



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Secretaría Sala de Casación Civil

**Radicación n.º 68861-31-84-002-2012-00102-01**

### **ACLARACION DE VOTO**

Aun cuando comparto la decisión de declarar imprósperas las censuras que propuso la demandante, así como la necesidad de casar de oficio, y parcialmente, el fallo de 27 de febrero de 2018, estimo pertinente aclarar mi voto, con apoyo en los siguientes planteamientos:

(i) En el pasado, la jurisprudencia de la Sala restringió la posibilidad de alegar en cualquier tiempo la excepción de inexistencia de la relación paterno o maternofilial a los litigios promovidos por quien alegara la condición de hijo matrimonial. Ello en consideración a que el artículo 219 del Código Civil, norma que contemplaba dicha defensa, está ubicado en el Título X del Libro Primero de la referida obra, que corresponde a «*los hijos legítimos concebidos en matrimonio*» –y, por extensión, a los concebidos en vigencia de una unión marital de hecho–.

Esa tesis, que ahora se abandona para unificar la postura de la Corte en torno a la solución opuesta, conlleva aplicar una regla diferenciada que carece de utilidad, pues la

«no paternidad o maternidad» tiene los mismos efectos frente a quienes pretendan la condición de hijos matrimoniales o extramatrimoniales a fin de reclamar unos bienes herenciales que está en «posesión efectiva»<sup>1</sup> de terceras personas. Por consiguiente, aplicarla solamente a un tipo de filiación genera un injustificado e inadmisibles trato desigual, pero no entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, como se sugirió *supra*, sino entre los asignatarios en posesión de la herencia.

(ii) Para arribar a esa conclusión, debe memorarse que desde la entrada en vigor de la Ley 29 de 1982, en Colombia los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones, igualdad plena que terminó de apuntalarse con la expedición de la Constitución Política de 1991 y de innumerables pronunciamientos de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

Para materializar ese nuevo paradigma, fue necesario transformar la codificación sustantiva civil –tal como se describió prolijamente en el cuerpo de esta sentencia–, para adaptar las normas positivas a la paridad entre hijos, y excluir los beneficios jurídico-económicos reservados a la descendencia “legítima”. Y debe reconocerse que el ajuste fue tan exitoso, que la distinción entre hijos “legítimos” e “ilegítimos” pasó a ser irrelevante, al punto que los propios

---

<sup>1</sup> Entendida en el sentido que se le asigna a la expresión en el artículo 219 del Código Civil (y, por contera, en la sentencia de casación que motivó este voto razonado), es decir, como secuela de la adjudicación y aprobación del acto de partición de los bienes relictos.

vocablos cayeron en desuso. De hecho, muchas normas que los empleaban fueron excluidas del ordenamiento<sup>2</sup>.

(iii) Ahora bien, una de las intervenciones legislativas en la materia se realizó a través de la Ley 1060 de 2006, que buscaba equiparar, en la medida de lo posible, los regímenes que consagran los Títulos X y XI del Libro Primero del Código Civil, relativos a «*los hijos legítimos concebidos en matrimonio*» y «*los hijos legitimados*», respectivamente.

Cabe anotar que la novedosa legislación consagró un importante avance en materia de igualdad, al cobijar bajo la presunción de paternidad contenida en el artículo 213 del Código Civil a los hijos nacidos dentro de la unión marital de hecho de los progenitores, brindando tratamiento jurídico similar –a efectos de la determinación de la filiación– a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales habidos en una unión previamente declarada.

De otra parte, mantuvo incólumes los preceptos que consagraban reglas diferenciales razonables –como el referido canon 213, que prevé la presunción de paternidad comentada–, e incluso conservó varias referencias a la legitimación de la descendencia, que pudieran tener implicaciones para la dogmática del derecho de familia, pero que no revisten efectos prácticos considerables.

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, las sentencias C-105 de 1994, C-595 de 1996, C-404 de 2013, C-451 de 2016 y C-043 de 2018 declararon la inexecutable de los términos legítimo e ilegítimo contenida en diferentes disposiciones del Código Civil, bajo el argumento de la actualmente innecesaria y constitucionalmente inadmisibles distinción de los hijos en razón del origen.

Los cambios, entonces, se concentraron en el tratamiento de la acción de impugnación de la paternidad o maternidad, armonizando las causales, plazos y personas legitimadas para ejercerla (*iure proprio*) en ambos regímenes. Asimismo, se dispuso derogar el artículo 221 del Código Civil, que preveía una «*excepción de ilegitimidad*», la cual fue reeditada como defensa dirigida contra el vínculo paterno o maternofilial –de ahí que la doctrina la haya designado como «*excepción de no paternidad*»–, ahora en el canon 219 *ejusdem*.

(iv) Ya se advirtió que, en las consideraciones de las que me aparto, la Sala mayoritaria sostuvo que restringir la referida excepción a los casos promovidos por «*hijos legítimos concebidos en matrimonio*», como lo sugeriría la ubicación del artículo 219, refleja un inadmisibles trato discriminatorio entre descendientes “legítimos” e “ilegítimos”.

Pero esa conclusión, en mi respetuosa opinión, no parece pertinente, por dos razones concretas: En primer lugar, la norma citada regula la posibilidad de invocar una excepción de la que no es –ni podría ser– titular el sujeto pasivo del alegado trato desigual (el hijo “ilegítimo”). Recuérdese que la defensa de marras puede enarbolarse como oposición *contra las pretensiones* del pretendido hijo, por parte de quienes «*hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes [relictos] sin contradicción del pretendido hijo*».

Como se dijo con antelación, si existiera realmente un trato diverso, los damnificados serían solamente quienes teniendo la «*posesión efectiva*» de la herencia, fueran

demandados por el que alega la condición de hijo “ilegítimo”, porque –de acuerdo con la postura que recogió la Corte en esta oportunidad– a ellos no se les reconocía la posibilidad de alegar en cualquier tiempo la inexistencia del vínculo paterno o materno-filial, del que dependía el mejor derecho que se reclamaba sobre la mortuoria.

Y la segunda razón para separarme de la explicación que defiende la mayoría de la Sala radica en que la norma que, por su posición en el Código Civil, se considera discriminatoria, fue puesta allí en el año 2006, dentro de un cuerpo normativo que buscaba equilibrar la situación de los hijos “legítimos” e “ilegítimos”: la Ley 1060. Así las cosas, la época de su expedición y la finalidad de la referida legislación hacen poco probable que allí se promoviera un injusto desequilibrio entre descendientes.

Inclusive, la modificación que introdujo el legislador de 2006 eliminó la discriminación que hoy advierte la Sala, pues derogó expresamente el artículo 221 del Código Civil, que otorgaba a los interesados la posibilidad de proponer la excepción siempre y cuando «*hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del **pretendido hijo legítimo***», caso en el cual podrían «*oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo (...)*».

En su lugar, se reitera, esa posibilidad de defensa se estableció para el evento en que los interesados «*hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes [relictos] sin contradicción **del pretendido hijo***», eliminando la exigencia de legitimidad del

descendiente y permitiendo así superar cualquier discusión en torno a una posible discriminación de la norma en su redacción inicial.

(v) El hecho de que el artículo 219 del Código Civil figure solo en el acápite que atañe a «*los hijos legítimos concebidos en matrimonio*» pudo obedecer a múltiples razones, siendo la más probable una simple omisión legislativa –salvable mediante el uso de la analogía–, derivada de la naturaleza de la «*excepción de ilegitimidad*», que, como lo indica su nombre, se concibió como vía para atacar la condición de hijo “legítimo”, relevante para el Código Civil de Chile, una de las principales fuentes de nuestras instituciones de derecho privado.

Como en esa codificación extranjera el hijo “ilegítimo” se consideraba heredero del último orden, no del primero (que estaba reservado para la descendencia legítima), era útil discutir la referida condición del reclamante de la herencia, valiéndose de la «*excepción de ilegitimidad*». Ello explicaría que la herramienta solo se hubiera previsto en el aparte dedicado a los hijos “legítimos” –la oposición no tendría sentido en tratándose de “ilegítimos”–, y que así se hubiera reproducido al redactar nuestro propio Código Civil, inadvertidamente.

Y francamente debió ser así porque en Colombia esa odiosa distinción entre hijos no fue contemplada en el derecho positivo, razón por la cual discutir la condición de descendiente “legítimo” no resulta provechoso. Ello explica que la defensa se utilizara para impugnar el vínculo paterno o maternofilial propiamente dicho, y que, en consecuencia, el

texto novedoso de la ley buscara explicitar esa función material –que tiene efectos similares frente a las acciones de petición de herencia iniciadas por pretendidos descendientes de cualquier clase–, pasando por alto lo restrictivo del título donde se ubicaba la pauta normativa, pero asegurándose el legislador de eliminar de la nueva redacción la distinción antes contenida, que solo otorgaba la posibilidad de proponer la excepción frente al hijo legítimo.

Lo anterior equivaldría a decir que la hermenéutica restrictiva que otrora se defendió daba a la ubicación de la norma una relevancia que no tenía, pero con ello no buscaba crear, ni creó tampoco, diferencias injustificadas entre hijos. De ahí que comparta la conclusión de la sentencia mayoritaria, pero que lo haga con apoyo en premisas distintas, que no tienen que ver con la discriminación entre descendencia “legítima” e “ilegítima”, que existió como evento histórico innegable, pero que fue expresamente superada por la redacción de la nueva disposición y que, por lo tanto, no parece relacionada con el debate aquí planteado.

Las razones expuestas fundamentan mi aclaración de voto, con comedia reiteración de mi respeto por la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado**

## **Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):**

Luis Alonso Rico Puerta

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 88D1417FE7B87DAD8FF57C3CB06341425FBE7D2688002F0B71A2F25A784DBE43**

**Documento generado en 2022-06-02**