



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

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

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala y aunque comparto en su totalidad la argumentación del veredicto aprobado, comedidamente me permito efectuar la siguiente clarificación sobre las razones que me llevaron a sumarme a la posición mayoritaria.

1. La plenitud hermética del ordenamiento jurídico.

1.1. El derecho ha girado alrededor de la presunción de la «*plenitud hermética del ordenamiento jurídico*», entendida como la suposición de que el legislador previó soluciones para todos los problemas jurídicos que enfrenta la sociedad, bien por normas expresas, ora por mecanismos de integración.

Como consecuencia, los tribunales tienen el deber de no rehusar «*en ningún caso... el fallo por causa de que no exista previamente formulada una norma concerniente al asunto planteado, pues entonces deberán resolver según los principios generales del Derecho... Y tiene necesariamente que ser así, porque el Derecho es esencialmente una relación de seguridad jurídica, impuesta autártica o inexorablemente; y,*

por eso, cuando surge un conflicto interhumano, el Derecho ha de pronunciar forzosamente una decisión, bien de regulación positiva, por ejemplo, atribuyendo a alguien un determinado deber, a otro alguien un determinado deber y a otro alguien un cierto derecho subjetivo; bien de garantía normativa, consagrando una esfera de libertad»¹.

Así mismo, por fuerza de la plenitud hermética, los operadores judiciales deben superar las contradicciones existentes entre diversas normas, también denominadas antinomias, como forma de evitar atentados contra la seguridad jurídica.

No en vano la Corte «*considera a las reglas jurídicas como elementos de un sistema, razón por la que la interpretación de las mismas se orienta hacia su armonización dentro de éste, **con el fin de evitar incompatibilidad de unas normas con otras, o que éstas sean contrarias al propio conjunto normativo***» (negrilla fuera de texto, SC, 19 dic. 2012, rad. n.º 2006-00164-01).

1.2. Sin embargo, la mencionada presunción no es más que eso, pues es imposible un sistema que prevea todas las soluciones requeridas por los asociados o cuyos preceptos sean de tal claridad que alcancen un entendimiento pacífico y generalizado. Existirán casos excepcionales en que se enarbole la inseguridad jurídica frente a la imprevisibilidad

¹ Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del Derecho*, 12 ed., Ed. Porrúa, México, 1997, pp. 205 y 206.

de las decisiones judiciales y, eventualmente, un trato desigual producto de decisiones *ad hoc*.

La anomia legislativa se hace aún más patente en la modernidad de cara a los repentinos y gigantescos avances sociales y tecnológicos, que han obligado a los jueces a adoptar determinaciones en escenarios improbables e, incluso, impensados por el legislador decimonónico, tales como la globalización, investigación en genética, tecnología molecular, nuevos sistemas de información, desmaterialización, actividades peligrosas, multiverso, cadenas de bloques, etc.

Ya la Sala de Casación Civil ha puesto de relieve esta realidad:

*La evidencia palpable de los avances de la ciencia a límites insospechados, ha puesto en aprietos la tarea del juez, quien so pretexto de tener ante sí el universo jurídico concebido de manera que en él quepan cualesquiera situaciones jurídicas, a modo de plenitud hermética de que ha hablado algún autor, deberá siempre fallar secundum jus. **Y así ante otrora inimaginables contratos -alquiler de vientres-, o procedimientos -clonación-, se enfrenta el juez a la dura tarea de concebir, en aras de la búsqueda del ideal de lo justo, la norma aplicable y su ductilidad para que en ella se comprendan más aspectos que los que tuvo en mente el propio legislador** (negrilla fuera de texto, SC, 10 mar. 2000, exp. n.º 6188).*

2. La certeza e indeterminación relativa del derecho.

2.1. En el escenario de la plenitud hermética del orden jurídico los jueces tiene una función claramente acotada, en el sentido de que deben circunscribirse a establecer los

supuestos normativos de los casos sometidos a su conocimiento, sin alterarlos o modificarlos, ni siquiera, por vía de interpretación, con el propósito de hacer el juicio de subsunción de la plataforma fáctica esclarecida en el litigio.

Tal fue la pretensión del racionalismo de los siglos XVIII y XIX, según el cual los jueces son la mera boca de la ley, en exclusión de la posibilidad de «*crear*», «*derogar*» o «*modificar*» las normas emanadas del legislativo, so pena de socavar la esencia de la separación de poderes.

Así lo señaló Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu:

*En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil... **No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que juez sería legislador***² (negrilla fuera de texto).

No es gratuito que Napoleón Bonaparte, al referirse al Código Civil francés, haya señalado que su fracaso estaría de la mano de los jueces, si éstos exceden el tenor literal de las prescripciones allí contenidas. Afirma la doctrina, refiriéndose a dicho momento histórico, que «*el Código civil debe ser venerado como lo son los textos sagrados por los teólogos. El Código civil contiene el conjunto de reglas del Derecho civil. **Cualquier dificultad debe poder ser***

² Charles Louis de Secondat, *El Espíritu de las Leyes*, 1748 , p. 125, versión *on line* consultada en *www.sijufor.org*.

subsanada ateniéndose a la letra de la ley. *‘Toda la ley, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón’, dice Bugnet, uno de los autores afiliados a [la] escuela [de la exégesis]»³ (negrilla fuera de texto).*

2.2. Tal pretensión, como ya se anticipó, no pasó de ser una aspiración. El mismo Hans Kelsen, el más reconocido expositor del positivo normativista, asintió que el juez tiene un poder creativo similar al de otros poderes públicos; incluso, *«[l]a tentativa de limitar esa autorización a los casos no previstos por el legislador, fracasa ante el hecho de que el legislador no puede determinar justamente esos casos; si pudiera hacerlo, los regularía él mismo positivamente. La suposición que efectúa el tribunal de que el caso no ha sido previsto por el legislador, y que el legislador hubiera configurado de otra manera el derecho, si hubiera previsto el caso, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable»⁴.*

Y refiriéndose a la interpretación dijo: *«La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. **Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad**, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto»⁵ (negrilla fuera de texto).*

³ Rémy Cabrillac, *El Derecho Civil Francés desde el Código Civil*. En Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXII, n.º 2, diciembre 2009.

⁴ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 257.

⁵ *Ibidem*, p. 350.

Esclarecedora es la explicación brindada por el filósofo y escritor Estanislao Zuleta:

Que leer es trabajar, quiere decir ante todo que no hay un tal código común al que hayan sido ‘traducidas’ las significaciones que luego vamos a descifrar. El texto produce su propio código por las relaciones que establece entre sus signos; genera, por decirlo así, un lenguaje interior en relación de afinidad, contradicción y diferencia con otros ‘lenguajes’, el trabajo consiste pues en determinar el valor que el texto asigna a cada uno de sus términos, valor que puede estar en contradicción con el que posee el mismo término en otros textos⁶.

2.3. Lo anterior no significa que se esté frente a una absoluta indeterminación normativa o que el decisionismo judicial sea la bandera de todos los ordenamientos jurídicos. En verdad, la labor legislativa tiene un rol central dentro de los estados democráticos y sus mandatos deben ser observados por todos los administrados; sin embargo, como con independencia de la acuciosidad con que se adelante, no puede garantizarse una respuesta a todas las necesidades de la sociedad, ni la absoluta claridad de los preceptos normativos, los operadores judiciales están llamados a ejercer su labor integrativa y hermenéutica, pero sometidos al marco general y especial dispuesto por el poder legislativo.

Indica la doctrina:

[L]a tesis de la discreción presenta un aspecto descriptivo y un aspecto normativo. El aspecto descriptivo de la tesis de la discreción consiste simplemente en la constatación de que el sistema jurídico presenta insuficiencias que suelen ser colmadas por la actividad discrecional del juez basada en estándares

⁶ Estanislao Zuleta, *Sobre la Lectura*, 1982, p. 4

morales sociales. El aspecto normativo de la tesis de la discreción judicial expresa la conveniencia de que exista discreción judicial, formula un juicio positivo acerca de la necesidad de cierta discreción por parte de los operadores jurídicos 30. Este aspecto normativo de la discreción judicial reclama alguna teoría de la argumentación jurídica que guíe al juez y presupone su conveniencia»⁷.

De allí que la Sala haya doctrinado: «*Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre derecho y ley escrita... El juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales*» (SC, 23 jun. 1958, GJ LXXXVIII, n.º 2198; reiterada SC3627, 2 nov. 2021, rad. n.º 2014-58023-01).

Lo anterior explica que, incluso frente a la claridad de los enunciados normativos, el órgano de cierre haya propugnado por adelantar una labor interpretativa, dentro de la objetividad que emana de ellos:

El elemento gramatical o literal indica que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Para algunos, esta disposición adjudica la claridad de la ley a su tenor literal, al grado que expresan: “La obra del intérprete, como

⁷ Alfonso García Figuerola, *La Tesis del Caso Especial y el Positivismo Jurídico*. En DOXA, n.º 22, 1999, p. 204.

hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador, y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita” (Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Nascimento-Santiago, 1941).

Otros en cambio exponen que una detallada lectura del precepto ilustra que la “claridad” proviene no propiamente de las palabras de las que se valió el legislador, sino del sentido, contenido o alcance que el mismo pueda tener (ratio legis), deducción afinada, además, en un dato histórico: Andrés Bello tomó el criterio gramatical del artículo 13 del Código Civil de Louisiana de 1825: “Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad, su tenor no puede ser desconocido, bajo el pretexto de buscar su espíritu”, y adrede lo modificó para dejarlo así: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” (Ducci Claro, Carlos. Interpretación Jurídica en General y en la Dogmática Chilena. Editorial Jurídica de Chile. Páginas 91 a 193).

Este último es, precisamente, el entendimiento que la Corte le ha dado recientemente al método de interpretación gramatical, al decir que “el sentido y alcance de la norma se mide por su intención y no por las palabras con que ella se exterioriza”; agregando que “[a]unque en algunas ocasiones la redacción misma del precepto de que se trate refiere de manera explícita la finalidad que va envuelta en la ley (ratio legis); ello no ocurre todas las veces, por lo que a menudo es preciso indagar por esa intención a la luz de las reglas de interpretación previstas en la ley civil o, en su defecto, se determinará su sentido genuino “del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación”, esto es según el significado que adquiera la norma dentro del contexto del sistema jurídico; y a partir de los dictados de la equidad natural. (Artículo 32 C.C.)” (sentencia de casación de 14 de diciembre de 2012, exp. 00058-01).

Así las cosas, la labor interpretativa de una norma de ninguna manera puede circunscribirse, exclusivamente, a las palabras en las que se expresa, sino que, su verdadero

sentido conlleva un análisis integral del texto, su historia, la relación con otros preceptos, y la finalidad perseguida con ella (negrilla fuera de texto, SC, 18 dic. 2013, rad. n.º 2007-00143-01).

3. Los casos difíciles.

3.1. El reconocimiento de una «*indeterminación*» en el derecho adquiere relevancia según las particularidades del caso concreto. Total, frente a hipótesis simples, esto es, en la que existe una norma expresa que prevé las consecuencias jurídicas, la cual no reviste complejidad en su interpretación, su aplicación deviene indiscutible. No sucede frente a situaciones novedosas o con exegéticas contradictorias, donde se hace evidente la labor integradora de la autoridad judicial.

Así lo propuso H.L.A. Hart al referirse a la interpretación del derecho, al distinguir los casos claros y difíciles, para remarcar que la textura abierta del lenguaje puede conducir a escenarios de perplejidad. De forma literal explicó:

Los cánones de 'interpretación' no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres [de la textura abierta del lenguaje]; porque estos cánones son a su vez, reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación.

Ellos no pueden -y en eso no difieren de otras reglas- proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático", son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas⁸.

3.2. Para enfatizar, los casos «fáciles» son los que cuentan con una respuesta clara en el ordenamiento jurídico y, por ende, los jueces deben privilegiar el silogismo judicial y los criterios gramaticales de interpretación para su resolución. Los casos difíciles, por su parte, se caracterizan por que el ordenamiento jurídico no les brinda una solución o la norma que los gobierna presenta oscuridades, haciéndose necesario acudir a nuevos criterios hermenéuticos: la ponderación.

Manuel Atienza señala que «casos fáciles son aquéllos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa». Distinción que deviene trascendental, según lo relata el citado autor, por cuanto es asentido que:

⁸ Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 158.

[L]a justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles... la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión -en esto conviene insistir- no es una decisión... sino una norma... Por el contrario, en los casos difíciles -cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas- la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente a un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica... deben añadirse los de la llamada 'razón práctica' que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.⁹

4. El artículo 219 del Código Civil: un caso difícil.

4.1. El canon del epígrafe, que hace parte del título destinado a regular lo tocante a «*los hijos legítimos concebidos en matrimonio*», establecía, en su redacción original, la posibilidad de que los herederos del marido o cualquier persona que sufriera un perjuicio actual pudiera acudir a la acción de impugnación, siempre que el padre fallezca «*antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo*». Evento que se excluye «*si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público*».

Sobre este precepto la doctrina especializada enseña:

Si el marido no alcanza a impugnar la legitimidad del hijo dentro del término mencionado [60 días], la acción la pueden ejercer los herederos y en general toda persona que justifique un interés serio (C.C., art. 219), pero siempre que se den los siguientes requisitos: a) que el marido haya muerto sin tener conocimiento del parto de su mujer o antes de vencerse los sesenta días de que dispone para

⁹ Manuel Atienza, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. En *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 6, abril 1997, pp. 8 y 9.

ejercer la acción; b) que el marido no haya reconocido en forma expresa como suyo al hijo, ya por testamento o por otro instrumento público; c) que la acción la ejerzan los herederos o los interesados en los mismos términos en que podía hacerlo el marido (C.C., arts. 219 y 221).

Debe notarse que los herederos y los interesados gozan del plazo de sesenta días a partir de aquel en que tengan conocimiento conjunto tanto del parte como de la muerte del marido... y desde luego se entiende que estas personas tienen siempre el plazo de sesenta días en las mismas condiciones en que el marido podía adelantar la acción en cualquier tiempo...¹⁰.

Además, se clarificó que *«se entiende por interés actual, todo interés pecuniario directo e inmediato, y no... todo interés efectivo. Habrá, pues, perjuicio actual, siempre que la pretendida legitimidad prive al demandante de un derecho que con ello forzosamente había de corresponderle»¹¹.*

El juicio de impugnación, este contexto normativo, concernía únicamente al padre, con la única excepción de que esta acción pudiera ejercerse por los sucesores de aquél, cuando la muerte truncara la posibilidad de invocarla dentro del plazo legal. La Corte doctrinó que *«sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia»* (SC, 26 ab. 1940, G.J n.º XLIX).

De forma adicional la ley 75 de 1968 permitió que la impugnación pudiera promoverse por las hijas o hijos del presunto padre, con el fin de determinar su verdadera

¹⁰ Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo V, Ed. Temis, 1962, pp. 261 y 262.

¹¹ Fernando Vélez, *Estudios sobre Derecho Civil Colombiano*, Paris-América, 1926, p. 219.

filiación. Así lo asintió el inciso segundo del artículo 3º, a saber: «*El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal*».

4.2. Sin embargo, la ley 1060 de 2006 introdujo un nuevo paradigma respecto a la legitimación por activa de la impugnación de paternidad, al ensanchar el número de personas que podían acudir válidamente a esta acción, a condición de que tengan un interés actual.

A partir de esta ley, «*resulta claro que la impugnación del reconocimiento puede ser propuesta por el padre y el hijo, amén de los ascendientes de aquel y, en general, por quien demuestre un interés actual, cierto, concreto y susceptible de protección (arts. 248 y 335 C.C.; 5º Ley 75/68)*» (SC, 26 sep. 2005, rad. n.º 1999-0137; en el mismo sentido SC, 21 en. 2009, rad. n.º 1992-00115-01).

4.2.1. Es cierto que la pretensión inicial del proyecto legislativo era dinamizar el sistema de impugnación de paternidad con la incorporación de la prueba genética de ADN y la unificación de los términos para promover la reclamación judicial¹².

¹² Cfr. Exposición de motivos, Proyecto de Ley 134 de 2004 de la Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso n.º 472 de 26 de agosto de 2004: «*El término para impugnar la paternidad en nuestra legislación no corresponde a los postulados establecidos en los Principios Universales de los Derechos Humanos y la Constitución Política de 1991; ya que el Código Civil establece términos diferentes para unos y otros (Padres e Hijos), contrariando y violando los postulados generales. Este término, como autor de este proyecto, debe ser igual para los integrantes del núcleo familiar, padre,*

No obstante, desde la primera ponencia se amplió su objetivo con la incorporación de ajustes en punto al «*inici[o] [de la] acción de impugnación de la paternidad; igualmente busca consagrar un término de caducidad de la acción, para efectos de generar la seguridad jurídica tan necesaria para efectos de la definición de la paternidad de las personas*»¹³.

4.2.2. De forma concreta, el artículo 7º de la ley 1060 de 2006 modificó el precepto 219 del Código Civil, incorporando importantes ajustes a la acción otorgada a los herederos del presunto padre, como refulge de la siguiente comparación:

Código Civil (versión original)	Artículo 7º de la ley 1060 de 2006
Si el marido muere antes de vencido el término que le conceden las leyes para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo en los mismos términos los herederos del marido, y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual.	<u>Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el término para impugnar será de 140 días.</u>
Cesará este derecho si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.	<u>Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público.</u>
	<u>Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin</u>

madre e hijos... El descubrimiento médico-científico de la Prueba Genética de ADN hace que sea prioritario y de manera urgente modificar el Código Civil Colombiano, el cual debe evolucionar con una doctrina dinámica, justa y actualizada, ya que el Código Civil en aspectos como la presunción ha permanecido rígido y estático, no está acorde con la realidad, debe actualizarse tal y como lo hicieron de manera oportuna muchos países del mundo, que consideraron que esta Prueba Genética de ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad. De otro lado, confirma o desvirtúa las obligaciones respecto de unos y otros y evita los serios conflictos al interior de la familia, originados por el engaño y la infidelidad».

¹³ Ponencia para Primer Debate al Proyecto de la Ley n.º 297 de 2005 Senado, 134 de 2004 Cámara, Gaceta del Congreso n.º 691 de 3 de octubre de 2005.

	<u>contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.</u>
--	---

Reluce que, la nueva regulación concedió al sucesor una acción autónoma, diferente a la del causante, encaminada a cuestionar la filiación del pretense hijo, siempre que busque salvaguardar su derecho sucesoral. En palabras de la Corte:

[F]allecido el presunto padre, sus herederos tienen interés jurídico para obrar de contenido moral y económico en que se declare que quien pasa por hijo del causante realmente no lo es, en razón de la ausencia de vínculo biológico entre aquel y este, pero también tienen un interés jurídico para obrar quienes adquieren los derechos económicos que en la sucesión del causante les puedan corresponder a los primeros (SC16279, 11 nov. 2016, rad. n.º 2004-00197-01).

Al nuevo mecanismo se le fijó un término de caducidad, con reglas para su contabilización, aunque se mantuvo la excepción de antaño, en el sentido de excluir la impugnación frente a la voluntad del padre de reiterar su reconocimiento. Así se indicó en la exposición de motivos del proyecto de ley:

En cuanto al artículo 219, extendida la titularidad a los terceros que acrediten sumariamente interés en la impugnación de la paternidad o de la maternidad, pueden hacer parte los ascendientes, siempre y cuando no exista un reconocimiento expreso del hijo en testamento o cualquier otro instrumento público, toda vez que la voluntad del causante debe ser respetada. Se introduce un término de 180 días para que los herederos puedan impugnar con el fin de que no quede indefinido el término a fin de no propiciar una inseguridad jurídica¹⁴.

¹⁴ *Ídem.*

Por último, se añadió una regla, tocante a la posesión efectiva de los bienes, aunque sin una explicación sobre su necesidad u objeto.

4.3. A pesar de las bondades que trajo la reciente normatividad, lo cierto es que supuso retos interpretativos relevantes, en particular: (I) su ubicación en el Código Civil hace que sea aplicable únicamente a la paternidad matrimonial, esto es, con exclusión de los «*hijos legitimados*», lo que generó respuestas jurídicas desiguales frente a personas en condiciones equivalentes; y (II) la introducción de una «*excepción*» en favor de los poseedores de los bienes del causante, sin un antecedente legislativo y con una redacción obscura, dificultó establecer su contenido prescriptivo.

Estas complejidades dieron lugar a que la Sala, en diversos fallos de tutela, profiriera decisiones contradictorias, como fue puesto de presente en el veredicto aprobado por Sala.

Sin duda, la aplicación del artículo 219 del Código Civil comporta un caso difícil, por el vacío existente frente a la impugnación de paternidad por parte de los herederos del padre que ha efectuado reconocimiento voluntario y por el alcance de la protección en favor de los poseedores de los bienes hereditarios, el cual estaba en mora de ser abordado por el máximo órgano de la jurisdicción privada en sede de casación, con el fin de cumplir con su misión de unificar la

jurisprudencia y definir la doctrina vinculante para los demás operadores judiciales.

5. La resolución propuesta.

5.1. La ponderación es el método al cual debe acudir para resolver las perplejidades que comporta la entrada en vigencia del canon 7º de la ley 1060 de 2006, modificatorio del artículo 219 del Código Civil, conformada por tres (3) subprincipios, a saber:

a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo– para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: ‘cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro’¹⁵.

5.2. La Sala, aunque sin afirmarlo expresamente, acudió a la ponderación para resolver los problemas jurídicos denunciados, de allí que sea procedente sumarme a sus argumentos.

Así se desprende del hecho de que se invocaran normas constitucionales (principio de adecuación), se buscara maximizar la garantía de igualdad (principio de necesidad) y

¹⁵ José Juan Moreso, *Alexy y la Aritmética de la Ponderación*. En Robert Alexy, *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 225 y 226.

finalmente se presentara una evaluación sobre las consecuencias de las variadas interpretaciones (principio de proporcionalidad).

5.2. Y es que, en el escenario de una norma que permite acudir a la impugnación frente a la filiación matrimonial, sin prever lo mismo para las demás formas, sin que se advierta una justificación para este tratamiento dispar, es menester trascender de la simple ubicación del precepto en el Código Civil y buscar la satisfacción de caros principios constitucionales como la igualdad y la familia.

Deviene como consecuencia que, la acción a que se refiere la norma de marras, debe estar disponible incluso para cuestionar el reconocimiento de los antiguamente denominados «*hijos legitimados*», como en efecto lo asintió la Sala. Máxime por cuanto esta hermenéutica, en reciente pronunciamiento, fue anticipada:

En cuanto se refiere a los herederos del causante... el plazo para accionar principiará a correr según la situación de hecho, huelga enfatizarlo: (i) para los hijos nacidos antes del deceso del causante, el término contará desde el fallecimiento de éste; y (ii) para los descendientes póstumos a la defunción, el nacimiento de éstos será el hito inicial para el conteo del plazo de caducidad...

Plazos que tienen aplicación, no sólo frente a la impugnación de paternidad matrimonial, sino también frente a los hijos reconocidos de forma voluntaria por el causante, por fuerza de los siguientes cánones:

Artículo 248 del Código Civil. En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes:

1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal.

2. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada.

No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad.

Artículo 5º de la ley 75 de 1968. El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil.

Tal es el criterio de la Sala sobre la materia: «para destruir ese aparente vínculo filial, específicamente con relación a los hijos no nacidos durante la vigencia de la unión marital o el matrimonio, a los que no se aplica la paternidad presunta, el artículo 248 del Código Civil, estableció [las] causales de impugnación» (SC1175, 8 feb. 2016, rad. n.º 2010-00308-01)... (SC1171, 8 ab. 2022, rad. n.º 2012-00715-01).

5.3. En punto a la interpretación del inciso final del citado artículo también deviene imperativo acudir a la ponderación, única forma de superar la obscuridad que se asienta en su deficiente redacción.

Y es que, una lectura detallada del precepto, desvela que los siguientes son los elementos para invocar la aplicación de la defensa: (I) Legitimación por activa: interesados que estén en posesión efectiva de los bienes del causante; (II) Legitimación por pasiva: pretendido hijo del fallecido; (III) Ingrediente objetivo: falta de oposición del pretendido hijo a la posesión efectiva de los bienes por terceros; (IV) Consecuencia jurídica: invocar una excepción para disputarle los derechos al pretendido hijo; (V) Temporalidad de la defensa: puede alegarse en cualquier tiempo.

De estos enunciados reluce la falta de precisión sobre quiénes son «*interesados*» que pueden formular la excepción, ni cuál es el alcance de la «*posesión efectiva de los bienes*», con el fin de clarificar si corresponde a cualquier tercero que sea poseedor de los activos herenciales o son los pretensos herederos que se oponen al reconocimiento y que obtuvieron la adjudicación del mencionado activo.

Tampoco hay perspicuidad sobre la noción «*sin contradicción*», con el fin de desentrañar si corresponde a la ausencia de reclamación frente a la pérdida voluntaria o forzosa de los bienes en manos del hijo presunto, o si se requiere la formulación de una acción de petición de herencia y la temporalidad para estos fines.

Falta claridad en la locución «*excepción*», por no haberse definido a cuál de ellas se refiere, máxime pues la norma no utiliza esta palabra de ninguna forma: podría corresponder a la defensa de «*impugnación de paternidad*», o a la «*prescripción adquisitiva de los bienes herenciales*», así como a cualquier otro medio de defensa.

La indeterminación que ha sido descrita en precedencia invita a que se tome partido por una interpretación de todas las posibles, bajo el entendido que debe ponderarse el derecho del hijo o de la hija, frente al que pretenden otros sucesores o incluso terceros poseedores, el cual puede resolverse en cualquiera de los sentidos.

En aras de garantizar la unificación jurisprudencial, posible únicamente por medio de acuerdos incompletamente teorizados, resulta procedente adherirme a la posición mayoritaria, bajo la consideración de que la buena fe salvaguarda los derechos de quien entró en posesión de los bienes herenciales, incluso frente a la reclamación del descendiente.

6. En los términos precedentes dejo sentada mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

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: 8A97926980984A61AA77255526D4AB6017EA06DCE4CC0517D96F2BE0E8A9ACF2

Documento generado en 2022-06-01