el rechazo de las demandas presentadas en contra de disposiciones que han sido objeto del control de constitucionalidad, "situación que se torna más evidente cuando la respectiva providencia no llama la atención acerca de la existencia de elementos importantes que, por no haber sido tenidos en cuenta, abran la posibilidad de efectuar un nuevo examen (...)”³.

3.6. Empero, con ocasión a un salvamento de voto que realicé a una de las varias decisiones que siguen esa misma línea, en concreto, contra la sentencia de tutela de primera instancia proferida por esta Sala, el 23 de octubre de 2015, dentro de la acción incoada contra la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal y el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, y donde ésta Sala negó el amparo, por tratarse de un término de caducidad, que tampoco daría lugar a la suspensión de términos para los menores, en los términos del art. 2530 del C.C., pero que fuera impugnada

³ COLOMBIA, C.CONST. Sent. C-399 de 12 de mayo de 1999, Mg. Pon. Fabio Morón.

ante la Sala de Casación Laboral, de esta misma Corporación; en el radicado 63423, con ponencia del Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, actuación con número STL 17325-2015, en providencia del diez de diciembre de dos mil quince, la homóloga laboral, revocó la decisión de esta Sala para acceder a los derechos de los no reconocidos, siguiendo la tesis que vengo prohibiendo.

En el caso, objeto de recurso extraordinario, entonces, debió reconocerse, de una vez por todas, que en eventos como el analizado, quedaron por fuera del examen constitucional realizado en las providencias de constitucionalidad que se han abstenido de declarar inexecutable la disposición detonante de la discriminación patrimonial, las nuevas reglas de la Constitución Política de 1991, en cuanto el precepto legal citado contraría “*in radice*”, los artículos 13 y 42, inciso 6° de la Constitución Política, al discriminar por el “(...) *origen (...) familiar (...)*” entre hijos legítimos y extramatrimoniales y al desconocer que los descendientes “(...) *habidos en el matrimonio o fuera de él (...), tienen iguales derechos y deberes (...)*”. Ello, puesto que luego del primer fallo que declaró la disposición demandada, ajustada a la Carta, los subsiguientes se han dedicado a iterar la misma consideración. Además, con una carencia de motivación interna, han procedido a defender la existencia de una cosa juzgada con expresa inconstitucionalidad sobreviniente. Las nuevas decisiones de juzgamiento abstracto, han dejado en la vera de la controversia la obligación de analizar el tránsito constitucional del Estado Legislativo al Estado Constitucional y Social de Derecho, los derechos, valores y

principios que novelmente imponen una nueva hermenéutica que respete la igualdad entre iguales y la diferencia de trato entre desiguales.

Las razones para declarar exequible la norma fueron diversas. La primera de las citadas providencias justificó la caducidad sobre la base de ser disímiles los «*aspectos patrimoniales*» y los «*extrapatrimoniales*». Y la disposición solo aludía a los primeros. El contraste de parámetros desiguales, entonces, como se observa, fue lo que llevó a la Corte a descartar el enjuiciamiento de la violación del derecho a la igualdad y del bloque de constitucionalidad como de los instrumentos internacionales.

En las otras decisiones, prácticamente, se argumentó lo mismo. Echaron de menos situaciones de la misma naturaleza para sopesar la discriminación. El derecho a la igualdad, se anotó, «*presupone la definición y certeza del estado civil*». De modo que «*no habiendo certidumbre sobre el estado civil, tal como ocurre con el caso regulado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, tampoco puede haber igualdad sucesoral. En otros términos, la igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionadas a la certidumbre previa del estado civil*».

La exequibilidad de la norma, cual se advierte, se fundamentó en que los parámetros de comparación no eran los mismos. Según se dijo, la igualdad solo se predicaba de

«*estados civiles definitivos*». En otras palabras, no podía haber desigualdad entre «*incertidumbre*» y «*certeza*» de un estado civil. Así que como las decisiones citadas, frente a filiaciones definitivas, ejecutaron un análisis incompleto frente a los derechos fundamentales en juego, ni tampoco lo realizaron frente a los valores, derechos y principios del Estado constitucional, esas sentencias, si se trata de cosa juzgada, apenas tienen valor relativo, no definitivo, miradas desde la estructura propia del concepto de cosa juzgada.

3.7. Con todo, la disposición prevista en el art. 10 de la Ley 75 de 1968 y las sentencias de constitucionalidad que soportan su presunta constitucionalidad son deleznales frente a la propia Constitución de 1991 y frente al sistema interamericano y al *hard law* de los derechos de los hijos, de la familia y los derechos humanos porque defienden una discriminación entre hijos o herederos por razón del origen familiar tesis inconsistente e insostenible hoy desde todo punto de vista.

3.8. La Ley 29 de 1982, equiparó a los «*hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos*» en derechos y obligaciones. En dicha normatividad, como lo asentó la Sala Plena de esta Corporación se expidió , «*con el fin de otorgar igualdad de derechos herenciales a los hijos sin distinción alguna, se hiciera imperativo eliminar toda diferencia discriminatoria así en su status legal como en su tratamiento para la efectividad de los derechos sucesiones mortis causa, reforma legislativa*

que se acomoda de la mejor manera al principio constitucional de la igualdad de las personas ante la ley»⁴.

La Constitución Política de 1991, vino a ratificar dicha igualdad. En el artículo 42, inciso 6°, *ibídem*, establece que los «*hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*».

Lo expuesto traduce que frente a la presencia de estados civiles definitivos relacionados con hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la existencia de términos de caducidad para estos últimos, únicamente; desconoce *in radice* las normas constitucionales y legales citadas. Pero también el artículo 13, superior, al discriminarlos por el «*origen (...) familiar*».

3.9. El artículo 1321 del Código Civil permite al que «(...) *probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, [incoar la] acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños*».

Dicha prerrogativa, en palabras de la Corte, «*puede eficazmente ser ejercitada por quien ostente título de heredero*

⁴ CSJ. Sala Plena Constitucional. Sentencia 81 de 26 de octubre de 1984.

*de igual o mejor derecho que el que ocupa diciéndose también heredero*⁵. Corresponde, dijo en otra oportunidad la Sala, al «*heredero de igual o mejor derecho a fin de que el putativo sea condenado a restituir la posesión de los bienes del causante o una cuota de ellos (...). Como se ve, la naturaleza de esta acción está indicando que no puede ser instaurada sino por el heredero, cuyo carácter de tal, no es transmisible*»⁶. Esto quiere decir que quien no ostenta dicho carácter, no está legitimado para reclamar el derecho.

La filiación y la petición de herencia, sin embargo, son acciones distintas, pero complementarias y acumulables eventualmente. La primera, es personal y la segunda patrimonial. Aquella es de orden público y de naturaleza positiva. Por excepción, es mixta, en el caso de venir acompañada con la negativa del estado civil. Sucede, cuando se procura impugnar el estado de hijo frente a un padre concreto y se reclama de otro.

En cambio, la petición de herencia es eminentemente real. Busca la restitución plena y llana de los bienes relictos. No obstante, los efectos económicos de la declaración de paternidad o maternidad pueden acumularse. Como se anunció, en los casos en que dependen de la declaración de esta última y el interesado carece del estado civil que legitime la súplica patrimonial.

3.10. Por otra parte, el término extintivo de la acción de

⁵ CSJ. Civil. G. J., t. CLV, pág. 346.

⁶ CSJ SC del 17 de septiembre de 1958. En sentido similar: CSJ SSC del 31 de agosto de 1955; del 9 de agosto de 1965.

petición de herencia, según el artículo 1326 del Código Civil, modificado por el precepto 12 de la Ley 791 de 2002, es de «*diez (10) años*». Se trata de un lapso correlativo al de la prescripción adquisitiva extraordinaria de ese mismo derecho, a voces del canon 2533, *ibídem*.

La situación, empero, es distinta para quien promueve la filiación contra los herederos del presunto padre y acumula la petición de herencia. Bajo las condiciones señaladas en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, entre otras, como la notificación oportuna de la demanda, las secuelas económicas se supeditan a un término preclusivo de «*dos años*» contado desde la defunción del causante.

Al rompe, en el contraste, surge patente el trato injusto, desigual, inequitativo y desproporcionado entre hijos con paternidad indiscutida y aquellos que buscan establecerla. El referente de igualdad es «*ante la ley*» (artículo 13 de la Constitución Política). Y aquí se echa de menos la voluntad del legislador para prodigar un trato diferente. La única circunstancia constitucional que los equipararía es el término de prescripción de la acción de petición de herencia. Emana de un mismo *status*, la simple condición de hijos.

Sostener esa diferencia conlleva sanciones no previstas por el legislador y hace adversa la situación del hijo no reconocido. De un lado se condena por una conducta omisiva atribuible exclusivamente al presunto padre. De otro, debe cargar con el laborío de demostrar la relación filial. Así que no solo es víctima de la renuencia de quien debe

reconocer, sino que el ordenamiento lo obliga a demandar. Al mismo tiempo, a utilizar un angustioso término de dos años, mientras a quien fue reconocido o se presume hijo y se desconoce la herencia cuenta con diez años para reclamar en forma benigna y complaciente.

3.11. Se suma a lo dicho, las sentencias de paternidad, como todas las de estado civil, son declarativas, no constitutivas. La calidad de hijo se adquiere frente a todo el mundo y desde el momento de la concepción, claro, condicionada “(...) a que (...) haya sobrevivido a la separación [completa de su madre] siquiera un momento (...)” (art. 90 del C. C. colombiano); no a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia. Para la Corte:

«Las razones del recurrente conducen a darle a la sentencia un carácter constitutivo del estado civil, que peca contra elementales principios jurídicos y está en contradicción con la doctrina universal y la jurisprudencia de esta Corte. La sentencia, como el reconocimiento voluntario, no hacen sino declarar esa filiación u otorgar la prueba de ella. En el tratado de Derecho Civil Francés de Beudant (Tomo 3Q, número 935), se lee: "En sí misma, la filiación no es sino el hecho fisiológico de la generación; de este hecho resulta la relación que une' al hijo con sus autores". El estado civil, pues, encuentra su origen en el hecho generador»⁷.

Como en otra ocasión adoctrinó la Sala, la « acción de estado civil es simplemente declarativa, con las naturales consecuencias que de allí se desprenden y que son de diverso orden (...). Se limita en sustancia a declarar lo que ya existía. No lo declarará en el caso contrario. "O sea; que la acción de estado civil es fundamentalmente declarativa, aunque de allí

⁷CSJ. Civil, Sentencia de 15 de abril de 1953 (LXXIV N° 2127, pág. 641-665).

emanen consecuencias de orden vario, -que son los efectos propios del mismo estado»⁸.

En la misma dirección la Corte señaló que la sentencia de paternidad es de naturaleza declarativa positiva, pues *«no hace nada distinto a reconocer una determinada relación de derecho como resultado o consecuencia de un hecho de padre, creador de vínculos familiares y patrimoniales (...). La sentencia es, en síntesis, prueba de la filiación»⁹.*

Con igual contenido esencial, esta Corporación dejó sentado que la *«persona, de consiguiente, siempre posee un estado civil (...) no es un atributo exógeno o externo a ella, sino intrínseco (...) El estado civil, tal como ha sido concebido legalmente, puede hallarse en una de dos situaciones posibles: declarado o latente. Ocurre lo primero cuando está legalmente definido, esto es, si la persona de quien se predica goza ya de la posesión legal del mismo; se presenta lo segundo si no obstante la ocurrencia de los hechos generadores de él y el goce fáctico de dicho estado, aún no ha sido declarado, cual ocurre con el hijo extramatrimonial que pese a la posesión notoria de que goza respecto de su padre no ha sido reconocido todavía por éste, ni ha sido declarado judicialmente como tal»¹⁰.*

Este aspecto es de primordial importancia resaltarlo. La diferencia entre ambos tipos de fallos trae consigo consecuencias distintas. Como tiene explicado la Sala:

«Las sentencias se dividen en condenatorias, declarativas o reconocitivas; y constitutivas o modificativas; según sea la naturaleza de las acciones incoadas, esto es, de acuerdo con el contenido de cada una de las súplicas de la demanda. Las sentencias de condena se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de la existencia del derecho

⁸CSJ. Civil, Sentencia de 30 de junio de 1955 (LXXX N° 2154, pág. 478-484).

⁹CSJ. Civil, Sentencia 21 de noviembre de 1986 (CLXXXIV N° 2423, pág. 348-357). En el mismo sentido los fallos de 26 de enero de 1996; 7 de febrero de 2000; 9 de diciembre de 2011, entre otros.

¹⁰CSJ. Civil, Sentencia del 7 de febrero de 2000, expediente N° 7778. Reiterado en sentencia del 25 de mayo de 1999, expediente N° 5185.

que se reconoce o declara (...). La sentencia declarativa o reconocitiva, cuyo ámbito de aplicación es bastante reducido, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante. Esta sentencia, pues, sólo constata, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior, como sea derecho (...). En cambio, las sentencias constitutivas o modificativas, no solamente declaran lo que es, sino que constituyen algo nuevo, porque introducen una estructura nueva en la situación jurídica presente»¹¹.

No cabe duda, entonces, que tanto los hijos matrimoniales como extramatrimoniales se reputan tales desde que se conciben y nacen. Por esto, resulta contrario a la realidad, respecto de un mismo padre, atribuir a alguien la condición de hijo en cierto tiempo y excluirla en otro período.

3.12. Lo discurrido pone de presente que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no era el llamado a gobernar el caso. Esto, en los términos señalados en las providencias que lo encontraron ajustados al ordenamiento superior, antes y después de promulgada la Constitución Política de 1991. Como se anotó, la igualdad allí predicada lo era frente a estados civiles ciertos. Así que superada la incertidumbre, todos los hijos, matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, tienen iguales derechos y obligaciones.

La sentencia objeto de la casación, en efecto, dejó definida con «certeza» la filiación biológica de Yohana Montoya Bedoya, respecto de Mario Velásquez Cadavid. Esto

¹¹ CSJ. Civil. Sentencias de 2 de abril de 1936 (G.J. 1911/12), de 29 de febrero de 2012 (expediente 00103) y de 8 de mayo de 2014 (radicación 01276), entre otras.

es incontrastable. Entre otras cosas, porque en el punto, nada fue objeto de reproche por el extremo demandado. El juicio de igualdad, por tanto, no podía tener como fundamento parámetros excluyentes, «*certeza*» e «*incertidumbre*». El análisis, entonces, debió partir del estado civil declarado en los fallos de instancia.

Siendo claro que no hay lugar a discriminar a hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la discusión, referida también en la sentencias de grado, tampoco venía al caso. En el proceso quedó fijado que Mario Velásquez Cadavid falleció soltero y su sucesión testamentaria. De manera que existiendo solo la última clase de descendientes, el otro eventual parámetro de confrontación era inexistente.

En cualquier circunstancia, los hijos extramatrimoniales no pueden ser discriminados frente a los nacidos o legitimados en el matrimonio o en la unión marital declarada, y menos con esa odiosa e inicua diferencia de 2 años para los no reconocidos y 10 años para los ya reconocidos o legitimados. Todos deben estar en mismo plano de igualdad. Si unos y otros son o resultan ser descendientes consanguíneos directos del mismo causante y con legitimación hereditaria, salta a la vista que entre pares no puede haber términos distintos para hacer valer sus derechos. La caducidad, por tanto, no podía aplicarse a unos y excluirse para otros. Así que deben juzgarse bajo un mismo rasero. Y la única situación extintiva que por igual los abriga es la prescripción.

3.13. En últimas, el artículo 10, *in fine*, de la Ley 75 de 1968, así fuera válido según la posición mayoritaria, en los términos juzgados constitucionalmente, ninguna eficacia tendría. Esto, por cuanto siempre que se declare una paternidad, la incertidumbre cesaría. Y desde ahí, la normativa constitucional y legal citada trata en un mismo plano de igualdad a hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

La predicada ineficacia, se aviene a los principios fundantes del Estado Constitucional y Social de Derecho. Constituyen, como se ha explicado, *«una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental (...)». En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial*¹².

Es bien sabido que los jueces deciden la historia reconstruida a través de la prueba. Al mismo tiempo, a diferencia del historiador, ejercen una función interpretativa, pedagógica y restaurativa del Estado Social de Derecho. Proyectan la norma jurídica y el valor supremo de la justicia

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992.

para la solución de casos futuros. No debe olvidarse, según también se tiene dicho:

«El hábito del jurista se orienta ex post facto, es decir hacia hechos que se han producido en el pasado y que el juez debe decidir en términos jurídicos. Sin embargo, desde el punto de vista institucional los poderes judiciales deben poner la mirada en la orientación previsible de la sociedad a la que se presta el servicio de justicia e ir definiendo sus cambios y necesidades como para ir proveyéndoles (...) ese servicio. Por supuesto que a tales fines resulta necesario que dichos poderes cuenten con los profesionales necesarios capaces de ir delineando futuros cambios y exigencias, pero también se requiere que aquellos generen puentes con la sociedad como para ser receptivos a las cambiantes necesidades. Un elemental requerimiento para poder cumplir con éste desafío es contar con una exhaustiva y completa lectura de la realidad existente»¹³.

En la misma dirección esta Corte, al adoctrinar: *«habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la praxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales.*

«La ley es una creación del espíritu objetivo, que aun cuando producto de determinado cuerpo político constitucionalmente calificado a ese objeto, se independiza de él desde su expedición, al punto de que el influjo de los propósitos que animaron a sus redactores va decreciendo a medida que la norma se proyecta sobre coyunturas cada vez distintas y más lejanas de las de su origen, y de que el intérprete es llamado a proceder con la mente puesta en el legislador, para imaginar cómo habría este regulado la situación nueva si le hubiese sido factible entonces tenerla presente. En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino

¹³ VIGO, Rodolfo Luis. *Los Desafíos de la Justicia en el siglo XXI*, en *La Protección de los Derechos Fundamentales y la Jurisdicción Ordinaria*, página 64.

ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosas»¹⁴.

La función nomofiláctica por medio de la casación y de las acciones supralegales es viva y dinámica. Ejerce una auténtica guardianía de la ley y de los derechos ante la Constitución Política, cuando las disposiciones legales se adaptan a las cambiantes necesidades históricas y a la propia Carta. No se trata de quebrar la seguridad jurídica y la confianza legítima, principios democráticos de los que es centenariamente adalid esta Corporación. Debe reconocerse y no olvidarse que esta Corte ha vivificado el pensamiento jurídico nacional y ha procurado la protección de los derechos, anticipándose las más de las veces en la solución de casos injustos y contrarios al sistema jurídico.

3.14. La situación agitada en casación, entonces, imponía ineludiblemente una solución distinta. Con mayor razón, cuando la igualdad en comento se encuentra incorporada en la legislación mediante el bloque de constitucionalidad.

El artículo 2º, inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵, establece que *«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra*

¹⁴ CSJ SC del 17 de mayo de 1988 G. J., t. CXXIV, páginas 151 -162.

¹⁵ Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». A su vez, el artículo 3º determina que «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶, por su parte, en el artículo 17, inciso 5º, señala que *«La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo»*. En concordancia, artículo 24 ratifica que *«Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley»*.

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, el derecho a la igualdad, consagrado en el canon 13, *ibídem*, entre otras garantías fundamentales, debe interpretarse conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Se trata de un conjunto jurídico que los jueces colombianos se encuentran obligados a garantizar. Desde esta otra perspectiva se corrobora así también la eliminación de cualquier discriminación entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

3.15. Si lo anterior fuera poco, el derecho comparado igualmente proscribe la desigualdad.

¹⁶ Ratificada mediante la Ley 16 de 1972.

Para no ir más lejos, Argentina¹⁷, Perú¹⁸, México¹⁹ y Costa Rica²⁰. En sus normatividades, todos los herederos, sin considerar la fuente de la filiación, gozan de los mismos derechos. No existen, por lo mismo, términos de caducidad y a todos los gobierna, con algunos matices, las reglas generales de la prescripción. En Argentina²¹ y Perú²², por ejemplo, la acción de petición de herencia es imprescriptible. En este caso, el Código Civil y Comercial de Argentina, sancionado el 1 de octubre de 2014, en su artículo 2311 dispone: *“Imprescriptibilidad. La petición de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que pueda operar con relación a cosas singulares”*²³. En México²⁴, el término extintivo es de cinco años. Y en Costa Rica²⁵, de diez años.

¹⁷ ARGENTINA. Congreso de la Nación de Argentina. Ley 26.994 (7 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Artículos 557, 558. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>

¹⁸ PERÚ. Congreso de la República del Perú. Decreto Legislativo N°295 (14 de noviembre de 1984). Código Civil. Artículo 818. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

¹⁹ MÉXICO. Congreso de la Unión. Decreto 70 (29 de abril de 2002). Código Civil del Estado de México. Artículo 3.19. Disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>

²⁰ COSTA RICA. Asamblea Legislativa. Ley 5476 (14 de octubre de 2011). Código de Familia. Artículo. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_Familia_costa_rica.pdf

²¹ ARGENTINA. Congreso de la Nación de Argentina. Ley 26.994 (7 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Artículos del 2310 al 2315. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>

²² PERÚ. Congreso de la República del Perú. Decreto Legislativo N°295 (14 de noviembre de 1984). Código Civil. Artículos 664 al 666. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

²³ ARGENTINA. Código Civil y Comercial de La Nación. Ley 26.994. Buenos Aires: Félix Lajouane, 2015, p. 437.

²⁴ MÉXICO. Congreso de la Unión. Decreto 70 (29 de abril de 2002). Código Civil del Estado de México. Artículo 6.183. Disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>

²⁵ COSTA RICA. Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. Ley 57 (abril 15 de 1887). Código Civil. Artículo 868. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=TC

La caducidad existía en el antiguo Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia. Según el artículo 206, el *«hijo póstumo o el que por ignorancia, engaño o por causa de fuerza mayor, no hubiese reclamado oportunamente su filiación, podrá dirigir su acción contra los herederos del pretendido padre, siempre que no hayan transcurrido dos años desde la muerte de este último»*. En el caso de los hijos matrimoniales, al tenor del artículo 191, las posibilidades de accionar perduraban por *“toda la vida del hijo”*. Frente a la abierta desigualdad, el Tribunal Constitucional Boliviano declaró inexecutable el artículo 206. En su sentir:

«El art. 195 de la CPE, referente a la igualdad de los hijos sin importar su origen y a la filiación, expresa: “I. Todos los hijos, sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. II. La filiación se establecerá por todos los medios que sean conducentes a demostrarla, de acuerdo al régimen que determine la Ley”.

«La mencionada igualdad de los hijos reconocida constitucionalmente, así como por el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su punto 5, cuando determina que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”, ha sido recogida también como un principio en el art. 173 del CF, frena toda discriminación basada en el origen familiar de los hijos, a quienes se les reconoce iguales derechos y obligaciones respecto a sus padres, sin que tenga ninguna relevancia en nuestro sistema jurídico, el haber nacido dentro del matrimonio o fuera de él, o ser hijo adoptivo. Todos son hijos que merecen el mismo respeto y así deben ser tratados por padres, parientes, sociedad y Estado; criterio que es recogido por el art. 176 del CF, por cuanto suprime la antigua clasificación de la filiación en legítima, natural e ilegítima y prohíbe su uso a los funcionarios y empleados públicos, así como a las personas particulares, en los actos oficiales y privados que les conciernan.

Por consiguiente, cualquier norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar, y reconozca diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones de los hijos

habidos dentro de matrimonio, extramatrimoniales o adoptivos, es contraria al art. 195.I de la CPE antes glosado»²⁶.

Por esto, el Nuevo Código de las Familias y del Proceso Familiar (Ley 603 de 2014), eliminó la desigualdad. En el artículo 16 introdujo como principios, entre otros, la «*protección integral sin discriminación de familias*» y el «*trato jurídico igualitario entre sus integrantes*». La legislación también prevé la alternativa de ejercitar la acción de petición de herencia, sujeta a las reglas generales de la prescripción extintiva de diez años, sin perjuicio de la adquisitiva de dominio de bienes singulares²⁷.

3.16. Lo discurrido deja bien claro que, a partir de los estados civiles definitivos de hijos, respecto de unos, no puede haber términos discriminatorios para el ejercicio de sus derechos. Son para todos o para ninguno. Esta posición se adapta al contexto actual que promulga y propenden por la abolición de cualquier tipo de discriminación entre descendientes matrimoniales o extramatrimoniales.

Los ejemplos citados sirven de fundamento en el caso *sub exámine*, sobre todo, para reafirmar que el artículo 10, *in fine*, de la Ley 75 de 1968, es inaplicable. Los efectos económicos derivados de la sentencia de paternidad no pueden ser sacralizados y deben prevalecer ante el desconocimiento de derechos fundamentales como la igualdad, la familia, el debido proceso, entre otros.

²⁶ Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional No. 0051 de 2006.

²⁷ Bolivia. Asamblea Legislativa Plurinacional. DL 12760 (6 de agosto de 1975). Código Civil. Artículo 1456. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Bolivia.pdf

En lugar de la caducidad, por sí, excluyente, respeto de la acción de petición de herencia, o de los efectos patrimoniales derivados de una paternidad declarada judicialmente, lo que existen, para todo el mundo, son términos de prescripción, esta vez sí incluyentes, con las vicisitudes que el mismo ordenamiento impone.

3.17. En el caso, constatado que la caducidad declarada, respecto de los efectos económicos de la paternidad biológica reconocida, desconoce los derechos fundamentales de la demandante, se exigía casar de oficio en ese preciso aspecto la sentencia del Tribunal y proferir la de reemplazo.

4. Se imponía quebrar el fallo recurrido y dictar la sentencia sustitutiva porque no se podía diferenciar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Los primeros, tienen *«diez años para instaurar la acción de petición de herencia»*. Los segundos, *«solo dos para notificar la demanda y solicitar el reconocimiento de efectos patrimoniales»*.

En sede de instancia, por lo tanto, significaba que el recurso de apelación resultaba exitoso. Téngase en cuenta que el término extintivo de la acción de petición de herencia es de diez años (artículo 1326 del Código Civil), en tanto, la demanda del caso fue presentada apenas pasados dos años de la muerte de Mario Velásquez Cadavid.

Se reitera, por una parte, en presencia de estatus iguales, como es la condición de hijos de un mismo causante, no puede haber diferencia de trato. Esto, porque convencional, constitucional y legalmente, inclusive desde la perspectiva del derecho comparado, todos gozan de «*iguales derechos y deberes*». Para nada importa que sean «*habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica*» (artículo 42, inciso 6° de la Constitución Política).

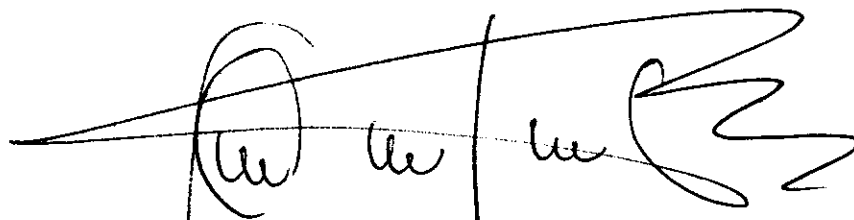
Por otra, se recaba la ineficacia del artículo 10, *in fine* de la Ley 75 de 1968. En particular, por cuanto respecto de estados civiles definitivos, como en el caso, que no inciertos, es cuando prevalece el derecho a la igualdad. Así lo consideró la Sala Plena de esta Corporación y la propia Corte Constitucional, al declararlo exequible.

4.1. Lo discurrido compelia revocar la negativa a conceder efectos patrimoniales a la declaración de paternidad. Y en relación con el testamento existente, como el testador no dejó *expreso* a la demandante lo que por «*ley le corresponde*». Se trataba de una legitimaria sobreviviente. Y en la misma condición se comprendía que fue pasada en silencio, según los términos de los artículos 1274 y 1276 del Código Civil. En tal caso, como lo tiene dicho la Corte, la «*esterilidad de la acción de reforma del testamento se hace manifiesta, porque entonces, por mandato expreso de la segunda de las normas citadas, habrá de entenderse que el preterido ha sido instituido heredero “ipso jure” en su legítima,*

*bien sea en la rigurosa o en la efectiva cuando a esta última hubiere lugar*²⁸.

4.2. Establecido que la sucesión procesal se llevó a cabo notarialmente, resultaba necesario rehacer la liquidación de la herencia para incluir a la demandante como heredera del extinto Mario Velásquez Cadavid. Esto traía como consecuencia cancelar la escritura pública 1251 de 12 de septiembre de 2005, elevada en la Notaría Dieciséis del Círculo de Medellín, incluyendo lo referente a sus respectivos registros.

Fecha ut supra.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado

²⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 16 de jun de 1999, expediente 5162, con cita de Gacetas judiciales LIV-39, LXIV-485 y CLIX-185.

