

Sentencia SU214/16

Referencia: expediente T- 4.167.863
AC

Acciones de Tutela formuladas por:
(i) Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto, contra la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali (Exp. T- 4.167.863); (ii) Gustavo Trujillo Cortés, en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegada para Asuntos Civiles-, contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C. (Exp. T-4.189.649); (iii) William Alberto Castro Franco, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Tercera (3) de Bogotá D.C. (Exp. T-4.309.193); (iv) Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, contra la Notaría Teinta y Siete (37) del Círculo Bogotá D.C. (Exp. T-4.353.964); (v) Gustavo Trujillo Cortés, en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegada para Asuntos Civiles-, contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá D.C. (Exp. T-4.259.509); y (vi) Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas (Exp. T-4.488.250).

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa -quien la preside-, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias: (i) del treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto (44) Civil del Circuito de Santiago de Cali, Valle del Cauca; (ii) del veintitrés (23) de octubre de 2013, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión; (iii) del día veinticinco (25) de noviembre de 2013, emitida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C.; (iv) del día veinticinco (25) de abril de 2014, sustanciada por el Juzgado Dieciseis (16) Civil del Circuito de Bogotá D.C.; (v) del día veintinueve (29) de octubre de 2013, resuelta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.; y (vi) del día nueve (09) de mayo de 2014, decidida por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Civil-Familia.

Los expedientes T- 4.167.863, T-4.189.649, T-4.309.193, T-4.353.964, T-4.259.509 y T-4.488.250, fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia para ser fallados en una sola sentencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, las pruebas y las decisiones judiciales de cada uno de los expedientes:

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, las acciones de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. EXPEDIENTE T- 4.167.863

1.1. Solicitud

Los señores Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto solicitan al juez de tutela el amparo de sus derechos fundamentales a la protección de la familia, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad, entre otros. Reclaman que se revoque la sentencia de segunda instancia emitida por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Santiago de Cali, Valle del Cauca y, en virtud de ello, se ordene a la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali, Valle del Cauca, que acepte y admita la solicitud de matrimonio civil presentada el día 20 de junio de 2013, en aplicación de la Sentencia C-577 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.

1.2. Hechos

Los actores expresan que el día 20 de junio de 2013, en ejercicio de sus derechos, presentaron ante la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali solicitud de celebración de matrimonio civil con el lleno de los requisitos para su admisión.

En respuesta, la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali, rechazó la solicitud, por considerar que carecía de competencia constitucional para autorizar el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo. Sostuvo que el Congreso de la República no había legislado sobre la materia y, por otro lado, que el vínculo contractual fue definido en la Sentencia C-577 de 2011 como “*vínculo contractual entre parejas del mismo sexo*”.

En consecuencia, los actores decidieron formular acción de tutela en contra de la decisión adoptada por la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali, el día 10 de julio de 2013, por considerar que con ella se vulneran sus derechos fundamentales al ser tratados como personas de “*segunda clase*” y tener una orientación sexual diferente a la heterosexual. Aseguran que esta negativa obstaculiza las pretensiones de la comunidad homosexual a conformar familias, bajo el amparo de las normas civiles vigentes.

1.3. Argumentos jurídicos de la tutela

Los accionantes aseguran que la solicitud de amparo reúne los requisitos de procedibilidad contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, toda vez que ante la decisión de la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali no existe otro mecanismo de defensa ordinario y, además, la acción fue interpuesta 19 días luego de proferida la decisión.

En relación con los fundamentos jurídicos, aducen que la Sentencia C-577 de 2011 reconoció el derecho fundamental de las parejas del mismo sexo a solemnizar y formalizar la “*voluntad responsable de conformar una familia*” de acuerdo con la ley civil vigente, en atención a que la Corte consideró que el matrimonio entre parejas de distinto sexo no implica la prohibición expresa del matrimonio igualitario.

En este mismo sentido, alegan que la decisión adoptada por la Notaría accionada vulnera los siguientes derechos fundamentales de las parejas homosexuales: (i) a la protección familiar, en tanto se les impide conformarla legalmente; (ii) a la dignidad humana, ya que la falta de legalización en esta materia afecta su derecho a la autonomía (vivir bien) en tanto los reduce a una comunidad de “*segunda clase*”; (iii) al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que se restringe su derecho a la autonomía personal, expresado en la voluntad responsable de conformar una familia; (iv) a la personalidad jurídica, puesto que al no poderse casar se les impide el cambio de estado civil y con esto se les oculta su realidad; (v) al debido proceso, porque la Notaría incurrió en una vía de hecho al interpretar la Sentencia C-577 de 2011 en contra de los intereses de la comunidad homosexual; (vi) a la igualdad, en atención a que la decisión de la Notaría se basó en dos conceptos discriminatorios como los son la orientación sexual y el origen familiar, y (vii) la medida no cumple con una finalidad constitucional imperiosa.

Finalizan su exposición afirmando que es inadmisibles, desde la perspectiva del constitucionalismo, que se use como objetivo legítimo la protección de un concepto “*tradicional*” del matrimonio para realizar una diferenciación por razones de orientación sexual y origen familiar. Aseguran que, aún si se aceptara la existencia de una finalidad constitucionalmente imperiosa, la medida no es necesaria para lograr el fin buscado, toda vez que la Notaría accionada pudo haber celebrado el matrimonio, ya que no existe conexión alguna entre la diferenciación realizada y el fin buscado, puesto que el matrimonio homosexual en nada afecta al vínculo solemne heterosexual.

1.4. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Once (11) Civil Municipal de Cali admitió la demanda. Ordenó comunicar esta decisión a la Notaría Cuarta (4) del Circuito de Cali para que presentara su posición frente a los hechos y pretensiones de libelo y notificar a la Superintendencia de Notariado y Registro.

1.4.1. Respuesta de la Superintendencia de Notariado y Registro

En escrito presentado el día 17 de julio de 2013, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro describió los términos del libelo instaurado. Expresó que esa entidad se encuentra al servicio de la comunidad en desarrollo de función misional conforme a la Constitución y la ley; sin embargo, adujo, que es improcedente la expedición de instrucciones administrativas que afecten el desarrollo de las funciones otorgadas a los notarios por las normas positivas de orden público, toda vez que la función de orientación frente a los notarios implica únicamente *“impartir instrucciones de carácter general, dictar las resoluciones y demás actos que requiera para la eficiente prestación de los servicios públicos de notarios y registro de instrumentos públicos”*.

Expuso que mediante Sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que legislara sobre las uniones de parejas del mismo sexo y dispuso que, a partir del 20 de junio de 2013 los Notarios debían solemnizar y formalizar estos vínculos contractuales, si para esta fecha el Congreso de la República no había regulado la materia. Resaltó que este vínculo debía solemnizarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte y de conformidad con las competencias establecidas para la función pública notarial.

1.4.2. Respuesta de la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali

El día 17 de julio de 2013 la Notaría accionada presentó escrito de contestación de la demanda, en el cual se opuso a los hechos y pretensiones del libelo bajo los siguientes argumentos:

Adujo que los alcances y efectos del pronunciamiento realizado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011 no son claros, por lo que alrededor de este fallo existe un amplio debate nacional.

Expuso que como Notario no cuenta con competencia constitucional para formalizar y solemnizar esta clase de uniones, ya que éstas no han sido consagradas en la Constitución, y además, porque la Sentencia C-577 de 2011 definió el matrimonio como *“una forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales”*.

Por último, aseguró que es improcedente la aplicación analógica de la

regulación del matrimonio civil para las uniones solemnes homosexuales.

1.5. Decisiones judiciales

1.5.1. Decisión de primera instancia

El día 24 de julio de 2013, el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Cali, Valle del Cauca, profirió fallo de primera instancia en el cual resolvió amparar los derechos fundamentales invocados, en consideración a las siguientes razones:

Mediante Sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional dio un giro radical en su jurisprudencia frente al tema de las uniones entre parejas del mismo sexo, bajo el entendido que la alusión a la familia monogámica heterosexual no significaba una prohibición expresa o exclusión de otras formas de conformación familiar como es el caso de la familia homosexual.

Aseveró que para garantizar el derecho fundamental a la igualdad de las parejas del mismo sexo y resolver el déficit de protección constitucional existente, es necesaria la aplicación de las disposiciones que rigen el matrimonio, ya que es la única figura jurídica que ofrece las garantías legales pretendidas.

1.5.2. Impugnación

1.5.2.1. Los accionantes

Ante la decisión proferida por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Cali, las partes decidieron impugnarla mediante escritos en los que se manifestaron los siguientes motivos de inconformidad:

El extremo pasivo consideró válida y respetable la interpretación realizada por el fallador de primera instancia a la Sentencia C-577 de 2011; sin embargo, nunca existió un pronunciamiento de fondo respecto de los argumentos presentados por la defensa sino una transcripción realizada por el *a quo* de los argumentos de los actores, la cual, a su vez, generó la imposibilidad de impugnar en debida forma, puesto que no se tiene conocimiento de las razones que llevaron a desechar la posición de la defensa.

Por otro lado, los accionantes Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto impugnaron la decisión de primera instancia bajo el argumento que

el juzgador omitió su solicitud de otorgar al vínculo que realizan la denominación de “Matrimonio Civil” y no aquella de “Contrato”.

Adicionalmente, los ciudadanos que a continuación se relacionan presentaron sendos escritos de impugnación, con los mismos argumentos de inconformidad: Julio César Muñoz; Betty Valiente Corredor; Yeimy Alexandra Acosta Guerrero; Leidy Viviana J. Gallego. Las razones que motivaron la interposición del recurso fueron las siguientes:

Aseguran que el derecho a la igualdad y el principio del libre desarrollo de la personalidad han sido desdibujados para dar lugar a interpretaciones que generan discusiones, toda vez que la interpretación constitucional debe partir del principio general según el cual la igualdad se predica entre iguales y no entre desiguales, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina. Agregaron que no se puede menospreciar la obligación del Estado de proteger *“especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan”*, y quién sino los niños como principales destinatarios de dicha garantía.

Mencionaron que el juez de tutela incurre en una imprecisión al equiparar el matrimonio civil con el vínculo contractual para parejas del mismo sexo, si se tiene en cuenta que el artículo 113 del Código Civil dispone que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer, expresión declarada exequible en Sentencia C-577 de 2011.

En este mismo sentido, los siguientes ciudadanos presentaron sendos escritos de intervención, solicitando la revocatoria del fallo impugnado y la denegación de las pretensiones: Juan Esteban Arboleda, Camilo Andrés Prieto, Johana Nieto Arboleda, Claudia Paulina Alfonso Taborda, Beatriz Sánchez, Rubia Alvarado Escobar, Blanca Lilia Narváez, Víctor Hugo Cano Sabogal, Natalia Alzate Santa, Gloria Lucy Santa, Carmen Rocío Guerrero, Jossenía Varela Valderrama, Besfalia Loaiza, Olga Cecilia Chicué T., Militza Alejandra Agreda Chicué y Hugo Cano. Las razones de su inconformidad fueron:

En la sentencia impugnada no se realizó vinculación alguna de aquellos a quienes el fallo pudiese afectar directamente, como son Procuraduría General de la Nación, la Personería y el Congreso de la República.

Afirmaron que no se configura vulneración alguna de los derechos fundamentales de los accionantes, toda vez que la legislación y la Sentencia C-577 de 2011 no contemplan la posibilidad de unir a las

parejas del mismo sexo bajo la figura del matrimonio civil.

Adujeron que el Juez Once (11) Civil Municipal de Cali, Valle del Cauca, no puede subrogarse las funciones del órgano legislativo y pretender encajar arbitrariamente normas para justificar sus decisiones.

1.5.2.2. Procuraduría General de la Nación

El día 6 de agosto de 2013, la Procuradora 9 Judicial II de Familia de Buga, comisionada de la Procuraduría General de la Nación, presentó escrito de intervención, oponiéndose a la parte considerativa del fallo de primera instancia, con base en las siguientes apreciaciones:

Señaló que el fallo proferido por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Cali incurrió en un defecto sustantivo al emplear erradamente disposiciones legales que no podían aplicarse al caso *sub judice*, para lo cual citó distintas sentencias de la Corte Constitucional en las cuales esta Corporación excluyó el uso de la analogía como método para que los jueces y los notarios, en casos concretos, solemnicen y formalicen el vínculo jurídico contractual mediante el cual las parejas del mismo sexo constituyen una familia.

Aseguró que el Notario Cuarto (4) del Círculo de Cali carece de competencia para elevar a escritura pública el vínculo contractual entre parejas del mismo sexo, según las normas que rigen la función notarial.

De igual manera, sostuvo que la competencia de los notarios se circunscribe únicamente a formalizar y solemnizar las uniones civiles entre hombre y mujer, según lo dispone el artículo 113 del Código Civil, toda vez que la Sentencia C-577 de 2011 no hace remisión expresa a la legislación procesal civil y esto torna inválido que el Juez pretenda utilizarla como criterio de interpretación y aplicación para solemnizar el vínculo de parejas del mismo sexo.

Por último, expresó que a pesar del amplio margen de interpretación que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación y aplicación desplegada por el Juez Once (11) Civil Municipal de Cali es una interpretación *contra legem* que constituye un defecto sustantivo en detrimento del principio de legalidad.

1.5.2.3. Fundación Marido y Mujer

En escrito presentado el día 30 de agosto de 2013, el representante legal de la Fundación Marido y Mujer intervino en el proceso de la referencia

en calidad de coadyuvante de la impugnación presentada por la parte accionada, oponiéndose a la decisión adoptada por el Juzgado Once (11) Civil Municipal de Cali, Valle del Cauca, invocando los siguientes argumentos:

Sostuvo que sólo es posible cumplir lo ordenado por la Sentencia C-577 de 2011 en cuanto a la facultad otorgada a los jueces y notarios para tramitar el contenido de las manifestaciones de voluntad de los interesados en celebrar un vínculo contractual solemne, cuando éstos pretendan “*disponer sobre los aspectos patrimoniales de las personas vinculadas*”, y no sea contrario a la Constitución y a las leyes. Agregó que los Notarios y Jueces de la República carecen de la potestad para reglamentar sentencias judiciales o celebrar tales contratos, a la luz de la jurisprudencia, de manera que los vínculos contractuales solemnes pueden ser solicitados ante jueces o notarios bajo una figura distinta y ajena al matrimonio civil, pues se celebra entre personas que tienen derecho a establecer su convivencia, una copropiedad y una administración de bienes comunes, sin que estos contratos puedan generar un vínculo jurídico distinto al de un contrato innominado, sin ser calificado como matrimonio civil ni como familia, lo cual encuentra sustento en la Constitución Política y el Código Civil.

Afirmó que el bien común exige que se reconozca y proteja la unión entre hombre y mujer como punto básico de la conformación familiar, la cual a su vez es célula primaria de la sociedad sin demeritar los vínculos que implican uniones entre parejas homosexuales, aunque es necesario reconocer que no existe ley que regule un comportamiento social totalmente distinto al matrimonio. Igualmente, arguye que los notarios y jueces deben acatar, sin discriminación alguna, el precepto constitucional contemplado en el artículo 5° que impone “*la primacía de los derechos de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*”.

1.5.3. Decisión de segunda instancia

El Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Cali, Valle del Cauca, mediante fallo del 30 de agosto de 2013 revocó la sentencia de primera instancia y negó la tutela de los derechos aludidos en consideración a las siguientes razones:

Si bien es cierto que la Corte Constitucional en Sentencia C-577 de 2011 reconoció la existencia de un déficit de protección frente a la conformación de uniones entre parejas del mismo sexo, no es menos cierto que el órgano constitucional declaró exequible la expresión “*un*

hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, y se declaró inhibida para pronunciarse respecto de la expresión “*de procrear*”, contenida en la misma norma, así como de la expresión “*de un hombre y una mujer*” contemplada en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009.

En este orden de ideas señaló, igualmente, que para el 20 de junio de 2013, el Congreso de la República no expidió ley alguna en relación con la regulación que debían tener las uniones entre parejas del mismo sexo, lo que se intentó conjurar con la opción de acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

En virtud de lo expuesto, el *ad quem* resolvió que no existía razón para tener en cuenta como criterio auxiliar la parte motiva de la Sentencia C-577 de 2011, por lo que desestimó la vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes por parte de la Notaría Cuarta (4) del Circuito de Cali.

1.6. Pruebas documentales obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes:

- Copia simple de la solicitud de matrimonio civil radicada ante la Notaría Cuarta (4) del Circuito de Cali el día 20 de junio de 2013 (cuaderno 1, Fl. 57).
- Copia simple de la respuesta a la solicitud de matrimonio civil, proferida por la Notaría Cuarta (4) del Circuito de Cali el día 20 de junio de 2013 (cuaderno 1, Fls. 58-61).

2. EXPEDIENTE T- 4.189.649

2.1. Solicitud

El señor Gustavo Trujillo Cortés, actuando en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegada para Asuntos Civiles-, reclama al juez de tutela el amparo del derecho fundamental al debido proceso. Solicita se declare la nulidad de la actuación adelantada por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C., mediante la cual se aceptó la solicitud de celebración de matrimonio formulada por los señores Julio Alberto Cantor Borbón y William Alberto Castro.

2.2. Hechos

El accionante manifiesta que al Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá fue allegada solicitud de matrimonio civil radicada por los señores Julio Alberto Cantor Borbón y William Alberto Castro Franco, la cual fue admitida y contestada, fijando fecha y hora para la celebración de la ceremonia.

En respuesta a la actuación judicial adelantada por el Despacho, el accionante presentó escrito de intervención como agente del Ministerio Público, en el que formuló oposición a la solicitud de matrimonio civil presentada.

Sin embargo, el Juzgado accionado desestimó la intervención de la Procuraduría como Ministerio Público y procedió a fijar el día 30 de agosto de 2013 como fecha para la celebración del matrimonio.

El accionante interpuso recurso de reposición, el cual fue negado por el titular del Despacho en consideración a que: (i) el concepto de familia es un proceso dinámico; (ii) mediante Sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional ordenó a los jueces y notarios formalizar y solemnizar el vínculo contractual entre parejas del mismo sexo, si para el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no había expedido la legislación correspondiente.

En consecuencia, el actor formuló acción de tutela el 18 de septiembre de 2013, en el cual alegó la defensa de los derechos fundamentales de la ciudadanía especialmente al debido proceso.

2.3. Argumentos jurídicos de la tutela

El Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación – Delegada para Asuntos Civiles- presentó oposición a la actuación adelantada por el Juzgado accionado mediante escrito de tutela en el que sostuvo:

El Juzgado incurrió en una irregularidad procesal al acoger la solicitud de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, cuando lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia C-577 de 2011 había sido otra clase de contrato, por lo que el accionado asumió competencias que no le eran atribuidas y vulneró el debido proceso.

En relación con los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela, alega que el funcionario accionado incurrió en un defecto

orgánico al conocer sobre un asunto sobre el cual carecía de competencia, ya que la Corte Constitucional nunca señaló en la Sentencia C-577 de 2011 la posibilidad de formalizar un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Asevera la existencia de un defecto procedimental absoluto en la decisión atacada, toda vez que el despacho ordenó la recepción de unos testimonios bajo las disposiciones contenidas en los artículos 129 y 130 del Código Civil, sin percatarse que habían sido derogadas por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

Frente al defecto material o sustantivo, afirma que el juez aplicó normas inexistentes y realizó un uso incorrecto de la analogía, en razón a que los artículos 113 y 1500 del Código Civil no contemplan la posibilidad de matrimonio entre parejas del mismo sexo.

2.4. Traslado y contestación de la demanda

Recibida la petición constitucional, el Juzgado Treinta y Nueve Civil (39) del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda y ordenó notificar al Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C., así como a las partes dentro del proceso, con el objeto que presentaran escritos de intervención en los cuales expresaran su posición frente a los hechos y pretensiones de libelo.

Asimismo, denegó la solicitud de medida provisional presentada por la parte actora.

2.4.1. Respuesta del Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C.

Mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2013, el Juez Cuarenta y Ocho Civil (48) Municipal de Bogotá D.C. se pronunció sobre los hechos y pretensiones planteados en la acción de tutela.

Señaló que los “*Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*”, aprobados en 1985 en el Séptimo Congreso de la Organización de las Naciones Unidas, así como los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, consagran el principio de independencia judicial como una herramienta que le permite al juez la elección de normas jurídicas, para determinar su interpretación y aplicación a un caso concreto.

Indicó que en la sociedad contemporánea, el juez es receptor de un conjunto de demandas relacionadas con un déficit de protección del Estado en los ámbitos de la salud, el bienestar, la vivienda y empleo, entre otros. Por esta razón, la independencia judicial es un mecanismo para garantizar la protección del Estado, de cara a las referidas carencias.

Por último, manifestó que la pretensión es contraria a lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-577 de 2011, toda vez que esta providencia ordenó dar trámite a esta clase de solicitudes ante la omisión del legislador.

2.4.2. Intervención del señor William Alberto Franco Castro

El día 23 de septiembre de 2013, el señor William Alberto Franco Castro, actuando en calidad de promotor de la solicitud de matrimonio civil formulada ante el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C., interpuso escrito de intervención indicando:

La inexistencia de un derecho fundamental en cabeza de la Procuraduría General de la Nación que le permita interponer la presente acción de tutela, toda vez que no se evidencia ningún derecho fundamental vulnerado sobre persona individual o sujeto colectivo como consecuencia de la realización del matrimonio civil llevado a cabo por el Juzgado accionado. Además, manifestó que el Ministerio Público no expuso las razones por las cuales considera que se configuró una violación al debido proceso.

Aseguró que la acción de tutela no procede para “revisar” o “evaluar” las decisiones emitidas por una autoridad judicial en ejercicio de sus competencias, de manera que la protección solicitada por la Procuraduría es improcedente porque no se evidencia arbitrariedad judicial alguna ni la configuración de las causales definidas por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Finalmente, alegó que el Juez demandado garantizó su derecho a celebrar un matrimonio civil como una medida de amparo de sus derechos fundamentales, puesto que le asegura su derecho a la protección a la familia, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica y a la igualdad.

2.4.3. Intervención de la Fundación Marido y Mujer

Mediante escrito presentado el día 27 de septiembre de 2013, el señor Javier Armando Suárez Pascagaza, actuando en calidad de representante legal de la Fundación Marido y Mujer, intervino en el proceso de la referencia como coadyuvante en apoyo de la Procuraduría General de la Nación. Las razones que sustentan su escrito son:

El asunto objeto de debate comporta un grado de relevancia constitucional, ya que el Juzgado accionado ha tomado una decisión contrariando la interpretación y la aplicación del artículo 42 de la Carta Política, la Sentencia C-577 de 2011 y los artículos 113 y siguientes del Código Civil. Además, el Juez accionado decidió admitir la solicitud de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo sin tener competencia para ello, puesto que para estos casos la regulación contemplada en el artículo 113 del Código Civil (derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012) no otorga esta facultad a los jueces, de manera que el fallo proveído por el accionado se constituye en una decisión *extrapetita*.

Agregó que la decisión de equiparar el matrimonio civil con las uniones entre parejas del mismo sexo, como quedó consagrado en el acta del día 20 de septiembre de 2013, no sólo es una vía de hecho que vulnera la competencia improrrogable y el debido proceso, sino que viola la congruencia del proceso al haberse opuesto a las intervenciones del Ministerio Público y declarar un matrimonio civil contrario a los aspectos sustanciales y procedimentales del acto jurídico y las pretensiones de las partes, de quienes afirma que ahora solicitan realizar un proceso de jurisdicción voluntaria.

Añade que no podía haberse utilizado la palabra matrimonio en el acta impugnada cuando los sujetos que intervienen son individuos del mismo sexo, ya que esta circunstancia hace del acto jurídico un elemento vulneratorio del artículo 42 de la Constitución Nacional, amén de los artículos 113 y 1501 del Código Civil. Agrega que, según el artículo 1501 del Código Civil los elementos esenciales del contrato son aquellos sin los cuales el acto jurídico no produce efectos, de manera que, acorde al artículo 113 del mismo cuerpo normativo, el matrimonio civil como contrato legal tiene como uno de sus elementos esenciales la manifestación de voluntad entre dos personas de distinto sexo, por lo que la petición presentada por los accionantes no cumple con los requisitos señalados en la norma para esta forma contractual.

2.5. Decisiones judiciales

2.5.1. Decisión de primera instancia

El 1º de octubre del año 2013, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Civil del Circuito de Bogotá D.C. profirió decisión de primera instancia en la que decidió tutelar el derecho fundamental al debido proceso solicitado por la Procuraduría General de la Nación y, en consecuencia, ordenó al Juzgado accionado dejar sin efecto el acto atacado e inadmitir la solicitud de matrimonio civil para ser tramitada como vínculo contractual entre parejas del mismo sexo. Esta decisión se encuentra basada en las siguientes razones:

En relación con la competencia de la Procuraduría General de la Nación para interponer la presente acción de tutela mencionó que, según lo dispuesto en los artículos 10º del Decreto 2591 de 1991, 275 y 277 de la Constitución Nacional, este organismo se encuentra facultado para presentar solicitud de amparo cuando sea necesaria la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales, lo cual además se ve reforzado con el artículo 38 del Decreto 262 del 2000, que otorga facultad al Ministerio Públicos para intervenir en trámite especial de tutela por las mismas razones de los artículos mencionados.

Frente al requisito de relevancia constitucional, aseguró que se encuentra probado pues se deriva de la aparente inobservancia de la Sentencia C-577 de 2011, proferida por el máximo órgano en materia constitucional. Igualmente, expresa que el censor agotó debidamente los mecanismos de defensa judicial e interpuso la petición en un término razonable, puesto que el acta que formalizó el matrimonio data del 20 de septiembre de 2013.

El principal defecto encontrado por el sustanciador radicó en el desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, especialmente el desarrollado en la misma Sentencia C-577 de 2011, que declaró exequible la expresión “*un hombre y una mujer*” consagrada en el artículo 113 del Código Civil, y además realizó un análisis sobre la manera de proteger a las parejas del mismo sexo mediante un tratamiento diferenciado de aquél que se presenta para parejas heterosexuales.

En virtud de lo expuesto, sostuvo que no es dable advertir categóricamente que ni la ley ni el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia C-577 de 2011 autorizan al juez la celebración de un matrimonio entre parejas del mismo sexo, quienes se unen con el fin de vivir juntos y, en ese orden, quieren solemnizar ese vínculo contractual. Así las cosas, remarcó en que el juzgado accionado contrarió los postulados inherentes al debido proceso, incurriendo en un defecto

procedimental y material, al haber tramitado una solicitud que no encuadraba en los requisitos legales, ni era consonante con lo previsto en Sentencia C-577 de 2011.

2.5.2. Impugnación

Por medio de escrito presentado el día 3 de octubre de 2013, el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C., impugnó la decisión de primera instancia.

Argumentó que la actividad judicial implica elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, determinar su forma de aplicación, y establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, lo cual ha quedado consignado en precisiones realizadas por la Corte Constitucional frente a los artículos 228 y 230 de la Carta Política, así como en los “*Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*”, acogidos por el Séptimo Congreso de la Organización de las Naciones Unidas en 1985.

Destacó que en la sociedad contemporánea el juez es receptor de un conjunto de exigencias sociales frente a un Estado democrático que las posterga o es incapaz de satisfacerlas, por lo que los derechos fundamentales se convierten en una medida que trata las necesidades vinculadas con la dignidad humana. Por este motivo, alegó que la independencia judicial debe entenderse como la facultad de los jueces para proferir sus fallos en derecho.

2.5.3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

El señor Gustavo Trujillo Cortés, actuando en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegada para Asuntos Civiles-, intervino en el trámite de impugnación para pronunciarse sobre las razones presentadas por el accionado, frente a las cuales sostuvo su posición.

Señaló que, según el artículo 230 de la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los jueces en sus providencias se encuentran sometidos al imperio de la ley y, por lo tanto, no les es dable fallar por fuera de la misma. Agregó que la Sentencia C-577 de 2011 en ningún momento indicó que el matrimonio civil fuese un acto solemne capaz de celebrarse entre parejas del mismo sexo.

Indicó que la voluntad del legislador debe ser respetada, sin que le sea dable a los jueces apartarse de ella, bajo el argumento de la separación

de poderes e independencia judicial, ni aplicar la modalidad de analogía en casos que no lo aceptan. Además, en caso de desconocerse este principio, se violaría la autonomía del legislador.

2.5.4. Impugnación presentada por los señores William Alberto Franco Castro y Julio Albeiro Cantor Borbón

El ciudadano Rodrigo Uprimny Yepes, actuando en calidad de apoderado judicial de los señores William Alberto Franco Castro y Julio Albeiro Cantor Borbón, sujetos interesados dentro del trámite de la referencia, presentó las razones por las cuales impugna la decisión de primera instancia. Su escrito versa sobre: (i) la legitimidad en cabeza del Procurador Judicial II – Delegado para Asunto Civiles para interponer acción de tutela; (ii) la inexistencia de causales de procedencia contra decisión judicial; y (iii) la orden del juez de tutela implica la vulneración de los derechos de los interesados.

Manifestó que la acción de tutela es improcedente, ya que existe una falta de legitimación por activa en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, en atención a que si bien esta institución se encuentra facultada para formular acciones de amparo, tal competencia no es ilimitada. Afirmó que el Ministerio Público sólo puede formular amparos a nombre de personas, cuyos derechos han sido vulnerados o se encuentran amenazados.

En este sentido, citó la Sentencia T-293 de 2013, sobre la cual sostuvo que la Corte Constitucional reconoció potestades más amplias a la Procuraduría para intervenir en procesos judiciales; sin embargo, las facultades de la misma se limitan a la protección del interés general o de derechos de terceros, de modo que no puede actuar de manera arbitraria en cualquier proceso.

Aseguró que la acción de tutela interpuesta no cumple con el requisito de subsidiariedad, ni logra demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, en razón a que el Ministerio Público no agotó el mecanismo de nulidad ni otras acciones civiles para dejar sin efectos un contrato civil de matrimonio. Adujo que para ser procedente el amparo en contra de decisiones judiciales, es necesario demostrar la transitoriedad de la misma con la posible configuración de un perjuicio grave e irremediable para el actor, lo que la demandante no logra demostrar en sus argumentos, ya que no menciona este aspecto en sus escritos.

Aseguró que no existe afectación de los derechos fundamentales de la entidad accionante ni de terceros; que además no existe desconocimiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, toda vez que a pesar de que en la Sentencia C-577 de 2011 no quedó claro qué clase de contrato habría supliría el déficit de protección de la comunidad homosexual, sí quedó consignada la posibilidad que tienen estas parejas de acercarse ante notario o juez para formalizar un vínculo contractual solemne.

A raíz de lo anterior, consideró que esta circunstancia genera dos clases de interpretaciones: (i) que se trate de un contrato innominado para solemnizar la unión; (ii) que se esté ante el matrimonio regulado por el Código Civil. Así las cosas, estimó que la segunda hermenéutica – aplicada por el Juez accionado- es la que más se adecúa a los estándares constitucionales, en la medida que brinda la mayor garantía a las parejas del mismo sexo con el fin de combatir el déficit de protección que éstas afrontan. Por este motivo, la aplicación analógica del régimen matrimonial a las parejas del mismo sexo da más seguridad jurídica, pues es el establecido por la ley.

2.5.5. Decisión de segunda instancia

En sentencia del 23 de octubre de 2013, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. revocó la sentencia de primera instancia y denegó el amparo del derecho solicitado por el Ministerio Público, al estimar improcedente la acción de tutela.

La acción de tutela se encuentra prevista para promover la protección inmediata y exclusiva de los derechos fundamentales, por lo que no puede ser utilizada para ejercer control de legalidad sobre las decisiones judiciales, ni hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir leyes. Por lo tanto, lo pretendido por el Ministerio Público apunta a hacer valer derechos colectivos.

Tampoco se cumplió con el requisito de subsidiariedad, puesto que estos conflictos deben dirimirse ante el juez de familia.

2.5.6. Solicitud de aclaración de sentencia presentada por la Fundación Marido y Mujer

Mediante escrito presentado el día 28 de octubre de 2013, el señor Javier Armando Suárez Pascagaza, representante legal de la Fundación Marido y Mujer, solicitó la aclaración de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Expuso que los argumentos del sentenciador revisten ambigüedad. Solicita se aclare la expresión: “*por lo tanto, dicha acción no puede ser utilizada para ejercer control de legalidad sobre las decisiones judiciales, ni hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, tal como lo expusieron los interesados en el escrito en que coadyuvan la impugnación*”. Alegó que el Tribunal Civil pretende reiterar los argumentos presentados por los contrayentes, mediante su apoderado judicial.

Arguyó que debe aclararse la sentencia, puesto que la *ratio decidendi* del Tribunal se encuentra dirigida a analizar la condición de la Procuraduría General de la Nación y sus coadyuvantes, bajo una perspectiva errónea, inducida por el apoderado de los contrayentes, pero en momento alguno se refiere a la nulidad o divorcio del contrato de matrimonio.

El 31 de octubre del año 2013, el Tribunal negó la solicitud de aclaración, por considerar la inexistencia de frases ambiguas en la providencia.

2.5.7. Incidente de nulidad interpuesto por la Fundación Marido y Mujer

Por medio de escrito presentado el día 29 de octubre del año 2013, el señor Javier Armando Suárez Pascagaza, representante legal de la Fundación Marido y Mujer, inició trámite de incidente para declarar la nulidad de la sentencia de segunda instancia del 23 de octubre de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Argumentó que los jueces en sus providencias se encuentran sometidos al imperio de la ley, lo cual fue desestimado por el *ad quem* al fundamentar su decisión únicamente en las consideraciones presentadas por el apoderado de los intervinientes que coadyuvan a la parte accionada. Alegó que la decisión adoptada en el fallo de segunda instancia está viciada de nulidad por falta de congruencia, al haber declarado improcedente la acción de tutela por no haberse agotado el requisito de subsidiariedad, lo cual no se encuentra claramente argumentado, en la medida que parece haberse tomado las mismas razones de impugnación presentadas por el apoderado de los contrayentes.

Sostuvo que la Sala Civil del Tribunal Superior incurrió en un error al omitir la observancia de los requisitos esenciales del contrato de matrimonio civil, como es la calidad de existir una voluntad contractual

entre personas de diferente sexo, elemento cuya inadvertencia hace nulo el contrato.

El Tribunal negó la solicitud de nulidad presentada por la Fundación interviniente.

2.6. Pruebas documentales obrantes dentro del expediente

- Constancia de vinculación expedida por la Procuraduría General de la Nación, donde se verifica la condición del señor Gustavo Trujillo Cortés como Procurador Judicial II (cuaderno 1, Fl. 1).
- Copia de solicitud de matrimonio civil dirigida al Juez Civil Municipal (reparto) por parte de los señores Julio Alberto Cantor Borbón y William Alberto Franco Castro (cuaderno 1, Fl. 28).
- Copia de Registro Civil de Nacimiento del señor William Alberto Franco Castro (cuaderno 1, Fl. 29 y 30).
- Copia de cédula de ciudadanía del señor Julio Alberto Cantor Borbón (cuaderno 1, Fl.31).
- Copia de cédula de ciudadanía del señor William Alberto Franco Castro (cuaderno 1, Fl. 32).
- Copia de Acta de Audiencia Pública donde se recogen los testimonios en la solicitud de matrimonio igualitario de los señores William Alberto Franco Castro y Julio Alberto Cantor Borbón (cuaderno 1, Fl. 43).
- Copia de poder especial al abogado Rodrigo Uprimny Yepes para actuar en representación de los señores Julio Alberto Cantor Borbón y William Alberto Franco Castro (cuaderno 2, Fl. 32).

3. EXPEDIENTE T-4.309.193

3.1. Solicitud

El señor William Alberto Castro Franco interpuso acción de tutela con el propósito de solicitar al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la personalidad jurídica. Solicita que se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Notaría Tercera (3) de Bogotá D.C., inscribir su matrimonio

civil celebrado con el señor Julio Albeiro Cantor dentro del registro civil correspondiente.

3.2. Hechos

El 20 de septiembre de 2013 el accionante contrajo matrimonio civil con el señor Julio Alberto Cantor, ante el Juez Cuarenta y Ocho Civil (48) Municipal de Bogotá D.C.

El día 4 de octubre de 2013 se presentó ante la Notaría Tercera (3) de Bogotá para registrar la referida unión solemne, recibiendo una respuesta negativa a su solicitud, puesto que era necesario un certificado especial expedido por el Juez Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, en el cual ordenara a esa Notaría expedir el registro.

Expresa que solicitó al Juez Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C. el certificado requerido por la Notaría, frente a lo cual el Juez le comunicó que para efectos del registro en Notaría sólo es necesario el acta de matrimonio, la cual había sido expedida el día 20 de septiembre de 2013.

En consecuencia, alega que el día 29 de octubre de 2013 se presentó ante la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo para registrar el mencionado matrimonio civil. Allí recibió respuesta negativa, ya que la solicitud no cumplía los requisitos establecidos por la legislación para estos efectos, especialmente que el acto no haya sido convenido entre personas del mismo sexo.

Ante estas circunstancias, interpuso acción de tutela el 1° de noviembre de 2013 contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Tercera (3) de Bogotá.

3.3. Argumentos jurídicos de la acción de tutela

El accionante arguye que la negativa de las entidades accionadas frente al registro de su matrimonio constituye una afectación a su derecho fundamental a la personalidad jurídica, toda vez que no puede entenderse que una persona tenga aptitud para adquirir derechos y obligaciones, y no pueda definir su estado civil.

Sostiene que, según los artículos 5° y 28 del Decreto 1260 de 1970, era deber de la Registraduría y de la Notaría darle trámite a la solicitud de Registro Civil de matrimonio presentada, ya que su omisión produjo que no hubiese modificación en los estados civiles de su compañero y el

suyo. Agrega que el estado civil es un derecho derivado a la personalidad jurídica, según Sentencia T-678 de 2012.

Aduce que se ha violado su derecho fundamental a la igualdad, debido a que la Registraduría Nacional del Estado Civil ha dado trámite a solicitudes de registro a matrimonios entre parejas del mismo sexo en otras partes del país, para lo cual cita el caso de dos mujeres en Gachetá –Cundinamarca- a quienes se les realizó el registro por parte de la Registraduría de ese Municipio.

3.4. Traslado y contestación de la demanda

La acción de tutela fue repartida inicialmente al Juez Treinta y Tres (33) Civil Municipal de Bogotá D.C., el cual la envió al Tribunal Superior de Bogotá por considerarse incompetente para conocer del asunto; a su vez, el Tribunal remitió la solicitud a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, al estimar que por encontrarse demandada una entidad territorial carecía de competencia para conocer del asunto.

Finalmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura avocó el conocimiento de la acción y ordenó notificar a las partes accionadas para que se pronunciaran al respecto.

3.4.1. Respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil

Por medio de escrito presentado el día 22 de noviembre de 2013, la Directora Nacional de Registro informó al Despacho que solicitó la correspondiente acta de matrimonio para proceder a su registro, razón por la cual pide declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

3.4.2. Respuesta de la Notaría Tercera (3) del Círculo de Bogotá D.C.

El día 21 de noviembre de 2013, el Notario encargado dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito en el cual se opuso a las pretensiones del actor, bajo el argumento que para el momento de la solicitud ya existía un fallo de tutela por parte del Juzgado Treinta y Nueve (39) Civil del Circuito de Bogotá D.C. en el cual se ordenó dejar sin efectos el registro de matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, para en su lugar, inscribirlo bajo la modalidad de “unión formal y solemne entre parejas del mismo sexo”.

Agregó que, según Sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional otorgó al Congreso un término para legislar sobre la materia, lo cual nunca ocurrió, y en consecuencia no es posible solemnizar el tipo de vínculo pretendido por el accionante.

3.5. Decisiones judiciales

3.5.1. Decisión de instancia única

El día 25 de noviembre de 2013, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C., profirió fallo de única instancia mediante el cual concedió la protección de los derechos fundamentales invocados. Consideró que el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, realizado por el Juez Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá D.C., se constituyó en una orden judicial con el fin de incidir en el estado civil del accionante y del ciudadano con el cual celebró el referido matrimonio, por lo cual, la Registraduría y la Notaría accionadas se encontraban en la obligación de acatar esa orden, y en consecuencia, registrar el matrimonio.

3.6. Pruebas documentales

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- Copia del Acta de Matrimonio Civil entre los señores Julio Alberto Cantor Borbón y William Alberto Castro Franco, realizada por el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá D.C. (Fl. 10, Cd. 2).
- Copia del Registro Civil de Matrimonio entre las señoras Elizabeth Vargas Castillo y Claudia Mercedes Zea Agudelo, llevado a cabo por la Registraduría del Estado Civil De Gachetá, Cundinamarca (Fl. 13, Cd. 2).

4. EXPEDIENTE T-4.353.964

4.1. Solicitud

Los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, actuando por intermedio de apoderado judicial, formularon acción de tutela en contra de la Notaría Treinta y Siete (37) del Bogotá D.C., por considerar que la negativa frente a la solicitud de celebración de

matrimonio civil entre parejas del mismo sexo vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana.

4.2. Hechos

Los accionantes manifiestan que presentaron solicitud de celebración de matrimonio igualitario, la cual fue radicada en la Notaría Treinta y Siete (37) del Círculo de Bogotá D.C., el día 15 de agosto de 2013, con base en que la Corte Constitucional había autorizado esta modalidad de matrimonio civil mediante Sentencia C-577 de 2011. La Notaría no accedió a la petición, razón que los llevó a formular petición de amparo el día 26 de febrero de 2014.

4.3. Argumentos jurídicos de la acción de tutela

El escrito sustenta las razones de inconformidad en los siguientes términos:

Los accionantes aducen que, mediante Sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional concedió un término al Congreso de la República para que legislara sobre las uniones entre parejas del mismo sexo, bajo la condición de que, de no expedirse esta regulación dentro del tiempo otorgado, las parejas del mismo sexo podían acudir ante Notarías y Juzgados, a efectos de legalizar su matrimonio civil.

Alegan que, mediante providencia C-577 de 2011, el Tribunal Constitucional autorizó la celebración de un contrato, con miras a formalizar la conformación de una familia, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, razón. De allí que la institución de la familia no puede regularse por contratos innominados y atípicos.

Explican que sólo el contrato de matrimonio civil es la figura jurídica que permite: (i) formar una familia; (ii) acceder al sistema de seguridad social y de pensiones en calidad de cónyuge; (iii) aplicar las garantías básicas del debido proceso; y (iv) tener reconocimiento internacional; entre otras.

4.4. Traslado y contestación de la demanda

Por Auto del 27 de febrero de 2014, el Juzgado Sesenta y Tres (63) Civil Municipal de Bogotá D.C., avocó conocimiento de la acción de tutela y ordenó notificar a la Notaría accionada para que rindiera un informe sobre los hechos que motivaron la pretensión constitucional.

4.4.1. Respuesta de la Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá D.C.

Por medio de escrito presentado el día 5 de marzo de 2014, la accionada se opuso a las pretensiones argumentando:

Adujo que los actores abusan del ejercicio de la acción de tutela, ya que cuentan con otros mecanismos establecidos por la ley para obtener los resultados pretendidos. Además, expresó que el apoderado de los actores, de forma temeraria, ha presentado distintos derechos de petición en forma simultánea ante distintas entidades estatales, contentivos de preguntas capciosas.

Alegó que la Notaría carece de competencia constitucional y legal para celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, ya que la facultad otorgada a los notarios mediante Sentencia C-577 de 2011 es la de celebrar un vínculo formal y solemne entre parejas del mismo sexo, figura jurídica distinta al matrimonio civil.

Sostuvo que el matrimonio civil no existe entre los accionantes, ya que incumple con los requisitos establecidos por el artículo 113 del Código Civil y además, con ello se desatendería en su totalidad la pretensión de la Corte Constitucional, en el sentido de superar el déficit de protección mediante el reconocimiento del nuevo vínculo entre parejas del mismo sexo.

4.4.2. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

Por medio de escrito presentado el día 6 de marzo de 2014, el Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegada para Asuntos Civiles-, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela.

Expresó que el artículo 42 de la Constitución Política, así como otras disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, prescriben que la familia parte de la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, lo cual fue confirmado mediante Sentencia C-577 de 2011.

Argumentó que, en Sentencia C-577 de 2011 la Corte declaró que: (i) el artículo 113 del Código Civil no comportaba inconstitucionalidad alguna; (ii) el déficit de protección que aquejaba a la parejas del mismo sexo, no tenía origen en la referida norma del Código Civil; (iii) el precedente constitucional reconoce la diferencia entre parejas heterosexuales y homosexuales; y (iv) una aplicación analógica absoluta resultaba improcedente.

4.4.3. Intervención de Colombia Diversa

El día 11 de marzo de 2014, el Director Ejecutivo de Colombia Diversa coadyuvó la petición de los accionantes mediante escrito en el cual manifestó que: (i) en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte determinó que la interpretación tradicional del artículo 42 de la Constitución Política, que relaciona la familia con la pareja heterosexual, ya no era compatible con la Carta Política; por ello reconoció la conformación de la familia entre personas del mismo sexo; (ii) la alusión expresa del matrimonio entre personas de sexo diferente no implica la prohibición de aquél entre personas del mismo sexo; (iii) la protección constitucional al matrimonio heterosexual no puede entenderse como la desprotección de otras formas de familia, mediante una institución contractual; (iv) Jueces y Notarios Públicos no se encuentran facultados para crear un contrato de familia alternativo al matrimonio, y por tanto, sólo pueden solemnizar contratos de matrimonio cuando parejas del mismo sexo lo soliciten.

4.5. Decisiones judiciales

4.5.1. Decisión de primera instancia

El día 11 de marzo de 2014, el Juzgado Sesenta y Tres (63) Civil Municipal de Bogotá D.C. negó la pretensión elevada por el accionante y consideró que la conducta del juez no fue arbitraria por cuanto: (i) el Notario Público no tiene competencia para dar trámite a esta clase de matrimonios; y (ii) esta misma autoridad aportó formato contentivo del texto de formalización y solemnización del vínculo contractual entre parejas del mismo sexo.

4.5.2. Impugnación

El accionante impugnó el fallo dentro del término procesal oportuno, sin exponer los argumentos de su inconformidad.

4.5.3. Decisión de segunda instancia

El 25 de abril de 2014, el Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Bogotá D.C. confirmó el fallo impugnado al determinar que: (i) ni la Sentencia C-577 de 2011, ni el precedente constitucional, autorizan a Jueces o Notarios Públicos a tramitar matrimonios entre parejas del mismo sexo, ya que dicha facultad está a cargo del legislativo y no del poder judicial; (ii) la conducta del Notario Treinta y Siete (37) fue

prudente y acertada; (iii) los Notarios Públicos también tienen facultad de determinación y actúan de manera independiente y responsable.

4.6. Pruebas documentales

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- Copia del poder otorgado por los accionantes al abogado Germán Humberto Rincón (Fl. 1, Cd. 1).
- Copia del acta de matrimonio civil de las señoras Cristina García García y Yuli Andrea Pardo Hortúa celebrada por el Juzgado Cuarenta Civil Municipal del Bogotá D.C. (Fl. 215, Cd. 1).
- Copia de la totalidad del proceso surtido ante la Notaría 37 de Bogotá y las respectivas instancias.

5. EXPEDIENTE T – 4.259.509

5.1. Solicitud

El señor Gustavo Trujillo Cortés, Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación – Delegada para Asuntos Civiles-, actuando como Agente del Ministerio Público y en defensa del ordenamiento jurídico, solicita sea amparado el derecho al debido proceso y, en consecuencia, reclama que se declare la nulidad de la actuación adelantada por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, por medio de la cual se aceptó solicitud de matrimonio formulada por las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo. Actuación que concluyó con la expedición del Acta de Matrimonio Civil No. 11004003004420130077900, de fecha de 4 de octubre del año 2013.

5.2. Hechos

El accionante manifiesta que las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo elevaron solicitud de contrato de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, la cual correspondió al Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá.

Sostiene que dicha petición fue inicialmente rechazada por parte del Juzgado accionado mediante Auto de 30 de julio de 2013, en el que argumentaba su incompetencia para conocer de aquel asunto, pues,

aunque con la Sentencia C-577 de 2011 se ordenó la formalización y solemnización del vínculo matrimonial entre parejas del mismo sexo, para aquél entonces no había sido regulado el mencionado asunto por parte del Congreso de la República, tal y como lo ordenó la Corte Constitucional.

Asimismo, el accionante manifiesta que contra la decisión adoptada las peticionarias interpusieron recurso de reposición solicitando su revocatoria, a la cual el accionante, en representación de la Procuraduría General de la Nación, se opuso, arguyendo que constitucional y legalmente no es posible la celebración del referido contrato cuando es solicitado por personas del mismo sexo.

Indica que mediante Auto del 23 de septiembre del mismo año, el Juzgado accionado rechazó los argumentos expuestos por la Procuraduría General de la Nación y favoreció a las solicitantes, revocando la providencia judicial objeto de recurso y fijando fecha para la celebración del respectivo matrimonio, pues consideró que con el fin de suplir el déficit de protección en el que se encontraban las personas del mismo sexo, al no haberse expedido por el Congreso de la República la normatividad a que hizo referencia la Corte en la Sentencia C-577 de 2011, se debía dar aplicación al principio de la analogía con el propósito de celebrar el contrato de matrimonio deprecado, de acuerdo con los lineamientos fijados por el artículo 113 del Código Civil.

Debido a lo anterior, el actor señala que se configuraron diversas vías de hecho a causa de la actuación del órgano judicial demandado, por lo que decide formular acción de tutela, en la que solicita la protección del derecho fundamental al debido proceso.

5.3. Argumentos jurídicos de la petición de amparo

El accionante asegura que la solicitud de amparo es procedente en tanto existe la viabilidad excepcional de interponer acción de tutela contra providencias judiciales, cuando en el caso en concreto concurren las causales genéricas establecidas en la jurisprudencia constitucional para su procedencia y se presentan defectos en el proceso respectivo, conocidos por la doctrina constitucional como “vías de hecho”, de forma que la actuación de la autoridad judicial se da en abierta contrariedad con los valores, principios y demás garantías constitucionales.

En lo referente a los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela, el peticionario sostiene que en el presente caso se presenta un defecto orgánico, pues el Juzgado accionado carece absolutamente de

competencia para conocer de la solemnización del acto de matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ya que el Congreso de la República, como legislador y único órgano autorizado para tal fin, no aprobó la celebración de uniones matrimoniales de dicha naturaleza.

Indica que la actuación del Juzgado demandado desconoció el precedente judicial establecido por la Corte Constitucional, pues en Sentencia C-577 de 2011 se indicó que la Carta Política reconoce expresamente el matrimonio de mujer y hombre, otorgándole reconocimiento jurídico, y que la regulación de aquella institución es de competencia del legislador.

Por las razones antes expuestas, el Agente del Ministerio Público solicita la declaración de la nulidad de la actuación adelantada, y como medida provisional, exige que se ordene la suspensión del acto matrimonial previsto.

5.4. Traslado y contestación de la demanda

El Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito Piloto de la Oralidad, admitió la demanda y ordenó comunicar esta decisión a las diferentes partes, entre ellas, al Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil (44) Municipal de Bogotá para que presentaran su posición frente a los hechos y pretensiones de libelo; además, decidió denegar el decreto de la medida provisional solicitada, pues no encontró demostrada la existencia de circunstancias constitutivas de un perjuicio irremediable, cierto e inminente que hicieran necesaria el decreto de aquélla.

5.4.1. Respuesta del Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá

En escrito presentado el día 4 de octubre de 2013, la señora Jueza Luz Stella Agray Vargas recorrió los términos del libelo instaurado, frente al cual expresó su oposición.

Argumentó que la discrepancia en la interpretación de la ley y la jurisprudencia no constituye vía de hecho, como lo pretende ver el accionante, pues ello resulta abiertamente contrario a lo dispuesto en el artículo 288 Constitucional, según el cual las decisiones judiciales son independientes, públicas, permanentes y en ellas prevalece el derecho sustancial.

5.4.2. Intervención de las ciudadanas Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo

Las ciudadanas Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo intervinieron en el presente proceso y solicitaron declarar improcedente la acción de tutela argumentando, por una parte, que el Procurador Judicial carece de legitimación por activa para accionar en sede de amparo, y por la otra, que aunque se fallara de fondo el asunto, no se ha presentado vulneración alguna al debido proceso, por lo que no se configuran los requisitos para considerar procedente el amparo contra providencias judiciales. Por último, señalan la improcedencia de la declaración de la nulidad de un matrimonio civil mediante acción de tutela.

5.4.3. Intervención de la Fundación Marido y Mujer

La Fundación Marido y Mujer intervino en el proceso en calidad de coadyuvante ciudadano, como entidad de la sociedad civil en apoyo del accionante.

Planteó los mismos planteamientos enarbolados por el Agente del Ministerio Público, enfatizando en que se presentó una violación al debido proceso verificado por la falta de competencia del juzgador accionado y por la asignación de un trámite ilegal de matrimonio a una solicitud que no cumple con los requisitos para tal efecto, establecidos por el Código Civil y Código de Procedimiento Civil; todo aquello en el contexto de que el matrimonio lícito y válido es el que se configura según los planteamientos constitucionales entre un hombre y una mujer.

5.5. Decisiones judiciales

5.5.1. Decisión de primera instancia

El día 16 de octubre de 2013, el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito Piloto de la Oralidad profirió fallo de primera instancia en el cual resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados, tras considerar que la Procuraduría General de la Nación, por intermedio de sus Procuradores Delegados, se encuentra plenamente habilitada y legitimada para formular acciones de tutela, cuando sea necesario para la defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución Política.

Estimó que el marco legal y constitucional vigente no le autoriza al juez civil, ante la inexistencia de ley o norma que regule lo concerniente a la solemnización de las uniones de las personas del mismo sexo con fines de conformar una familia, aplicar analógicamente normas, cuando la

Corte Constitucional advirtió su improcedencia, por tratarse de situaciones diferentes.

5.5.2. Impugnación

Las ciudadanas Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo impugnaron la decisión mediante escrito en el que manifestaron que en la actuación del Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil (44) Municipal no se constituyó ninguna de las causales reconocidas por la jurisprudencia para la procedencia de tutela contra providencia judicial. Contrario a esto, lo que existe en este caso no es una vía de hecho sino un desacuerdo entre la interpretación autónoma y razonable del juez competente según los términos del numeral quinto de la Sentencia C-577 de 2011 y la interpretación del Procurador Judicial en torno a los efectos de dicho pronunciamiento.

5.5.3. Decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Séptima Civil de Decisión, se pronunció el día 29 de octubre de 2013 sobre la referida impugnación, resolviendo revocar la sentencia de primera instancia y negando la tutela de los derechos aludidos.

Indicó el Tribunal que el accionante, en su condición de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegado para Asuntos Civiles-, carece de legitimación en la causa por activa para exigir la declaración de la nulidad de la actuación adelantada por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, de lo cual se deduce que el accionante, en ejercicio de las funciones de Ministerio Público, pretende ejercer un control de legalidad de las decisiones de los jueces.

Aunado a lo anterior, sostuvo que si lo que pretende el demandante es que se declare la nulidad sustancial del matrimonio celebrado entre las ciudadanas Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo, cuenta en el ordenamiento jurídico con el proceso de nulidad de matrimonio civil y de la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso.

5.6. Pruebas documentales aportadas al expediente

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- Copia de constancia emitida por la Procuraduría General de la Nación donde certifican que le señor Gustavo Trujillo Cortés se encuentra vinculado a esa entidad en calidad de Procurador Judicial II para Asuntos Civiles (Cd. 1, Fl. 1).
- Copia del acta de matrimonio civil celebrado entre Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo, suscrita por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C. (Cd. 1, fl. 59).

6. EXPEDIENTE T – 4.488.250

6.1. Solicitud

Elkin Alfonso Bustos Cabezas y Yaqueline Carreño Cruz formularon acción de tutela contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, por considerar que la revocatoria del acta de matrimonio civil que formalizaba su unión, lesiona sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al desarrollo de la personalidad jurídica y a la protección familiar.

6.2. Hechos

Exponen que Elkin Alfonso Bustos Cabezas es hombre transgenerista y tiene dos hijos de 9 años de edad, y que Yaqueline Carreño Cruz es rectora del colegio público “La Quiebra” y es madre de dos hijos menores de edad. Agregan que son pareja y constituyen un grupo familiar con sus respectivos hijos.

Mencionan que el día 18 de noviembre de 2013 presentaron solicitud de matrimonio, a la cual anexaron copias de sus cédulas de ciudadanía y sus respectivos registros civiles, donde aparece que Elkin Alfonso Cabezas es de sexo femenino. Manifiestan que el día 13 de diciembre de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, constituyó audiencia pública por la cual celebró matrimonio civil y levantó acta que declaró legalizada la unión solemne.

Explican que, no obstante lo anterior, el día 16 de diciembre de 2013, el Juzgado accionado solicitó al Notario del municipio que devolviera dicho expediente sin diligenciar, lo cual recibió respuesta favorable. Añaden que el día 18 de diciembre de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada declaró la nulidad absoluta del matrimonio civil celebrado el día 13 de diciembre, toda vez que por un

error involuntario del Despacho se omitió la revisión de la prueba documental aportada y, además, debido a la apariencia externa de los contrayentes fue imposible advertir la igualdad de sexo. Asimismo, el Juzgado consideró que las partes actuaron de mala fe y cometieron fraude procesal al guardar silencio sobre su condición e inducir a error al Despacho, razón por la cual compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, formularon acción de tutela el día 7 de mayo de 2014, por medio de la cual solicitan sea revocado el Auto por el cual se declara la nulidad del matrimonio civil celebrado y, en este sentido, se ordene a la Fiscalía General de la Nación no adelantar investigaciones en su contra.

6.3. Argumentos jurídicos de la petición de amparo

Los accionantes alegan que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico, toda vez que era incompetente para declarar la nulidad del matrimonio civil, pues si bien es cierto que el artículo 7 del Decreto 2272 de 1989 establecía que los jueces promiscuos tenían competencia de los procesos atribuidos a los jueces de familia en única instancia cuando en un municipio no existiera juez de familia o promiscuo de familia, no es menos cierto que, por un lado, en La Dorada existen dos juzgados y, por otro, el artículo dicho fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 2002.

Arguyen que la autoridad judicial incurrió en un defecto procedimental absoluto, pues el Despacho recibió y valoró las pruebas allegadas con la solicitud y consideró que se reunían los requisitos para celebrar el matrimonio, de manera que no podía decretar su nulidad posterior, ya que el momento para hacerlo era en la admisión de la solicitud.

Aducen que se presentó una violación directa de la Constitución Política y un desconocimiento del precedente, ya que el juzgado cambió “*las reglas de juego*” y anuló su propio acto sin fundamento jurídico.

6.4. Traslado y contestación de la demanda

El día 10 de marzo de 2014, el Juzgado Segundo (2) Civil del Circuito de La Dorada, Caldas, admitió la demanda y ordenó: (i) comunicar la decisión a las partes; (ii) vincular a la Fiscalía General de la Nación y a la Notaría Única del Círculo de La Dorada; y (iii) practicar una prueba documental consistente en que las entidades accionadas debían rendir un

informe sobre los hechos materia del proceso. El día 18 de marzo de 2014 ordenó vincular a la emisora La Voz de La Dorada, por presuntamente difundir información íntima de los accionantes.

6.4.1. Respuesta del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas

El día 13 de marzo de 2014, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas presentó escrito de contestación, mediante el cual se opuso a las pretensiones de la acción de tutela. Adujo el Juzgado que: (i) los accionante nunca manifestaron que uno de los tutelantes es hombre transgenerista; (ii) actuó de buena fe, al considerar las afirmaciones de los contrayentes sobre su oposición sexual; (iii) es incoherente la afirmación de los peticionarios según la cual el Juzgado difundió información personal de ellos, ya que exponen que el día 20 de diciembre los medios de comunicación publicaron la noticia, fecha para la cual el despacho judicial se encontraba cerrado por vacancia judicial; (iv) por el artículo 67 de la Ley 906 de 2004 se dispuso compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de poner en conocimiento y determinar si los hechos, como fueron presentados, configuraban una posible conducta punible, punto en el cual debe aclararse que compulsar copias no significa una orden al ente acusador para iniciar proceso penal; (v) la conducta del Juzgado no fue arbitraria, sino que obedeció al cumplimiento del control de legalidad de los actos judiciales, el cual puede ejercerse en cualquier momento, aún después de generado el acto, y de oficio cuando se trata de una nulidad, según el artículo 2° de la Ley 50 de 1936; y (vi) el despacho procedió a la declaratoria de nulidad pues la Sentencia C-577 de 2011 no autoriza la celebración de un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, sino que dejó en firme el régimen legal actual.

6.4.2. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

Por medio de escrito presentado el día 13 de marzo de 2014, la Fiscalía Cuarta (4) Seccional de La Dorada, Caldas, contestó la acción de tutela y expresó: (i) por reparto del día 27 de enero de 2014 correspondió a la esta entidad el caso, el cual se encuentra en etapa de indagación, tendiente a establecer si los hechos narrados configuran un acto punible; (ii) mediante orden policial del día 6 de febrero de 2014 se solicitó recibir el interrogatorio a los indiciados, quienes respondieron no querer participar en ello; (iii) en el Registro Civil de nacimiento del señor Elkin Alfonso Bustos Cabezas, con indicativo serial 34226717, se registra el sexo "*femenino*", con una nota marginal del día 30 de marzo de 2010 en la que consta un cambio de nombre; (iv) Elkin Alfonso Bustos Cabezas

fue registrado en su cédula de ciudadanía con el sexo “*femenino*”; y (v) a pesar que el sexo del tutelante era claro en dichos documentos, el juzgado accionado no advirtió ello en su momento.

6.4.3. Respuesta de la emisora La Voz de La Dorada

Por escrito presentado el día 20 de marzo de 2014, el representante legal de la emisora La Voz de La Dorada, manifestó que no existe legislación actual en el país que permita a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. Además, expresó que lo hecho por el medio de comunicación fue informar a la ciudadanía sobre una noticia que se había presentado en el municipio, según la cual se había revocado el acta de matrimonio civil de los demandantes, sin que en ello se proferiera palabra alguna que hiriera u ofendiera la personalidad de cada una de los contrayentes.

6.5. Decisiones judiciales

6.5.1. Decisión de primera instancia

El día 21 de marzo de 2014, el Juzgado Segundo (2) Civil del Circuito de La Dorada, Caldas, se pronunció sobre la acción de tutela y declaró la improcedencia de la misma, aunque exhortó a los demandados y vinculados a mantener la reserva de información correspondiente a las actuaciones judiciales, penales y constitucionales. El Despacho estimó que los peticionarios no interpusieron recurso alguno contra la decisión tomada por el juzgado demandado, sino que se limitaron a solicitar copias de las actuaciones adelantadas, aun cuando tenían a su alcance recursos ordinarios para controvertir la decisión adoptada, como aquel de reposición, de manera que lo pretendido con la tutela es el reemplazo de los mecanismos ordinarios de defensa.

Igualmente, consideró la petición de ordenar a la Fiscalía General no adelantar investigación alguna por falso testimonio y fraude procesal, también es improcedente, pues no se advierte que el actuar del ente investigador criminalice las identidades de género.

6.5.2. Impugnación

Inconformes con la decisión adoptada por el *a quo*, los accionantes presentaron escrito de impugnación el día 28 de marzo de 2014, en el cual se reiteraron los argumentos planteados en la petición de tutela.

6.5.3. Decisión de segunda instancia

El día 9 de mayo de 2014, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en su Sala de Decisión Civil-Familia, se pronunció sobre la impugnación presentada por la parte actora, decidiendo revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar decretar la protección invocada y dejar sin efectos el auto del día 18 de diciembre de 2014, aunque denegó la solicitud tendiente a que se ordenara a la Fiscalía el archivo de la investigación.

El Despacho consideró que: (i) según el artículo 7 de la Ley 25 de 1992, el juzgado accionado era incompetente para decretar la nulidad del matrimonio civil, ya que tal facultad se encuentra en cabeza de los jueces de familia; (ii) se presentó una vulneración al debido proceso, pues mediante un Auto se decretó la nulidad de un matrimonio civil, sin que encontrarse antecedida de un procedimiento; y (iii) la sentencia de primer grado acierta en explicar que la compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación no significa una sanción anticipada ni un fallo condenatorio.

6.6. Pruebas documentales aportadas al expediente

Obran en el legajo las siguientes pruebas:

- Copia de documentos donde aparece la fotos de Rubiela Bustos (Elkin Alfonso Bustos) con apariencia de mujer; así como foto con apariencia de hombre y con nombre Elkin Alfonso Bustos Cabezas (Cd. 1, Fls. 1-6).
- Copia de CD-audio presentado por la emisora La Voz de La Dorada, que contiene la noticia publicada el día 20 de diciembre de 2013 (Cd. 1, Fl. 6).
- Copia de la cédula de ciudadanía de Elkin Alfonso Bustos Cabezas, donde consta que se trata de una persona de sexo femenino (Cd. 1, Fl. 49).
- Copia de registro civil de nacimiento de Elkin Alfonso Bustos Cabezas, con inscripción de sexo femenino (Cd. 1, Fl. 50).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Yaqueline Carreño Cruz (Cd. 1, Fl. 51).

II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

En escrito allegado a esta Corporación el día 31 de enero de 2014, los señores Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto, contrayentes dentro del proceso T-4.167.863, manifiestan: *“los suscritos accionantes ya no conformamos una pareja sentimental y un núcleo familiar, y por consiguiente, en este momento no nos asiste más la voluntad libre de contraer matrimonio civil”*.

En consecuencia, solicitan se declare la existencia de un hecho superado por carencia actual de objeto.

En este mismo sentido, la Directora Ejecutiva de la Organización Colombia Diversa, presentó escrito de intervención en sede de revisión el día 31 de enero de 2014, en calidad de coadyuvante de los señores Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto, contrayentes dentro del proceso T-4.167.863, solicitando se declare la carencia actual de objeto por hecho superado dentro del proceso en mención, toda vez que en los accionantes no persiste la voluntad para contraer matrimonio.

El día 1º de abril del 2014, el Magistrado Sustanciador profirió auto ordenando poner en conocimiento de la acción de tutela al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia, a la Defensoría del Pueblo y al Consejo Superior de la Judicatura. Igualmente, ordenó oficiar al Presidente del Congreso de la República, en calidad de representante del órgano legislativo de la función pública; a la Registraduría Nacional del Estado Civil; a la Superintendencia de Notariado y Registro; y, al Ministerio de Relaciones Exteriores. De igual forma, se invitó a distintas universidades colombianas para que emitieran sus conceptos acerca del tema.

1. Intervenciones presentadas en cumplimiento del Auto del 1º de abril de 2014

En atención a la invitación formulada por la Corte Constitucional mediante Auto del 1º de abril de 2014, intervinieron numerosos centros universitarios del país, instituciones estatales, Organizaciones no Gubernamentales, expertos nacionales y extranjeros. Para mayor comprensión del debate, los textos de las participaciones fueron clasificados de la siguiente manera:

A. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

Los siguientes intervinientes plantearon diversos argumentos a favor del amparo de los derechos de las parejas del mismo sexo:

- Universidad Autónoma de Bucaramanga
- Universidad Industrial de Santander
- Ministerio del Interior y de Justicia
- Matrimonio Igualitario, México
- Carlos Alberto Rocha
- Diego López Medina
- Comisión Colombiana de Juristas
- Universidad de Cartagena
- Universidad del Cauca
- Universidad Nacional de Colombia
- American University Washington College of Law
- Grupo Glip de la Universidad del Norte
- Grupo Rosarista de Interés en las Identidades Sexuales (GRIIS)
- Programa de Derecho a la Salud del Centro de Docencias e Investigaciones de México
- Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –DEJUSTICIA-
- Universidad ICESI de Cali
- Universidad de Los Andes
- Integrantes de la Comunidad LGTBI
- Universidad de Nariño
- American Sociological Association –ASA-

Los principales argumentos expuestos fueron los siguientes:

- Ante la omisión del legislador por regular los contratos matrimoniales solemnes, el juez constitucional tiene el deber de actuar
- Los deberes de auxilio, socorro y ayuda mutua, que se buscan mediante la conformación de una familia, no se limitan a las parejas heterosexuales
- La figura del matrimonio no puede ser interpretada según cánones religiosos
- En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales es una categoría sospechosa
- La libertad sexual es un elemento esencial de la dignidad humana

- El artículo 42 Superior no puede ser interpretado en el sentido de excluir la celebración del matrimonio igualitario
- La única institución marital y solemne que se puede concebir entre parejas del mismo sexo es el matrimonio civil
- En virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos, hombres y mujeres pueden contraer libremente matrimonio civil
- La dignidad humana es un concepto fundamental en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo
- Los Jueces Civiles, que procedieron a realizar matrimonios igualitarios, interpretaron adecuadamente la Sentencia C-577 de 2011
- La Procuraduría General de la Nación sólo puede formular acciones de tutela cuando exista una amenaza o vulneración de derechos fundamentales
- Hoy en día la familia ha modificado sus estructuras e interacciones, en dirección hacia la heterogeneidad

Los argumentos expuestos por cada uno de los intervinientes se encuentran resumidos en el Anexo I de esta Sentencia.

B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

Los siguientes intervinientes plantearon diversas razones por las cuales la Corte debía negar el amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo:

- Procuraduría General de la Nación
- Universidad de La Sabana
- Universidad El Bosque
- José Francisco Ordóñez Ordóñez

Los principales argumentos fueron los siguientes:

- En virtud de los artículos 277, numerales 2, 3 y 7, el Ministerio Público se encuentra legitimado para formular acciones de tutela, en defensa del orden jurídico y la familia

- Vencido el término señalado en la Sentencia C-577 de 2011, los Jueces y Notarios Públicos no se encuentran facultados para celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo
- Existen diferencias importantes entre la unión marital de hecho y el matrimonio civil
- Las uniones entre parejas diferentes a las heterosexuales, sólo buscan el placer por sí mismo

Los argumentos expuestos por cada uno de los intervinientes se encuentran resumidos en el Anexo I de esta Sentencia.

C. Institución que se limita a describir un estado de cosas

La Registraduría Nacional del Estado Civil se limitó a describir la situación que se venía presentando en el país en materia de registro de matrimonios igualitarios.

El texto de la intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil se encuentra resumido en el Anexo I de la Sentencia.

2. Audiencia pública celebrada en la Sala de Audiencias del Palacio de Justicia el 30 de junio de 2015

El día 5 de mayo de 2015, los señores Mauricio Albarracín Caballero, Director Ejecutivo de Colombia Diversa, y Rodrigo Uprimny Yepes, Director de la organización Dejusticia, presentaron escrito ante esta Corporación con el objeto de solicitar la realización de una audiencia pública, en la cual se desarrollara un debate académico acerca del reconocimiento del matrimonio civil sobre las parejas del mismo sexo.

En sesión celebrada el 21 de mayo de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió convocar una audiencia pública en el proceso de la referencia.

Dentro del auto de convocatoria, esta Corporación planteó unas preguntas orientadoras de las exposiciones e intervenciones que se presentarían en la audiencia:

“¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del

mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?

¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?

¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la Sentencia C - 577 de 2011?”

Para mayor claridad expositiva, las intervenciones son clasificadas en los siguientes grupos: (i) accionantes; (ii) autoridades judiciales y notariales accionadas; (iii) instituciones y expertos que consideraban que la Corte debía amparar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo; y (iv) instituciones y expertos que, invocando diversas razones, estimaban que la Corte debía negar las peticiones de amparo.

A. Accionantes

A lo largo de la audiencia pública participaron los siguientes accionantes:

- Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas
- William Alberto Castro y Julio Cantor Borbón
- Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño
- Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero
- Procuraduría Delegada en Asuntos Civiles

Los principales argumentos expuestos por los peticionarios fueron los siguientes:

- Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas afirman que las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio civil. En su caso particular, han sido sometidas al escarnio público. Aseguran llevar más de 10 años de convivencia y llevar a cabo una lucha jurídica por alcanzar la igualdad
- William Alberto Castro y Julio Cantor Borbón aseguran que les produce miedo el rechazo de la sociedad. Indicaron que se

casaron, mediante un rito privado, hace más de 29 años, pero que quieren volver a hacerlo por temas de seguridad social, salud, vivienda, etcétera

- Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño explicaron que luego de haber celebrado su matrimonio fueron víctimas de señalamientos y discriminación por una emisora local. Temen por la compulsión de copias ordenada luego de la anulación de su matrimonio civil.
- Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero afirman convivir por más de 30 años y ser considerados como “ciudadanos de segunda”.
- La Procuradora Delegada en Asuntos Civil sostiene que no debe ser recocado el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Que asimismo, las acciones de tutela fueron interpuestas en defensa de orden jurídico y la protección de la familia.

Los argumentos de los accionantes se encuentran desarrollados, con mayor detalle en el Anexo II de la Sentencia.

B. Autoridades judiciales y notariales accionadas

Durante la audiencia pública intervinieron las siguientes autoridades accionadas:

- Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá
- Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá
- Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá

Los principales planteamientos de las autoridades accionadas fueron:

- El Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá insistió en el respeto por el principio de autonomía judicial. En tal sentido, insistió en que sólo la Rama Judicial ha tratado de proteger los derechos de las parejas del mismo sexo
- El Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá aseguró que los presupuestos que llevaron a celebrar el matrimonio igualitario se hallan en la Sentencia C-577 de 2011. Además, el contrato de matrimonio, previsto en el artículo 113 del

Código Civil, es el único que tiene efectos sobre el estado civil de las personas.

- La Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá afirmó estar cumpliendo con lo previsto en la Sentencia C-577 de 2011.

Los argumentos de los accionados se encuentran desarrollados, con mayor detalle en el Anexo II de la Sentencia.

C. Instituciones y expertos que consideran que la Corte debe amparar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

En el curso de la audiencia pública participaron las siguientes instituciones y expertos, nacionales y extranjeros, solicitándole a la Corte amparar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo:

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia
- Albie Sachs
- Ministerio del Interior
- Ministerio de Justicia y del Derecho
- Colombia Diversa y DEJUSTICIA
- Mauricio Albarracín Caballero
- Defensoría del Pueblo
- Human Rights Watch
- Macarena Sáez Torres
- Thiago Amparo
- Robert Wintemute
- Nan D. Hunter
- Diego López Medina
- Angélica Lozano Correa
- Aroldo Quiroz Monsalvo
- Esteban Restrepo Saldarriaga
- Carlos Arturo Gómez Pavajeau
- Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República
- Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia
- Universidad de Los Andes
- Universidad Libre de Colombia
- Universidad Externado de Colombia

Los principales argumentos expuestos por los intervinientes fueron:

- Existen numerosas líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional encaminadas a suplir el déficit de protección de las parejas del mismo sexo
- En diversos países se han dado avances significativos en materia de igualdad entre parejas del mismo sexo
- Los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen la libertad de contraer matrimonio, en condiciones de igualdad
- Se expuso en detalle el caso de la Corte Constitucional Sudafricana
- Las parejas del mismo sexo constituyen una familia, de conformidad con la jurisprudencia constitucional
- Cuando una pareja formaliza ante una autoridad pública una relación basada en un proyecto de vida común, con vocación de permanencia y fundada sobre el afecto, desde el punto de vista jurídico se está ante un matrimonio
- Se está ante un caso de omisión legislativa relativa, en la medida en que el Congreso de la República no adoptó una regulación integral en materia de vínculo solemne y marital entre parejas del mismo sexo
- Crear un régimen jurídico diferente para las parejas del mismo sexo configura un acto de discriminación
- Los contratos innominados celebrados entre parejas del mismo sexo no logran superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C-577 de 2011
- A lo largo de la historia se han expedido regulaciones encaminadas a limitar la libertad de los individuos para contraer matrimonio
- La Corte Constitucional es competente para amparar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, en la medida en que en las democracias contemporáneas, las mayorías no pueden avasallar a las minorías

- El caso de Brasil es muy similar al colombiano, en la medida en que el legislador no reguló el estatus jurídico de las parejas del mismo sexo
- La Suprema Corte de los Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Suprema Corte de Canadá y la Corte de California realizan un examen estricto sobre las leyes que establecen diferencias entre parejas del mismo sexo
- Entre 1992 y 2015, el Congreso de la República ha archivado un total de dieciocho (18) proyectos de ley sobre matrimonio igualitario
- El artículo 42 constitucional debe ser interpretado sistemáticamente con la cláusula de igualdad, prevista en el artículo 13 Superior

Los argumentos de las instituciones y expertos se encuentran desarrollados, con mayor detalle, en el Anexo II de la Sentencia.

D. Instituciones y personas que, por diversas razones, estiman que la Corte debe negar las acciones de tutela

Las siguientes instituciones y expertos sostuvieron que la Corte debía negar los amparos formulados:

- Procuraduría General de la Nación
- Organización Alliance Defending Freedom
- Fundación Marido y Mujer
- Robert P. George
- Marco Fidel Ramírez Antonio
- Clara Lucía Sandoval Moreno
- Jairo Ricardo Pinilla González
- Ilva Miriam Hoyos
- Universidad Sergio Arboleda
- Universidad de La Sabana
- Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Los principales argumentos expuestos fueron:

- La Sentencia C-577 de 2011 claramente señala que la institución del matrimonio está reservada, constitucional y legalmente, a las parejas heterosexuales
- Aceptar la existencia del matrimonio igualitario conduciría a que el hombre y la mujer fueras sustituibles en una familia
- Históricamente, el matrimonio siempre ha sido una promesa personal entre un hombre y una mujer
- De conformidad con el artículo 42 Superior, el matrimonio sólo se puede celebrar entre un hombre y una mujer
- El matrimonio, como figura jurídica, no puede ser suplantado por otro
- La Corte Constitucional no puede suplantar al Congreso de la República. Llegado el caso se debería consultar directamente al pueblo sobre si acepta la figura del matrimonio igualitario
- Al juez constitucional le está vedado asumir funciones de constituyente primario
- La Sentencia C-577 de 2011 no previó la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo

Los argumentos de las instituciones y expertos se encuentran desarrollados, con mayor detalle en el Anexo II de la Sentencia.

3. Intervenciones no presenciales durante la audiencia pública

Algunos expertos e instituciones invitados a la audiencia pública no lograron comparecer, motivo por el cual remitieron los textos de sus intervenciones.

Para mayor claridad expositiva, las intervenciones fueron clasificadas de la siguiente manera:

A. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

Las siguientes instituciones y expertos abogaron por el reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia:

- Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex para América Latina y el Caribe (ILGALAC)
- Fundación Freedom to Marry
- David Norris
- Pierre de Vos
- Grupo de Inversiones Suramericana S.A.
- Sociedades y oficinas de abogados

Los principales argumentos expuestos fueron:

- La igualdad y la libertad son valores fundantes de una comunidad política democrática
- Los principios de razonabilidad, igualdad y no discriminación constituyen unos límites a las potestades del Congreso de la República
- La orientación sexual no es un criterio legítimo para establecer distinciones en el goce de los derechos fundamentales
- El derecho fundamental a contraer matrimonio no puede ser negado por el Estado
- El reconocimiento de la igualdad es un proceso evolutivo en las sociedades

Los argumentos de las instituciones y expertos se encuentran desarrollados, con mayor detalle en el Anexo III de la Sentencia.

B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

Los siguientes expertos expusieron argumentos en contra del reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia:

- Ryan T. Anderson
- Hernán Corral Talciani

Las principales razones planteadas por los intervinientes fueron:

- El matrimonio es una realidad biológica, conforme a la cual un hombre y una mujer se unen y complementan

- Los niños requieren de un padre y una madre
- Colombia no debe cometer el mismo error que los Estados Unidos
- El matrimonio tiene fines procreativos, los cuales no puede cumplir el matrimonio igualitario

Los argumentos de las instituciones y expertos se encuentran desarrollados, con mayor detalle en el Anexo III de la Sentencia.

C. Intervención que se limita a exponer una situación jurídica

La Registraduría Nacional del Estado Civil se limitó a describir las normas vigentes sobre el Registro Civil en Colombia. Su intervención aparece resumida en el Anexo III de la Sentencia

III. CONSIDERACIONES

1. La protección de las minorías como presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional

La democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías. De otra forma, el sistema jurídico se reduciría a lo que Sartori denomina “*la tiranía de las mayorías*”:

“Para los constituyentes estadounidenses, para Toqueville y para John Stuart Mill, el problema de la democracia no era de pocos, sino de muchos: era el problema de “la tiranía de la mayoría”. La noción parece intuitiva pero no lo es. La problemática de la tiranía de la mayoría varía de contexto en contexto y, por lo tanto, debe ubicarse.

“En el contexto constitucional, tiranía de la mayoría significa violar, legislando o gobernando, los derechos de las minorías,

en sustancia es la aplicación absoluta del principio mayoritario.”¹

Un sistema democrático, según Dworkin, significa “*un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos*”.² Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen “*entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparan mejor esas condiciones*”³.

En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “*coto vedado*” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común.

Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones. Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de *status* para todos los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen mejor esas condiciones.

La libertad de configuración del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales. Es una realidad innegable que las mayorías políticas, tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo.

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el “*derecho viviente*”⁴, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.

¹ Giovanni Sartori, *Qué es la democracia?* Madrid, Altamir ediciones, 1994, p. 89.

² Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 201.

³ *Ibidem*.

⁴ “Il Diritto Vivente” Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009.

Desde la Sentencia T-605 de 1992, esta Corporación se pronunció en torno a la función del juez de derechos humanos y su deber de atender la realidad:

“La sensibilidad del juez hacia los problemas constitucionales es una virtud imprescindible en la tarea de hacer justicia. Las decisiones jurídicas deben respetar el principio de legalidad y a la vez ofrecer una solución real a los conflictos sociales. En esta tarea, el sentido de la justicia y la equidad permiten hallar el derecho. La ley, por sí misma, es siempre deficiente frente de la realidad cambiante que está llamada a regular. Al intérprete le corresponde actualizar su contenido según las cambiantes circunstancias históricas y sociales y dar una aplicación correcta de las normas con la clara conciencia que su cometido es resolver problemas y no evadirlos.”

Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales.

Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste.

En materia de derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, la Sentencia C-577 de 2011 se inscribe en una constante evolución jurisprudencial, encaminada a garantizarles un tratamiento digno e igualitario.

La Corte reconoció que: *“la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de personas de orientación sexual diversa... conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano deber tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un*

origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja de personas del mismo sexo.”⁵.

Con la finalidad de superar el déficit de protección padecido por las parejas del mismo sexo, este Tribunal Constitucional estimó factible predicar que aquéllas *“también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho –a la que pueden acogerse si les place–, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede a establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia [constituida por una pareja de personas del mismo sexo] de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por [tales parejas].”*⁶

De igual manera, la Corte adoptó las siguientes decisiones: (i) declaró exequible, por los cargos analizados, la expresión *“hombre y mujer”*, del artículo 113 del Código Civil; (ii) exhortó al Congreso de la República para que, antes del 20 de junio de 2013, legislara, *“de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”*; y (iii) previó que, si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República *“no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*. El propósito del fallo fue doble: respetar la facultad legislativa del Congreso de la República (**principio mayoritario**); y permitirle a las parejas del mismo sexo constituir una familia, mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, en caso de que el legislador no estableciera los parámetros normativos al respecto (**principio de prevalencia de los derechos fundamentales**).

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 577 de 2011.

⁶ En los términos de los Magistrados que aclararon sus votos (María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas) la Corte reconoció: *“el derecho constitucional que tiene toda pareja de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal”*. En tal sentido, se consideró que si el ordenamiento jurídico amparaba a las familias conformadas por parejas de distinto sexo, mediante matrimonio o unión marital de hecho, en tanto que aquellas del mismo sexo únicamente lo eran mediante uniones de hecho, se configuraba un *“déficit de protección irrazonable”*. En sentir de los referidos Magistrados, no existía una finalidad válida para que el orden legal no les permitiera a las parejas del mismo sexo, *“gozar efectivamente de su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal”*. En la Sentencia C-577 de 2011 la Corte le reconoció al Congreso de la República un amplio margen de configuración para legislar con miras a garantizarle a las parejas del mismo sexo el derecho constitucional a configurar una familia, mediante un acto de carácter *“marital, solemne y formal”*. Lo anterior, teniendo presente que: *“La Constitución Política de Colombia de ninguna manera excluye, prohíbe o impide al legislador la posibilidad de consagrar un matrimonio entre parejas del mismo sexo”*.

Vencido el término señalado en la Sentencia C-577 de 2011, el Congreso de la República no expidió la legislación que eliminara el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo en Colombia.

Con base en el principio constitucional de autonomía judicial, algunos Jueces civiles interpretaron la Sentencia de la Corte, en el sentido de que el vínculo solemne y formal que podían contraer las parejas del mismo sexo correspondía a aquel del matrimonio civil. Para tales efectos, los funcionarios aplicaron, por vía analógica, las normas civiles que regulan el matrimonio entre parejas de distinto sexo.

Algunos Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, por el contrario, entendieron que se trataba de un contrato civil innominado - mas no de un matrimonio-, en tanto que la Procuraduría General de la Nación formuló diversas acciones de tutela encaminadas a evitar la celebración de matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo.

Bajo estas precisas circunstancias y tomando en cuenta: (i) la existencia de diversas y opuestas interpretaciones sobre el contenido de la regla judicial creada en la parte resolutive de fallo C-577 de 2011; (ii) la persistencia de un déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo en relación con las características del vínculo formal y solemne que pueden contraer, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011; (iii) la omisión relativa del Congreso de la República de su deber de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías sexuales en Colombia; (iv) la existencia de diversas líneas jurisprudenciales consolidadas sobre la dignidad humana, el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminación; (v) la paulatina conquista de derechos por parte de las parejas del mismo sexo; y (vi) la competencia de los jueces constitucionales para superar el déficit de protección, la Corte considera necesario adoptar una sentencia de unificación en materia de uniones maritales solemnes entre parejas del mismo sexo.

La Sala Plena verifica que el Congreso de la República ha omitido regular las relaciones jurídicas derivadas de las diversas modalidades de uniones de convivencia de las parejas del mismo sexo. Desde 1999 a la fecha, se han archivado o retirado - en algunas ocasiones sin discusión alguna-, 18 proyectos de ley del más variado alcance⁷ y naturaleza, que

⁷ Proyecto de Ley 097 de 1999 Senado. “*Por la cual se protegen y reconocen derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales*”. Archivado; Proyecto de Ley 085 de 2001 Senado. “*Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos*”. Archivado; Proyecto de Ley 043 de 2002 Senado. “*Por la cual se protegen y reconocen los derechos a las mujeres y hombres bisexuales y homosexuales*”. Archivado en Plenaria de Senado en sesión del 26

buscaban suplir el déficit de protección, tantas veces reclamado, mediante la normalización y la nominación jurídico-dispositiva de las comunidades de vida de aquéllas.

La última exhortación al Congreso de la República surgió precisamente de la sentencia C-577 de 2011. Transcurridos cinco años aproximadamente, como ya se ha dicho, desde su pronunciamiento, continúa como omisión legislativa relativa el déficit de protección tantas veces invocado, sin restauración constitucional plausible, toda vez que, a la fecha de esta providencia, las parejas del mismo sexo no cuentan con una opción clara, idónea y jurídicamente eficaz para contraer matrimonio, en iguales condiciones a las de las parejas heterosexuales, dado que la figura de la unión marital de hecho, y la indeterminada “unión solemne”, resultan insuficientes e implican un déficit de protección constitucional⁸.

He aquí el ámbito fáctico de la competencia que asume la Corte Constitucional mediante esta sentencia de unificación.

de agosto de 2003; Proyecto de Ley 113 de 2004 Senado. *“Por la cual se reconocen la unión de parejas del mismo sexo y sus efectos patrimoniales”*. Archivado el 27 de junio de 2005; Proyecto de Ley 130 de 2005 Senado / 152 de 2006 Cámara. *“Por la cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo”*. Aprobado en cuatro debates y archivado en trámite de conciliación; Proyecto de Ley 005 de 2007 Cámara y 214 de 2007 Senado. *“Por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo”*. Aprobado en la Cámara de Representantes y posteriormente archivado; Proyecto de Ley 001 de 2007 Senado acumulado con 006 de 2007 Senado. *“Por el cual se dictan normas para la protección social de las parejas del mismo sexo”*. Archivado; Proyecto de Ley 006 de 2007 Senado acumulado con 001 de 2007 Senado. *“Mediante el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones”*. Archivado en comisión; Proyecto de Ley 073 de 2010 Senado. *“Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus efectos legales”*. Archivado; Proyecto de Ley 029 de 2011 Cámara. *“Por medio del cual se crea el contrato de unión civil entre personas”*. Retirado sin discusión; Proyecto de Ley 037 de 2011 Cámara. *“Por medio del cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros”*. Archivado sin discusión; Proyecto de Ley 047 de 2011 Cámara. *“Por medio del cual se regula la unión civil entre parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones”*.. Archivado sin discusión; Proyecto de Ley 058 de 2011 Cámara. *“Por medio del cual se modifica el Código Civil, el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”*. Archivado sin discusión; Proyecto de Ley 047 de 2012 Senado. *“Por medio de la cual se regula la unión civil entre parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones”*. Archivado en Plenaria; Proyecto de Ley 067 de 2012 Cámara acumulado con 101 y 113 de 2012 Cámara. *“Por medio del cual se crea el pacto de unión civil”*. Archivado; Proyecto de Ley 113 de 2012 Cámara. *“Por medio del cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros”*. Archivado sin discusión; Proyecto de Ley 101 de 2012 Cámara. *“Por medio del cual se modifica el Código Civil en materia de matrimonio y se dictan otras disposiciones”*. Archivado sin discusión; Proyecto de Ley 141 de 2015 Senado. *“Por medio del cual se regula unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones”*. Archivado.

⁸ La Corte ha reconocido el déficit de protección en los derechos de las parejas del mismo sexo en las Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, C-029 de 2009, C-592 de 2010, C-577 de 2011, T-716 de 2011 y SU 617 de 2014, entre otras.

La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél⁹.

La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario¹⁰.

Estas circunstancias se han verificado en otras latitudes y sistemas jurídicos con la misma solución aquí dispensada. Viene al punto, precisamente, la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, de 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015)¹¹, por la cual se determinó que el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio es de rango constitucional:

“La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los **individuos no tienen por qué esperar una acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental**. Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados, quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra Carta más básica”.

⁹ En este sentido consultar, Luigi Ferrajoli, “*Principia iuris*”. Teoría del derecho y de la democracia. Editorial Trotta. Madrid. 2011.

¹⁰ A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, “*El federalista*”, Fondo de Cultura Económica, México, p. 222. “*sólo hay dos maneras de precaverse contra estos males: primero, creando en la comunidad una voluntad independiente de la mayoría, esto es, de la sociedad misma; segundo, incluyendo en la sociedad tantas categorías diferentes de ciudadanos que los proyectos injustos de la mayoría resulten no sólo muy improbables sino irrealizables*”. En el fallo *States vs. Carlorene Products Co*, la Suprema Corte de los Estados Unidos señaló: “*a) es correcto que la Corte intervenga para proteger el buen funcionamiento del sistema democrático, sobre todo preocupándose por mantener abiertos los canales de participación y comunicación políticas; y b) es correcto que la Corte se preocupe por el modo como las mayorías tratan a las minorías de todo tipo (raciales, religiosas, etc), y, especialmente, por cómo tratan a aquellas minorías contra las que existen extendidos prejuicios*”. Gargarella Roberto, *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p. 146.

¹¹ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sentencia del de 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015), traducción libre.

“Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando él o ella se ve perjudicado o perjudicada, inclusive si el público más amplio no está de acuerdo e inclusive si la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, para colocarlos más allá del alcance de las mayorías y de los funcionarios **y establecerlos como principios jurídicos a ser aplicados por las cortes**” (negritas y subrayados agregados).

Aunado a lo hasta aquí discurrido, en el aspecto de los ámbitos de interpretación, bien en sede de control abstracto (acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley), ora en sede de control concreto, por vía de acción de tutela, la Corte ha precisado algunos alcances de sus fallos de constitucionalidad, sin que aquello configure desconocimiento alguno del principio de la cosa juzgada. *Verbi gratia*, en providencia T-051 de 2010, la Sala Segunda de Revisión interpretó la Sentencia C-336 de 2009, para señalar que dicho pronunciamiento no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo, la declaración de una unión marital de hecho ante Notario Público, firmada por el causante y el solicitante.

De sobra esta decir que esta sentencia de unificación no impide, que el Congreso de la República ejerza sobre esta misma materia, en lo sucesivo, cuando a bien lo tenga, en un ejercicio democrático de sus competencias constitucionales, la regulación tantas veces promovida para suplir en su integridad el déficit de protección que se echa en falta; actividad funcional que estará legitimada por el respeto y los límites dispuestos por el constituyente en torno a los derechos fundamentales que son de naturaleza progresiva y no admiten regresividad.

En conclusión: tomando en consideración que el Congreso de la República omitió legislar para poner fin al déficit de protección que aqueja a las parejas del mismo sexo en materia de formalización de su vínculo marital solemne, y con base en lo decidido en Sentencia C-577 de 2011, la Corte reitera que el referido vínculo contractual corresponde a la celebración de un matrimonio civil, en los términos del artículo 113 del Código Civil.

2. Problemas jurídicos

Los seis (6) casos acumulados de amparo plantean el siguiente problema jurídico, de carácter general: ¿celebrar un contrato civil de matrimonio

entre parejas del mismo sexo, en lugar de una unión solemne innominada, con miras a suplir el déficit de protección declarado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011, configura una violación del artículo 42 Superior, tal y como lo aducen quienes se negaron a celebrar o a registrar los matrimonios civiles igualitarios?; o por el contrario, como lo interpretaron los jueces civiles que los celebraron, ¿constituye una adecuada interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, un ejercicio válido de autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana?

Adicionalmente, la resolución de los asuntos plantea problemas jurídicos concretos, relacionados con la calidad de los accionados (Notarios Públicos, Jueces de la República, Registradores del Estado Civil) y de los accionantes (particulares y Procuraduría General de la Nación)

Acciones de tutela contra providencias judiciales

- **Legitimación activa.** Acciones de tutela formuladas por la Procuraduría General de la Nación contra Autos proferidos por Jueces civiles, quienes acogieron solicitudes de celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo (Exp. T- 4.189.649 y T- 4.259.509). Estos casos plantean el siguiente problema jurídico: ¿La Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 de 2011, el orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso?
- **Causales genéricas y específicas de procedencia del amparo contra providencias judiciales.** Acción de tutela contra providencia judicial (Exp. 4.488.250). Se demanda en concreto un Auto, proferido por un juez civil municipal, mediante el cual: (i) se anuló el matrimonio celebrado entre un transgenerista y una mujer; y (ii) se ordenó compulsarles copias a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia. La resolución de este caso plantea los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿se cumplen los requisitos genéricos de procedencia del amparo contra providencias judiciales?; y (ii) ¿la autoridad judicial incurrió en algún defecto al momento de adoptar su decisión?

Acciones de tutela contra particulares que ejercen funciones públicas (Notarios Públicos)

- **Deberes de las autoridades encargadas de celebrar matrimonios civiles.** Acciones de tutela formuladas contra Notarios Públicos que se niegan a celebrar un matrimonio civil (T-4.167.863 y T-4.353.964). Estos asuntos plantean el siguiente problema jurídico: ¿los Notarios Públicos que se negaron a realizar matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, desconocieron los derechos fundamentales de los peticionarios?

Acciones de tutela contra funcionarios registrales

- **Deberes de los Registrados del Estado Civil en relación con la inscripción del matrimonio civil.** Acción de tutela contra negativa de un Registrador Auxiliar a inscribir en el Registro Civil un matrimonio civil celebrado por una pareja del mismo sexo (T-4.309.193). En este caso el problema jurídico es el siguiente: ¿un Registrador Auxiliar el Estado Civil puede negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado entre una pareja del mismo sexo, alegando estar cumpliendo con la sentencia C-577 de 2011?

3. Subreglas constitucionales

La resolución de los diversos problemas jurídicos pasa por aplicar las siguientes subreglas constitucionales, referentes a los siguientes temas:

3.1. El derecho a contraer matrimonio civil en condiciones de dignidad, libertad e igualdad

- El paradigma del Estado Social de Derecho se funda sobre el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones.
- Toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea en forma natural (unión marital de hecho) o unión solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección bajo la Constitución y la ley.
- Los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual.

3.2. Existencia de un trato discriminatorio entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en materia de celebración de matrimonio civil

- Los contratos innominados, mediante los cuales se pretende solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, dada su precaria naturaleza jurídica, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011.

3.3. Ejercicio de funciones judiciales, notariales y registrales en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo

- Los Jueces de la República, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos igual trato.
- Vencido el plazo fijado por la Corte en su Sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), la ausencia de regulación en materia de unión marital solemne entre parejas del mismo sexo, fue colmada mediante la aplicación del numeral 5° de aquélla, y en consecuencia, los Jueces civiles que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundándose para ello en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y en el respeto de la dignidad humana, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial.
- Los Registradores del Estado Civil no pueden negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.
- Los Notarios Públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo.
- Un juez de la República incurre en un defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes.

3.4. Funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación en relación con la formulación de acciones de amparo

- La Procuraduría General de la Nación carecía de legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 de 2011, del orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Las referidas subreglas constitucionales encuentran su fundamento en los siguientes elementos interpretativos: (i) El lenguaje como relación de poder. Determinación del significado de la palabra “matrimonio”; (ii) En la actualidad, la sexualidad y la procreación son fines mas no elementos esenciales del matrimonio; (iii) Avances del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en el derecho comparado; (iv) Los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (v) En virtud de los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual; (vi) Efectos jurídicos de considerar, equivocadamente, que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio); y (vii) Los jueces civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial.

Antes de entrar a analizar cada uno de los fundamentos de las subreglas constitucionales y resolver el fondo del asunto, la Corte: (i) reiterará su jurisprudencia sobre la procedencia del amparo contra providencias judiciales, Notarios y Registradores del Estado Civil; y (ii) analizará la ausencia de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación para formular acciones de tutela encaminadas a evitar la realización de matrimonios igualitarios.

4. Procedencia del amparo contra providencias judiciales y ejercicio de funciones públicas de Notarios y Registradores del Estado Civil. Reiteración de jurisprudencia

4.1. Acción de tutela contra providencias judiciales. De manera constante la Corte ha considerado la existencia de unos requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales¹². En cuanto a los primeros:

¹² Sentencia C-590 de 2005.

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios - de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable¹³.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁴.
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁵.
- f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁶.

En relación con los requisitos o causales especiales de procedibilidad, la Corte considera que el demandante debe probar la existencia de una o varias de las siguientes:

- a. Defecto orgánico. Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto. Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico. Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

¹³ Sentencia T-504/00.

¹⁴ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

¹⁵ Sentencia T-658-98

¹⁶ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

- d. Defecto material o sustantivo. Se trata de casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁷ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido. Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y aquello lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación. Implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente. Hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁸.
- h. Violación directa de la Constitución.

4.2. Acción de tutela contra notarios. La Corte Constitucional ha considerado que en los términos del artículo 86 Superior, al ser los notarios particulares que ejercen una función pública, es procedente formular acción de tutela contra ellos, cuando con su acción u omisión amenacen o vulneren un derecho fundamental¹⁹. En tales casos, el amparo procederá cuando: (i) el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; o (iii) se interpone para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental, supuesto en el que el amparo será decretado de manera transitoria, es decir, mientras se produce una decisión definitiva por parte del juez natural.

4.3. Acción de tutela contra Registradores del Estado Civil. La Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede contra la

¹⁷ Sentencia T-522/01

¹⁸ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

¹⁹ Ver por ejemplo, T-464 de 1995 y T-729 de 2011.

Registraduría Nacional del Estado Civil, bajo el cumplimiento de las condiciones fijadas en el artículo 86 Superior. Así por ejemplo, en Sentencia T- 063 de 2015, siguiendo los precedentes sentados en fallos T- 918 de 2012 y T-231 de 2013, ordenó modificar el sexo en el Registro del Estado Civil de una persona transgénero vía notarial.

5. Ausencia de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación para formular acciones de tutela encaminadas a evitar la celebración de matrimonios igualitario.

El artículo 277 Superior atribuye, entre otras, las siguientes competencias al Procurador General de la Nación:

“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Consonante con lo anterior, el artículo 38 del Decreto 262 de 2000 consagra expresamente la competencia de la Procuraduría para interponer acciones de tutela:

ARTÍCULO 38. Funciones preventivas y de control de gestión. Los procuradores judiciales tienen las siguientes funciones preventivas y de control de gestión:

1. Interponer las acciones populares, **de tutela**, de cumplimiento, de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales, y las demás que resulten conducentes para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público.

En Sentencia T-176 de 2011, la Corte interpretó el alcance de las referidas competencias constitucionales y legales de la Procuraduría General de la Nación, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia ha considerado que se configura la legitimación en la causa, por activa, en los siguientes casos: (i)

*cuando la tutela es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada en sus derechos; (ii) cuando la acción es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con quienes representan a los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) también, cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado, “caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”; (iv) igualmente, en los casos en que la acción es instaurada como agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la defensa de sus derechos por su propia cuenta, como sucede, por ejemplo, con un enfermo grave, un indigente, o una persona con incapacidad física o mental. Finalmente, (v) la acción de tutela puede ser instaurada **a nombre del sujeto cuyos derechos han sido amenazados o violados**, por el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el **Procurador General de la Nación**, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.” (Negritas agregadas).*

En diversas oportunidades, la Corte ha reconocido que la Procuraduría General de la Nación cuenta con legitimación activa para interponer acciones de tutela en defensa de los derechos fundamentales, *verbi gratia*, de los niños²⁰, de personas jurídicas de derecho público²¹, de los indígenas²², así como de ciudadanos en el curso de un proceso de expropiación.²³ Todos estos casos tienen un denominador común: se trata de personas que se encuentran en un estado de indefensión o de la protección del interés público.

En los casos de los expedientes T- 4.189.649 y T-4.259.509 el Agente del Ministerio Público intervino activamente durante el trámite de la solicitud de celebración de matrimonio civil, alegando violación del ordenamiento jurídico.

Las atribuciones constitucionales y legales conferidas a la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de interponer acciones judiciales en defensa del orden jurídico y de los derechos fundamentales, deben diferenciarse, en razón de sus motivaciones y sus finalidades.

²⁰ Sentencia T- 049 de 1995.

²¹ Sentencia T- 518 de 2003.

²² Sentencia T-007 de 1995.

²³ Sentencia T-662 de 2002.

Resulta inadmisibles que el Ministerio Público formule diversas acciones de tutela encaminadas no a la protección de los derechos constitucionales, sino a evitar que las parejas del mismo sexo ejerzan su derecho a celebrar una unión marital y formal, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011. La defensa del ordenamiento jurídico no puede servir de pretexto para pretender desconocer los derechos de las minorías sexuales. En otras palabras, la Procuraduría General de la Nación no puede usar su poder sancionatorio disciplinario, ni invocar la protección de derechos humanos, para imponer barreras a los derechos de las familias diversas²⁴.

En conclusión: partiendo del papel que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación, este organismo de control no puede formular una acción de tutela destinada a impedir la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, alegando vulneración del orden jurídico, cuando quiera que, en estos asuntos, prevalece el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, lo cual torna, obviamente, improcedentes las acciones públicas aquí promovidas. En otras palabras, el Ministerio Público, si bien se encuentra facultado para interponer acciones de amparo en defensa de los derechos fundamentales de las personas, en el caso concreto carecía de legitimación activa por cuanto la Sentencia

²⁴ En el mismo sentido, en Sentencia T-444 de 2014, la Corte consideró que “La Procuraduría General de la Nación podría llegar a afectar por vía general los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer valer, a través de directrices de carácter general respaldadas por el uso del poder disciplinario, una interpretación única y específica de una sentencia en la que, por el contrario, la Corte determinó la existencia de un déficit de protección para las parejas del mismo sexo en lo que respecta a las vías jurídicas de las que disponen para formalizar y solemnizar su unión, pero no determinó la manera en que el legislador debe remediar tal situación de infraprotección o, en su defecto, los jueces y notarios proceder a formalizar de manera solemne los vínculos entre parejas del mismo sexo que así lo soliciten. El uso específico que la Procuraduría hace de la información contenida en esta base de datos constituye una violación parcial del principio de finalidad del tratamiento de los datos, pues aunque es válido que se quiera emplear esa información para hacer cumplir una decisión de constitucionalidad y hacer valer los derechos fundamentales de las personas, no es válido que aquella información se utilice para (i) imponer a través de directrices de carácter general una determinada lectura de la sentencia C-577 de 2011, tratando de dar a la misma fuerza general obligatoria; a la vez (ii) sugerir que se podría usar el poder de vigilancia y control en contra de aquellas personas que puedan desatender tal posición. Estos medios de intervención afectan las competencias y la autonomía e independencia institucional de quienes desempeñan funciones judiciales (arts. 228 y 230 CP) y, en consecuencia, amenazan el derecho de acceso a la justicia de la accionante y de su pareja y demás personas que, en igual situación, demandan el reconocimiento formal y solemne de su vínculo familiar (art. 229 CP).

C-577 de 2011 le reconoció a las parejas del mismo sexo sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad.

6. El lenguaje como relación de poder. Determinación del significado de la palabra “matrimonio”

La noción de “*juegos de lenguaje*” articula signos y acciones, colocando el acento en el carácter social y contextual del significado que tienen las palabras dentro de una determinada cultura, un sistema de valores y unas formas de vida²⁵.

El lenguaje no pretende ser sólo un espejo de la realidad, sino además un “*sistema de reglas*” compartidas por los hablantes, que nos permite interactuar y comprendernos mutuamente. De allí que utilizar un lenguaje sea “*actuar conforme a una forma de vida, asumir un modo de vivir en la sociedad*”.²⁶ Emplear un determinado lenguaje es estar de acuerdo con un conjunto de patrones de conducta socialmente preestablecidos.

El derecho se sirve igualmente de un lenguaje preexistente en la sociedad como herramienta, con diversos propósitos: delimita y clasifica situaciones fácticas; fija límites a la conducta humana; define derechos y obligaciones; configura instituciones políticas y sociales; entre otros.

El lenguaje jurídico no es neutro:

“El derecho es una creación espiritual técnica que se manifiesta en su propio lenguaje. Una lengua, que, a más de ser una técnica, es la expresión de un sistema racional y ético, correspondiente a una moral material jurídica. Y apenas hay que decir que tampoco el lenguaje jurídico es neutro o inocente. Lleva consigo todo un sistema de pensamiento, una articulación de conceptos y de principios, una carga afectiva o pasional de valores. Preciso es recordar la experiencia del idioma vulgar y del derecho vulgar. Las palabras, los giros, las normas, comprometen, envuelven, afilan.”²⁷

Así las cosas, la configuración de un concepto jurídico, como es aquel del matrimonio, responde no sólo a la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad. Se trata, en consecuencia,

²⁵ Wittgenstein, *Tractatus Lógico-Philosophicus*, París, Gallimard, 1961

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Fernando Hinestrosa, “Principios sobre contratos internacionales”, UNIDROIT, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, Imprenta Nacional, 1997, p. 19.

de un concepto evolutivo, cuya comprensión ha variado a lo largo de los siglos.

De conformidad con los planteamientos expuestos por los filósofos del lenguaje, aquello que los individuos se representan mentalmente cuando se alude a la palabra “matrimonio”, dependerá del resultado de unas relaciones de poder, la interacción entre un conjunto de valores culturales, y asimismo, lo socialmente preestablecido y aceptado por las mayorías.

Así por ejemplo, en la antigüedad, el matrimonio era concebido como una alianza económica política y militar, entre dos familias²⁸.

En Egipto, según los expertos, “no existía un término específico para denominar el matrimonio, que constituye un estado *de facto*, aquel de la fundación de un nuevo hogar. Al mismo tiempo, la expresión ‘sentarse al lado de’, era sinónimo de ‘casarse’ para la mujer”.

En las sociedades mesopotámicas, de tipo patriarcal, se diferenciaba entre la esposa principal (*pânit*); segunda esposa (*urkittu*) y la concubina (*esirtu*).²⁹ Esta distinción corresponde a una jerarquía, en términos de derechos y obligaciones, al interior de la familia. El marido (*baâl*) es el jefe del hogar, imponía su autoridad sobre la esposa y era el propietario de todos los bienes.

En el antiguo Israel el matrimonio tenía un carácter sagrado, su celebración era decidida por los padres, quienes unían sus familias por intereses comunes. Los futuros cónyuges no podían opinar y sin el acuerdo de los padres, la boda no tenía lugar³⁰.

La polis griega estaba conformada por unidades individuales denominadas *oikos* (familias). Según Aristóteles, al interior del *oikos*, el hombre se comporta como un “amo absoluto” (*despotikos*), en relación con los esclavos; en términos de “rey” (*basilikos*), respecto de los hijos, y como ciudadano de un estado democrático (*politikos*) en relación con la mujer. De allí que el matrimonio era concebido como un **acto cívico**, celebrado entre ciudadanos libres e iguales, con una dimensión religiosa, que apuntaba a preservar los cultos familiares.³¹

Sin embargo, en griego antiguo, el matrimonio como tal carecía de un término específico. Para significar “estar casado”, el griego acudía a la

²⁸ Salles, C., “Le mariage dans l’antiquité”, en *Histoire du mariage*, París, 2009, p. 9.

²⁹ *Ibidem*, p. 27.

³⁰ *Ibidem*., p. 43.

³¹ Salles, C., “Le mariage dans l’antiquité”, en *Histoire du mariage*, París, 2009, p. 61.

palabra “synoikein” (habitar con) y sus derivados “synoikisia” y “synoikision” (vida en común). De allí que Aristóteles afirmara: “La unión entre un hombre y una mujer no tiene nombre” (anônymon).³²

En Roma, la palabra matrimonio también tuvo diversos significados:

La palabra “familia” (*domus*) engloba a todos aquellos que viven en una casa: niños y adultos, hombres y mujeres, libres y esclavos, quienes se encontraban bajo la *potestas* del *pater familias*. El latín no poseía un término específico para denominar la familia nuclear (padres e hijos), ya que sólo empleaba aquel de familia extendida, conformada por distintas personas que se encontraban bajo la autoridad del *pater familias*.

El término *gens* designa al conjunto de familias que descienden de un ancestro común. Sólo los patricios constituían una *gens* y transmitían su nombre (gentilicio), de generación en generación.

La lengua latina contaba con un rico vocabulario para referirse a las diferentes alianzas existentes entre un hombre una mujer:

El *conubium* designaba el derecho a contraer matrimonio, reservado a los ciudadanos romanos (*jus conubii*). Durante los primeros siglos de la historia romana, sólo los patricios poseían el *ius conubii*. En 445 AC, la Ley Canuleia lo extendió a todos los romanos. Luego del S. I AC, como consecuencia de las luchas sociales, el conjunto de los habitantes de las ciudades italianas obtienen el *ius conubii*. De la mano de la extensión de la ciudadanía, el *ius conubii* se amplió a favor de todos los habitantes del imperio.

La unión entre esclavos, o entre uno y una persona libre, se denominaba *contubernium*. En palabras de Gayo: “Entre un esclavo y una persona libre, no puede existir *matrimonium*, sino *contubernium*”³³. Además, para poderse celebrar la ceremonia, se requería contar con el previo consentimiento del “amo”.

Aunado a lo anterior, el *ius conubii* regulaba las reglas sucesorales: “para que una mujer pueda demandar la sucesión intestada de su marido, es necesario que el matrimonio sea legítimo. La sucesión no tendrá lugar en caso de “matrimonio injusto” (*injustum matrimonium*) (Digesto, 38, 11, 1).

³² Aristóteles, *La política*, Madrid, 1970., p. 232.

³³ Gayo, *Instituciones*, I, 56.

Hacia los siglos V y VI de nuestra era, en los pueblos germánicos coexistían cuatro formas de establecer un vínculo entre una pareja: donación de la hija por el padre; selección mutua de los contrayentes; compra de la futura esposa y raptó. A su vez, sólo las uniones entre las familias reales se denominaban “Stämme”³⁴, entendida como un intercambio de contrayentes, con miras a alcanzar un equilibrio de poder entre los diversos grupos étnicos. En otras palabras, la denominación y los fines de las distintas uniones entre las parejas, dependían del lugar que ocupaban en la sociedad medieval.

Bajo la influencia de la Iglesia Católica, el sentido de la palabra “matrimonio” cambió, para significar la celebración de un sacramento, cuyos elementos eran: indisolubilidad, heterosexualidad de los contrayentes y fines procreativos (Concilios de Letrán, 1215 y de Trento, 1545)³⁵.

La Reforma Protestante redefinió el concepto de “matrimonio”, negándole su carácter sacramental, aunque preservando el elemento del consentimiento libre como esencial para su celebración³⁶.

La secularización, y una nueva redefinición de la palabra “matrimonio”, arribó con la Revolución Francesa. En adelante, se trataría de una institución laica, de un contrato civil, celebrado libremente entre ciudadanos, cuyos contrayentes se encuentran en condiciones de igualdad, con los mismos derechos y obligaciones.³⁷ En tal sentido, la Constitución de 1791, le acordó al legislador las siguientes competencias:

“La ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil. El poder legislativo establecerá, para todos los habitantes, sin distinción alguna, el modo por el cual los nacimientos, matrimonios y decesos serán verificados y designará a los funcionarios públicos que solemnizarán y preservarán las actas”.

De tal suerte que el significado y los fines del matrimonio civil variaron por completo: se abandona la regulación canónica y se deja en libertad a los contrayentes para celebrar, adicionalmente, una ceremonia

³⁴ Charles M. de la Roncière, “Rites et idéaux chrétiens face aux pratiques séculaires”, Histoire du mariage, Paris, 2009

³⁵ Charles M. de la Roncière, “Rites et idéaux chrétiens face aux pratiques séculaires”, Histoire du mariage, Paris, 2009.

³⁶ *Ibidem*, p. 447.

³⁷ Ghislaine de Feydeau, “Un mariage qui resiste et des enjeux qui changent”, en Histoire du mariage, Paris, 2009, p. 637.

religiosa ³⁸ . Correlativamente, y alejándose del dogma de la indisolubilidad, el término “matrimonio” deja de asociarse con aquel de “indisolubilidad”: el 20 de septiembre de 1792, la Asamblea Nacional vota la Ley sobre Divorcio, previendo tres grandes causales: (i) mutuo consentimiento; (ii) incompatibilidad de caracteres; y (iii) presencia de unos motivos determinados (vgr. demencia, condena penal, abandono del hogar, entre otros).

El Código Civil de Napoleón (1804), habiendo definido la Constitución de 1791 al matrimonio como un “contrato civil”, se limita en 85 artículos (144 al 228), a desarrollar las condiciones que permiten la formación del vínculo jurídico, así como sus efectos, en términos de deberes y obligaciones entre los cónyuges.

La nueva concepción revolucionaria de la palabra “matrimonio”, influyó en la Constitución Belga (1831); en Alemania (Ley del Imperio de 1875); en Suiza (Ley Federal de 1874 y Código Civil de 1907); y en Hungría (Ley de 1894). Por el contrario, en otros países, coexistieron los matrimonios civil y religioso - a menudo preponderante y con reconocimiento de efectos civiles- dejando al primero como algo “opcional” y regulado únicamente por la ley civil (vgr. caso de Inglaterra con el *Marriage Act* de 1836). Por el contrario, en países como España y Portugal, mediante la celebración de Concordatos con la Santa Sede, se reintrodujo el matrimonio religioso, acompañado de uno civil “opcional”, e igualmente, se previó la indisolubilidad del vínculo, dejando sólo la opción de la separación de cuerpos.³⁹

De igual manera, en Colombia, los significados social y jurídico de la palabra “matrimonio” han evolucionado, de la mano de diversas tendencias, influencias, tensiones y oscilaciones.

Durante las primeras décadas de vida republicana, el sentido de la palabra “matrimonio” coincidió con aquel construido bajo el período colonial, consignado en la “Pragmática Real sobre Matrimonios de 1776”.⁴⁰

Bajo el amparo de la Constitución de la Nueva Granada de 1853, se expidió la Ley del 20 de junio del mismo año, donde se reguló, por primera vez, el matrimonio civil en Colombia, definiéndolo como un contrato. Se fijaban los impedimentos para contraer matrimonio, las formalidades inherentes al acto y las demandas sobre nulidad. La ley

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 649.

⁴⁰ Dueñas, G, “Matrimonio y familia en la legislación liberal del Siglo XIX”, Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura 29, 2002

previó causales disolución de la unión legalmente decidida por consentimiento mutuo de los cónyuges o por delito de alguno de ellos.

Al poco tiempo, mediante el artículo 4° de la Ley 8 de abril de 1856, se determinó que la única forma por la cual se disolvía un matrimonio era por la muerte de uno de los cónyuges. Se autorizaba la separación de cuerpos, pero no se permitía que los separados se casaran de nuevo.

En 1863, con el advenimiento del federalismo, la comprensión de lo que significaba el “matrimonio” en Colombia, varió entre los diversos Estados de la Unión: cada uno de los nueve Estados Federados adoptó su propia legislación en la materia. Así, mientras que en Antioquia se acogió la legislación canónica, en el sentido de concebirlo en términos de sacramento, en Santander se impuso el matrimonio civil como obligatorio, bajo la formalidad de un contrato⁴¹.

En 1873 se sancionó el Código Civil de la Unión, cuyos antecedentes se vinculan a los trabajos de Don Andrés Bello en Chile, cuyas fuentes de inspiración fueron: el Código Napoleónico de 1804; el Código Civil Austriaco de 1811, el derecho indiano, y en algunos aspectos, el derecho canónico. También se apoyó en la Ley de las Siete Partidas en lo que hace alusión a la comunidad de bienes en el matrimonio.⁴² De igual manera, se eliminó el divorcio, dejando sólo la separación de cuerpos y bienes.

Con el triunfo de La Regeneración y la expedición de la Constitución de 1886, el significado de la palabra “matrimonio” volvió a cambiar, de la mano de un rediseño de las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, marcado por la suscripción del Concordato de 1887: se restableció el matrimonio religioso como único y obligatorio para los creyentes, se le reconocieron plenos efectos civiles al vínculo sacramental, el cual se reputaba indisoluble, y se fijó la competencia de los tribunales eclesiásticos en materia de nulidad.

Mediante la Ley 20 de 1974 se aprobó el texto del Concordato, suscrito en 1973 entre la Santa Sede y el Estado colombiano. En virtud de este tratado internacional, se le reconocieron plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico (Artículo VII). Se afirmó igualmente que las causas relativas a la nulidad o la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos,

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Fernando Hinestrosa, *Concordato, Matrimonio y Divorcio*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1974, p. 156.

“incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la Sede Apostólica” (artículo VIII), e igualmente se convino que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios *“sean tramitadas por los jueces del Estado, en primera instancia ante el tribunal superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia”* (Artículo IX)⁴³.

Por medio de la Ley 1ª de 1976 se reguló en Colombia el divorcio en el matrimonio civil, así como la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico.

La Constitución de 1991 estableció como competencia del legislador fijar las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges. Igualmente previó que: (i) Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley; (ii) Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil; y (iii) También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

Consonante con lo anterior, se expidió la la Ley 25 de 1992, en la cual se previó que *“los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia”* (art. 5) y que asimismo un artículo transitorio a cuyo tenor: *“Las sentencias proferidas con fundamento en las causales de la Ley Primera de 1976, por aplicación directa del inciso undécimo del artículo 42 de la Constitución, tendrán todo el valor que la ley procesal les señala.”*⁴⁴

A manera de síntesis, se puede afirmar que la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y **lingüístico**. Su comprensión desborda el ámbito de lo estrictamente jurídico, llegando inclusive a lo que el antropólogo alemán Arnold Van Gennep denominó el “escenario nupcial” o el “rito de pasaje”, significando con ello la importancia que el simbolismo matrimonial tiene para los individuos, sus familias y la sociedad en general⁴⁵.

⁴³ La Corte Constitucional, en Sentencia C-027 de 1993 declaró inexecutable las siguientes disposiciones del Concordato: I, II, III, IV, V, VII, X, XVIII, XXI, XXIII, XXIV, XXV, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI y XXXII.

⁴⁴ Disposición declarada executable en Sentencia C-074 de 2004.

⁴⁵ Arnold Van Gennep citado por Martine Segalen en “L’Europe des rites de mariage”. Paris, Ed. Robert Laffont, 2009, página 782.

Una revisión de esta compleja historia, pone de presente la existencia de, al menos, las siguientes constantes y tensiones: (i) a lo largo de los siglos, el matrimonio ha conocido una ininterrumpida evolución; (ii) el derecho a contraer matrimonio ha sido objeto de diversas restricciones, fundadas en aspectos relacionados con el origen social de los contrayentes, nacionalidad, raza, religión y orientación sexual; (iii) de allí que, secularmente, la unión entre personas discriminadas no fuera calificada en términos de “matrimonio”, ni gozaba de los mismos derechos y reconocimiento social que los cónyuges; (iv) la regulación jurídica del matrimonio (vgr. capacidad para contraerlo, consentimiento, efectos jurídicos, fines, disolución, etc.) ha sido fuente de controversias entre las autoridades religiosas y civiles; (v) correlativamente, la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido abordada desde diversas ópticas (vgr. sacramento, contrato, institución de derecho natural, entre otras); y (vi) en la actualidad, en un Estado Social de Derecho, en un paradigma de separación entre la Iglesia y el Estado, la regulación del matrimonio desborda los clásicos cánones del derecho legislado (contrato civil), para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

De tal suerte que, siguiendo a Wittgenstein, la palabra “matrimonio” no es la representación de un hecho constante y uniforme. Su configuración y uso sociales son evolutivos; revelan la existencia de un conjunto de valores presentes en una sociedad en una determinada época, amén de dibujar las contradicciones y tensiones que enmarcan las relaciones de poder en un contexto histórico y cultural.

Hoy por hoy, las expresiones “matrimonio”, “relación matrimonial”, “celebración de matrimonio”, “consumación y consolidación matrimonial”, etcétera, corresponden a diversas expresiones que definen en común derechos fundamentales, que implican culturalmente la disposición de un programa de vida compartida por individuos de la especie humana.

7. En la actualidad, la sexualidad y la procreación son fines mas no elementos esenciales del matrimonio

El *quid iuris* del matrimonio no se determina por quienes lo conforman, sino por la finalidad que representa el libre ejercicio del derecho a formar una comunidad de vida. Así, el objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad. Aspecto sobre el cual conviene precisar que los fines del matrimonio no son exclusivamente el desarrollo de la sexualidad o la procreación, sino en esencia la consolidación de lazos de voluntad o

convivencia, que permiten conformar una familia. De lo contrario, a las parejas heterosexuales, que de manera libre deciden no procrear o aquellas personas con alguna limitación física para la reproducción, les estaría vedado contraer matrimonio. Del mismo modo, las personas que no se encuentran en capacidad de desarrollar una vida sexual plena se les impediría casarse⁴⁶.

Si bien es cierto que la sexualidad y la procreación son algunos de los fines legales del matrimonio, conforme lo preceptúa el Artículo 113 del Código Civil, también lo es que no constituyen elementos de su esencia, de conformidad con los parámetros constitucionales, en especial, el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad, ya que sin aquéllos, el vínculo continúa siendo válido y produciendo efectos jurídicos.

8. Los derechos de las parejas del mismo sexo en el derecho comparado

En un período de tan sólo quince años, la humanidad de manera gradual y progresiva ha venido reconociendo los derechos de las parejas del mismo sexo. En efecto, de los ciento noventa y cuatro (194) estados oficialmente reconocidos por la ONU, a la fecha veintitrés (23) han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, eliminando todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual.

En la experiencia del derecho comparado es posible evidenciar tres vías o fuentes jurídicas de reconocimiento, a partir de las cuales cada Estado nacional ha proscrito los tratos diferenciados basados en la orientación sexual y, consecuentemente, aprobado las uniones homoafectivas, entre las cuales, el matrimonio es una de sus tipologías, a saber: (i) los países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como consecuencia de decisiones judiciales adoptadas por los respectivos organismos judiciales. En algunos casos con posterioridad a estas decisiones judiciales, se aprobaron leyes que legalizaron el matrimonio homosexual; en segundo lugar, (ii) Estados que aprobaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo vía legislativa. En algunos de estos países, con posterioridad se profirieron decisiones judiciales que declararon la constitucionalidad de las leyes aprobatorias; y, en tercer lugar, (iii) aquellos países que, aunque de manera deficitaria reconocen uniones alternas al matrimonio, aun así otorgan personalidad o protección jurídica a las parejas del mismo sexo.

⁴⁶ En igual sentido, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en su Sentencia del 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015) consideró que “*Esto no quiere decir que el derecho a contraer matrimonio es menos significativo para los que no tienen o no pueden tener hijos*”.

De los veintitrés (23) países que permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo, en seis (6) es el resultado de decisiones judiciales, en dieciséis (16) como consecuencia de leyes aprobadas en los respectivos órganos legislativos y, en un solo caso este derecho fue aprobado mediante referendo, conforme se pasa a explicar.

8.1. Estados que aprobaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo por decisión judicial

El matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido por decisión judicial en Canadá (2004), Sudáfrica (2005), Israel (2006), México (2011), Brasil (2013) y Estados Unidos (2015). En cada caso varían los fundamentos jurídicos a partir de los cuales los tribunales reconocieron este derecho.

8.1.1. Canadá (institución fundamental)

En el año 2003, varios tribunales provinciales canadienses consideraron que la exigencia de diversidad de sexos, como condición tradicional para contraer matrimonio resultaba discriminatoria a la luz de la constitución (Acta Constitucional de 1982). A partir de ello, el Gobierno Federal tuvo la iniciativa de solicitarle a modo de consulta al Tribunal Supremo un dictamen sobre dicha cuestión, toda vez que en Canadá esta autoridad judicial posee atribuciones consultivas.

En la opinión consultiva emitida el 9 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo sostuvo que el matrimonio es una **“institución fundamental”**, por lo que una eventual reforma legal que permitiera el matrimonio entre parejas del mismo sexo no sería contraria a la *“Charter of Rights”*. De lo anterior, surgió la aprobación de la Ley Federal del 20 de julio de 2005, mediante la cual se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo⁴⁷. Por virtud de la Ley C-38 se estableció una nueva definición de matrimonio catalogándolo como *“una unión legal entre dos personas”*, por considerar que su significado tradicional vulneraba el derecho a la igualdad previsto en la Constitución.

8.1.2. Sudáfrica (derecho constitucional)

La sentencia del 1 de diciembre de 2005 de la Corte Constitucional de Sudáfrica dirimió el caso *“Fourie and Another v. Minister of Home Affairs”*

⁴⁷ En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. Luis María Díez Picazo. Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2007. pg.9

and another”, en el que una pareja conformada por dos mujeres demandó el reconocimiento legal de su unión. En dicha providencia, el Tribunal Constitucional de manera unanime declaró que la definición que el “*common law*” tradicionalmente había otorgado al matrimonio, al provenir del derecho romano germánico era inconstitucional, toda vez que excluía a las parejas del mismo sexo del status, beneficios y obligaciones reconocido a las parejas heterosexuales y, en consecuencia, concedió un plazo de doce meses al parlamento para “corregir” tal deficiencia⁴⁸. El fundamento jurídico principal de la decisión señala que la ley nacional de matrimonio era abiertamente inconstitucional, al limitar la posibilidad de casarse a la unión entre un hombre y una mujer, por lo que ordenó al Parlamento adicionar las palabras “*o cónyuge*” a la normatividad que regula el matrimonio, ya que las parejas del mismo sexo “*have a constitutional right to marry*”.

Al fijar el plazo de 12 meses para que el órgano legislativo modificara la Ley Nacional de Matrimonio, el Tribunal dispuso que, en caso de que se cumpliera este término y no se hubiese acatado la orden judicial, los tribunales debían aplicar las palabras de forma automática, garantizando así el derecho al matrimonio a las personas homosexuales. Como consecuencia de lo anterior, en noviembre de 2006 el Parlamento surafricano aprobó la “*Civil Union Act*”, norma a través de la cual se establece que por unión civil debe entenderse aquella conformada voluntariamente por dos personas mayores de 18 años y que puede ser solemnizada y registrada, entre otras, a través del matrimonio⁴⁹.

Adicionalmente, la Corte dispuso que al momento de legislar sobre la materia, el órgano legislativo debía regular la objeción de conciencia, la cual puede ser invocada por funcionarios que estén en contra de la medida con fundamento en sus convicciones más íntimas.

8.1.3. Israel

En Israel el matrimonio solo tiene validez si se realiza en el marco de una de las iglesias avaladas por el Estado. De allí que no exista tal cosa como el matrimonio civil en la legislación israelí, pues las únicas autoridades

⁴⁸ Traducción libre. El texto original es como sigue: “*The common law definition of marriage is declared to be inconsistent with the Constitution and invalid to the extent that it does not permit same-sex couples to enjoy the status and the benefits coupled with responsibilities it accords to heterosexual couples. (ii) The declaration of invalidity is suspended for twelve months from the date of this judgment to allow Parliament to correct the defect.*”

⁴⁹ Traducción libre. El texto original es como sigue: “*“civil union” means the voluntary union of two persons who are both 18 years of age or older. Which is solemnised and registered by way of either marriage or a civil partnership in accordance with the procedures prescribed in this Act to the exclusion while it lasts of all others: “civil union partner” means a spouse in a marriage or a partner in a civil partnership. as the case may be concluded in terms of this Act (...)*”

facultadas para officiar matrimonios son las eclesiásticas. Debido a esto, el matrimonio entre personas del mismo sexo no se puede efectuar legalmente en Israel, toda vez que ni el judaísmo, el islam ni las demás religiones reconocidas por el Estado permiten este tipo de unión.

Sin embargo a diferencia de los demás países de oriente medio, el Estado israelí no es ajeno al reconocimiento de los derechos de las personas del mismo sexo. Desde 1994 es posible que accedan a varios de los derechos derivados del matrimonio, como consecuencia de la ampliación de la ley de unión civil “Common Law marriage”, entre los cuales se destacan el derecho adquirir pensión de jubilación y a recibir el mismo trato que las personas heterosexuales en asuntos migratorios.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia ha avanzado hacia el reconocimiento de los derechos de las parejas homoafectivas. En efecto, en el año 2005 la Corte Suprema de Israel en protección de los derechos de un menor, reconoció el derecho a la adopción a las ciudadanas Tal y Avital Jarus-Hakak, sin que esta posibilidad estuviera legalmente prevista. Posteriormente, en sentencia del 21 de noviembre de 2006, la Corte Suprema con una votación a favor de seis de los siete magistrados, ordenó al Ministerio del Interior otorgar plena eficacia jurídica a los matrimonios de cinco parejas de hombres israelíes celebrados en Canadá.

Aunque no es posible que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio en Israel, la providencia judicial de la Corte Suprema otorga validez a los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero.

8.1.4. México (derecho fundamental)

Teniendo en cuenta que se trata de un sistema federal, cabe precisar que a nivel legislativo sólo algunos de los Estados han aprobado normas que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así por ejemplo, el Distrito Federal, desde el 29 de diciembre de 2009, publicó en la gaceta oficial el decreto por medio del cual se reformaron algunas disposiciones del Código Civil y se aprueba el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de la Nación mexicana al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010, formulada contra la reforma de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal determinó que existe un “*derecho fundamental al matrimonio y a fundar a la familia*”, el cual no puede “*vedarse por cuestiones de raza, nacionalidad o religión.*”

Posteriormente, al revisar un juicio de amparo en el que a una pareja del mismo sexo las autoridades del Estado de Oaxaca negaron la posibilidad de contraer matrimonio, la Suprema Corte de Justicia se pronunció en relación con el artículo 143 del Código Civil de ese Estado, en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo expuesto en el considerando octavo, el artículo 143 es inconstitucional en la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” y debe hacerse una interpretación conforme de la expresión “un solo hombre y una sola mujer” para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”.

En este orden de ideas, el efecto de la sentencia de amparo no sólo es para que se desaplique a las quejas en el presente y futuro la porción normativa declarada inconstitucional, sino también para que se les aplique la parte restante del precepto interpretado de conformidad con el principio constitucional de igualdad, de tal suerte que se entienda que “el matrimonio es un contrato civil celebrado entre dos personas para proporcionarse ayuda mutua en la vida”. Así, al haberse removido los obstáculos que impedían a la autoridad responsable que aplicó la norma impugnada atender la solicitud para contraer matrimonio formulada por las quejas, ésta deberá darle trámite.”⁵⁰

Aunque no en todos los Estados de México se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Suprema Corte de ese país ha allanado el camino para que los Estados en los cuales aún está restringido este derecho para un hombre y una mujer, reformen las legislaciones territoriales y, consecuentemente, permitan que las parejas del mismo sexo puedan contraerlo.

8.1.5. Brasil (derecho fundamental)

Con fundamento en lo dispuesto en el Artículo 3.IV de la Constitución que prohíbe toda discriminación fundada en el sexo, raza o color, el Supremo Tribunal Federal del Brasil, en sentencia del 5 de mayo de 2011 determinó que el Artículo 1723 del Código Civil, no puede interpretarse

⁵⁰ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia Nacional de México, No. 581/2012 del 5 de diciembre de 2012.

de manera restrictiva e impida el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo.

A pesar de que la Constitución del Brasil expresamente describe el matrimonio como el vínculo entre un hombre y una mujer el Tribunal Federal se basó en la máxima Kelseniana según la cual: “*lo que no esté jurídicamente prohibido, o no sea obligatorio, está permitido.*”, precisando que la Constitución Federal no limita la conformación del matrimonio a las personas heterosexuales. Con base ello, consideró que al tratarse de un asunto relacionado con la protección de derechos fundamentales, la unión estable homoafectiva debe regirse por las mismas reglas de la unión estable heteroafectiva. En palabras del Tribunal Federal:

*“En este caso, nosotros tenemos otra singularidad porque hay un tipo de inercia legislativa, por ello se reivindica, la actuación de la Corte. Y creo que la pretensión está formulada de manera correcta. Sería muy fácil responder que esa materia debería ser reglamentada por norma, ser editada por el Congreso nacional, y nosotros ya sabemos cuáles serían los resultados, tal como ha ocurrido con tantas decisiones que hemos proferido en sede de “mandado de injunção”. (...) **Por lo tanto, me parece un caso muy claro, precisamente, de protección de los derechos fundamentales.** (...) El limbo jurídico, aquí, inequívocamente, contribuye para que haya un cuadro de mayor discriminación; quizá contribuya incluso a las prácticas violentas que, de vez en cuando, hemos tenido noticia con respecto a estas personas. (...) Creo que **no exageramos cuando decimos que se está llamando a la Corte para decidir un caso que está relacionado con los derechos fundamentales,** y en el caso específico, sin lugar a duda, tiene relación con los derechos de minoría.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Posteriormente, en cumplimiento de esta providencia judicial, el Consejo Nacional de Justicia, autoridad que tiene a su cargo el control de la actividad judicial a nivel nacional, mediante Resolución del 14 de mayo de 2013, prohibió a todas las autoridades competentes, negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de efectuar los trámites para contraer matrimonio y realizar la inscripción oficial del mismo, o la conversión de documentos de uniones de hecho al matrimonio civil⁵¹.

⁵¹ Traducción libre. El texto original es como sigue: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.”

8.1.6. Estados Unidos (derecho fundamental)

El 26 de junio de 2015 en el caso *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en una decisión de cinco votos contra cuatro decidió que las parejas del mismo sexo tienen el derecho fundamental a contraer matrimonio en todos los Estados.

La Corte se fundamentó en: (i) este derecho forma parte de la autonomía personal de cada individuo; (ii) los precedentes de la Corte Suprema han reconocido que el derecho al matrimonio es fundamental; (iii) el matrimonio da eficacia a otros derechos conexos como lo son la crianza, procreación y educación de los niños, de manera que los menores que hacen parte de estas familias sufren el trato diferenciado de ser criados por padres que no están casados; (iv) el matrimonio es un pilar fundamental de la nación y los estados parte de la unión han aprobado muchos beneficios a quienes contraen dicho vínculo, por lo que las parejas homosexuales se ven injustificadamente excluidas de los mismos, y (v) el derecho a contraer matrimonio aplica a los estados de la unión en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal.

Para adoptar esta decisión judicial, la Corte Suprema de los Estados Unidos se valió de un juicio de razonabilidad en el que a través de un elemento de orden histórico, concluyó que el pasado no puede dominar el presente:

“La identificación y protección de derechos fundamentales es un elemento constante del deber judicial de interpretar la Constitución. Sin embargo, esta responsabilidad “no se ha limitado a ninguna fórmula”. *Poe' v. Ullman*, 367 U. S. 497, 542 (1961) (Harlan, opinión disidente). Por el contrario, **requiere que las cortes ejerzan un juicio razonado** al identificar aquellos intereses de la persona que, por ser tan fundamentales, el Estado los tiene que respetar. Véase *ibid.* Ese proceso está guiado por muchas de las consideraciones pertinentes al análisis de otras disposiciones constitucionales que establecen principios generales en vez de requisitos específicos.

La historia y la tradición guían y disciplinan este análisis pero no le establecen limitaciones externas. Véase *Lawrence*, supra, en la pág. 572. **Este método respeta nuestra historia y aprende de ella sin permitir que solo el pasado domine el presente.**” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Con base en lo anterior la Corte Suprema determinó que el derecho a contraer matrimonio es fundamental⁵²:

“Aplicando estos principios establecidos, la Corte ha resuelto que el derecho a casarse está protegido por la Constitución. En *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), el cual invalidó prohibiciones a las relaciones interraciales, la Corte unánimemente resolvió que el matrimonio es uno de los derechos personales vitales y esenciales a la consecución ordenada de la felicidad por “hombres libres”. La Corte reafirmó esa decisión en *Zablocki v. Redhail*, 434U.S. 374, 384(1978), donde resolvió que el derecho a casarse se obstaculizaba con una ley que prohibía que los padres atrasados en las pensiones alimenticias contrajeran matrimonio. Igualmente, la Corte aplicó este principio en *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 95 (1987), donde se resolvió que el derecho a contraer matrimonio estaba siendo obstaculizado por reglamentaciones que impedían que los presos se casaran. **A través del tiempo, y en otros contextos, la Corte ha reiterado que el derecho a contraer matrimonio es fundamental según la Cláusula de Debido Proceso de Ley.V**” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que se trata de una tradición de la gran mayoría de culturas, indefectiblemente ligada a la dignidad humana:

“La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, independientemente de su orientación sexual. Véase *Windsor*, 570 U.S., en k (op. En

⁵² Otra consideración en el mismo sentido que se encuentra en la sentencia es la siguiente: “*Un segundo principio en la jurisprudencia de esta Corte es que el derecho a contraer matrimonio es fundamental debido a que brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido. Este punto es fundamental en Griswold v. Connecticut, el cual resolvió que la Constitución protege el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos. 381 U.S., en la pág. 485. “Al sugerir que el matrimonio es un derecho más viejo que la Carta de Derechos,” Griswold describió el matrimonio de esta manera: “El matrimonio es una” unión para bien o para mal, idealmente duradera, e íntima al grado de ser sagrada. Es una asociación que promueve una forma de vida, no de causas; una armonía en el vivir, no en creencias políticas; una lealtad mutua, no proyectos comerciales o sociales. Sin embargo, es una asociación para un fin tan noble como cualquiera involucrado en nuestras decisiones anteriores”.* Id., en la pág. 486.

las págs. 22-23). **Hay dignidad tanto en la unión entre dos hombres o dos mujeres que buscan casarse como en su autonomía para tomar decisiones tan profundas.** Cf. Loving, supra, en la pág. 12 ([L]a libertad de casarse, o no casarse, con una persona de otra raza reside en el individuo y no puede ser vulnerada por el Estado).” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En complemento de lo anterior, la Corte desligó la decisión de posturas de orden ideológico, político, filosófico o religioso:

“El derecho a contraer matrimonio es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas solamente. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. **Muchos de los que consideran equivocado el matrimonio entre personas del mismo sexo llegan a esa conclusión basándose en premisas religiosas o filosóficas decentes y honrosas, y ni ellos ni sus creencias están siendo menospreciados aquí.** Pero cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley y en política pública, la consecuencia lógica es que el propio Estado da cierto imprimatur a una exclusión que pronto degrada o estigmatiza a aquellos cuya libertad es denegada. Según la Constitución, las parejas del mismo sexo buscan en el matrimonio el mismo trato jurídico que las parejas de sexos opuestos, y negarles este derecho menospreciaría sus decisiones y los denigraría como personas.”

Además, el tribunal supremo estadounidense consideró que impedir el matrimonio entre parejas del mismo sexo afecta los derechos fundamentales de los hijos:

“Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, por lo tanto, entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio ofrece, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. También sufren los costos materiales significativos de ser criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su voluntad a una vida familiar más difícil e incierta. De esta manera, las leyes sobre el matrimonio en cuestión causan daño

y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Sobre la competencia del legislador para determinar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte Suprema, sostuvo que los derechos fundamentales son principios que prevalecen en defensa de las minorías, las cuales no pueden estar sometidas a la espera de la función legislativa:

“La dinámica de nuestro sistema constitucional es que **los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental.** Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra carta más básica.

Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando él o ella se ven perjudicado o perjudicada, incluso si el público más amplio no está de acuerdo e incluso si la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución “fue” retirar” ciertos” temas” de” las” vicisitudes de las controversia política, para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y de los funcionarios **y establecerlos como principios legales a ser aplicados por las cortes.**”

8.2. Países que han aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo por decisión del respectivo órgano legislativo

Dieciséis países han aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo por vía legislativa, estos son: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Uruguay (2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2010), Francia (2013), Nueva Zelanda (2013), Finlandia (2014), Luxemburgo (2014), Inglaterra, Gales y Escocia (2014). En algunos de estos países con posterioridad se profirieron decisiones judiciales que declararon la constitucionalidad de las leyes aprobatorias del matrimonio entre personas del mismo sexo, como es el caso de España. A continuación se presenta una breve reseña del mecanismo legislativo de aprobación en cada uno de estos Estados:

8.2.1. Holanda

La legislación holandesa es la pionera esta materia, desde 1995 el parlamento creó una comisión especial encargada de investigar la

legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Este estudio culminó con la expedición de la ley que aprobó las uniones registradas (*geregistreerd partnerschap, 1 de enero de 1998*), que reconoció a las parejas del mismo sexo derechos y obligaciones “similares” que las de las personas heterosexuales, en lo que al matrimonio civil se refiere.

El 8 de julio de 1999 el gobierno holandés presentó un proyecto de ley de apertura del matrimonio a parejas homosexuales que fue aprobado por el parlamento el 1 de abril del año 2001. De esa manera, Holanda se convirtió en el primer país del mundo en legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

La ley introdujo enmiendas al libro 1 del Código Civil holandés, con el fin de establecer que el matrimonio podía también ser contraído por parejas del mismo sexo. A este respecto, es preciso señalar que no se reformó la regulación legal del matrimonio, toda vez que los deberes y derechos de los cónyuges siguen siendo los mismos, simplemente se extendió la figura para que no sólo personas de sexo opuesto pudieran contraer matrimonio⁵³, permitiendo, además, la adopción de niños holandeses. Así mismo, se modificaron materias relacionadas con los derechos sucesorales, tributarios, fiscales, de seguridad social, pensionales y migratorios.

8.2.2. Bélgica

La ley del 1 de junio de 2003 legalizó el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Bélgica. Por virtud de esta disposición las parejas del mismo sexo que decidan contraer matrimonio deben cumplir los mismos derechos y obligaciones que las uniones heterosexuales. Adicionalmente, gozan los beneficios relativos a la cobertura en seguridad social, los derechos sucesorales y deben cumplir con las obligaciones tributarias.

No obstante lo anterior, esta ley no incluyó los derechos de filiación y adopción a las parejas del mismo sexo y estableció que los hijos solo tendrán vínculo con la madre biológica. Esta limitación estuvo vigente hasta el 2006, año en el que el parlamento belga aprobó la adopción por parejas del mismo sexo.

8.2.3. España (derecho constitucional)

⁵³ En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. Luis María Díez Picazo. Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2007.pg. 7

El matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en España a partir del 3 de julio de 2005, con la aprobación por parte del Congreso de Diputados de la Ley 13/2005 *“por la cual se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio”*. A través de esta norma se realizaron cambios en el Código Civil para eliminar las limitaciones existentes y permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo el derecho a adoptar.

El legislador sustituyó la expresión *“marido y mujer”* por *“cónyuges”* y añadió un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil que dispone: *“el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”*

Tras su entrada en vigor el 30 de noviembre de 2005, el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la ley ante el Tribunal Constitucional, el cual fue resuelto mediante Sentencia 198⁵⁴ del 6 de noviembre de 2012, (esto es siete años después de su tramitación), con 8 votos a favor de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y 3 en contra.

Previamente, en providencia judicial de mayo de 2009, el Tribunal Supremo había negado a los jueces la posibilidad de oponerse a casar parejas del mismo sexo, en razón de sus creencias religiosas, por considera que estos están sometidos al principio de legalidad.

8.2.4. Noruega

El 1 de agosto de 1993 la legislación noruega avaló la figura de las uniones civiles entre personas del mismo sexo, otorgando los derechos y responsabilidades que se derivan de la figura del matrimonio y con aplicación de la normatividad vigente para los casos de divorcio.

Posteriormente, mediante proyecto de ley presentado el 14 de marzo de 2008, el gobierno noruego propuso la creación de una nueva ley que regulara la figura del matrimonio y equiparara los derechos de las personas homosexuales a los de los heterosexuales. El texto fue aprobado el 11 de junio de 2008 y amplió la posibilidad de realizar ceremonias religiosas, así como la adopción y los embarazos asistidos por personas homosexuales.

Para tal efecto, la legislación noruega modificó el concepto de género de los contrayentes, al cambiarlo a un estado neutro y se accedió a la

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 6 de noviembre de 2012.

aplicación de dicha figura sobre parejas homosexuales. También, se aceptó que dentro de las parejas de mujeres, cuando una de ellas queda embarazada por inseminación artificial, la otra pueda adquirir derechos de maternidad.

Un aspecto que merece relievase está dado porque la ley estableció que ni los curas de la Iglesia Luterana del Estado ni los pertenecientes a las demás religiones reconocidas en Noruega están obligados a celebrar matrimonios entre parejas el mismo sexo. Sin embargo, el 11 de abril de 2016 la Iglesia Luterana de Noruega tomó la decisión de permitir la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en sus templos. La medida no restringe la posibilidad, que tienen los pastores que se opongan a realizar la ceremonia y, por ello, se creará un nuevo ritual litúrgico que tendrá efectos a partir de enero de 2017, a fin de garantizar simultáneamente los derechos a la igualdad y libertad de expresión.

8.2.5. Suecia

Suecia⁵⁵ también es uno de los países pioneros en la legislación tendiente a la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo. A partir de 1995, con la aprobación de la ley que permite las uniones civiles de parejas del mismo sexo, se reconocieron una amplia gama de deberes, responsabilidades y derechos similares a las del matrimonio heterosexual. Entre estos, la adopción conjunta, la fertilización in vitro para las mujeres lesbianas y la creación de una normatividad especial aplicable a situaciones de ruptura.

Después de varios años de estudio sobre la posibilidad de extender el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, el 21 de enero de 2009 se presentó ante el parlamento sueco “*Riksdag*” un proyecto de ley que buscaba reformar el concepto legal de matrimonio, con el fin de independizarlo del género. El texto fue aprobado el 1 de abril de 2009 y entró en vigor el 1 de mayo de la misma anualidad.

Con esta decisión Suecia se convirtió en el cuarto país de la UE que permitió a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio mediante una ley que reemplazó una de las leyes de parejas de hecho más antiguas de Europa. Adicionalmente, la Iglesia de Suecia y la luterana aprobaron este tipo de uniones, lo cual permite que los sacerdotes puedan casar parejas del mismo sexo a través ceremonias religiosas.

⁵⁵ El Mundo: *El matrimonio homosexual en el mundo*, 10 de mayo de 2012.

El Estado sueco ha sido uno de los más activistas frente al reconocimiento de los requerimientos presentados por la comunidad LGBT, en una cronología que se resume así: En el año 2003 se reconoció el derecho de adopción para parejas del mismo sexo; en el año 2005, se reformó la Constitución sueca prohibiendo todo tipo de discriminación por orientación sexual; en el año 2009 se modificaron las leyes civiles para garantizar la neutralidad de género en torno a cualquier institución jurídica⁵⁶.

8.2.6. Islandia

En el año 2010, el “Althingi” o Parlamento Islandés aprobó de manera unánime la ley que permite matrimonio entre parejas del mismo sexo⁵⁷ por 49 votos a favor y ninguno en contra.

8.2.7. Portugal

El 11 de febrero de 2010, el Parlamento Portugués aprobó la ley que autoriza a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio civil, aunque no fueron reconocidos efectos respecto de adopción⁵⁸.

8.2.8. Argentina

El 15 de julio de 2010, luego de estudiar dos proyectos de ley presentados en el senado que buscaban la legalización del matrimonio homosexual, Argentina se convirtió en el primer país de América Latina en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. El texto fue aprobado por un apretado margen de 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. Por virtud de la Ley 26618 del 21 de julio de 2010 “*matrimonio igualitario*” se equipararon los derechos de las parejas del mismo sexo a los de las parejas heterosexuales en lo referente al derecho a contraer matrimonio.

En dicha norma se establece que “[E]l matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. En este caso, cabe anotar que para aprobar dicha ley, no hubo de por medio iniciativa judicial en la cual se exhortara al Congreso a expedir la mencionada ley. Igualmente ocurrió en Uruguay, donde el 3 de mayo de 2013 se aprobó la ley 19.075 sobre el matrimonio igualitario, y en la cual se señala que el matrimonio civil

⁵⁶ Sweden: *No room for discrimination*, 24 de marzo de 2014.

⁵⁷ El País: *Islandia Aprueba el Matrimonio Homosexual*, 11 de junio de 2010.

⁵⁸ El País: *Portugal aprueba el matrimonio homosexual tras un intenso debate*, 08 de enero de 2010.

es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo”.

Adicionalmente, la legislación argentina establece que toda la normatividad relacionada con la figura del matrimonio, sus derechos y responsabilidades, recaen sobre cualquier persona, sea ciudadano o extranjero, es decir, independientemente de la nacionalidad. Así mismo, se permite la adopción sin distinción alguna a la identidad o preferencia sexual del adoptante.

8.2.9. Dinamarca

Dinamarca es uno de los países pioneros en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, pues desde el año 1989 reconoció las uniones de hecho. El 7 de junio del año 2012, el Parlamento danés aprobó la ley que permite a parejas del mismo sexo contraer matrimonio civil⁵⁹. Cabe anotar que la norma contempla la posibilidad de que un pastor objete en conciencia.

8.2.10. Inglaterra y Gales

El 17 de julio de 2013 la Reina Isabel II sancionó la ley que permite a las parejas del mismo sexo acceder al matrimonio. En la parte primera del apéndice 3 de dicha norma se dispone, entre otros aspectos, que cualquier referencia a la figura del matrimonio debe entenderse como inclusiva de las parejas del mismo sexo⁶⁰.

8.2.11. Francia

Durante varios años en Francia se aplicó la figura del Pacto Civil de Solidaridad PACS⁶¹, como forma de unión civil para personas del mismo sexo. En 2013 se promulgó la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual fue objeto de pronunciamiento por el Consejo Constitucional francés, autoridad judicial que declaró su constitucionalidad, al determinar su compatibilidad con la igualdad y la prohibición de discriminación⁶².

⁵⁹ El Mundo: MUCIENTES Esther, *El matrimonio homosexual en el mundo*, 23 de mayo de 2015.

⁶⁰ Traducción libre. El texto original es como sigue: “*Interpretation of existing England and Wales legislation. 1) In existing England and Wales legislation: (a) a reference to marriage is to be read as including a reference to marriage of a same sex couple; (b) a reference to a married couple is to be read as including a reference to a married same sex couple; and (c) a reference to a person who is married is to be read as including a reference to a person who is married to a person of the same sex.*”

⁶¹ Ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999.

⁶² Sentencia del Consejo Constitucional de Francia, No. 2013 669DC del 17 de mayo de 2013

8.2.12. Uruguay

El 10 de abril de 2013, luego de pasar por el Senado y la Cámara de Diputados, Uruguay se convirtió en el segundo país de América Latina en aprobar la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual establece que el matrimonio: *"implicará la unión de dos contrayentes, cualquiera sea la identidad de género u orientación sexual de éstos, en los mismos términos, con iguales efectos y formas de disolución que establece hasta el presente el Código Civil"*⁶³.

8.2.13. Escocia

El 4 de febrero de 2014, el Parlamento Escocés aprobó la Ley del Matrimonio y las Uniones Civiles, mediante la cual aceptó la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Así mismo, esta ley exime de celebrar este acto a las organizaciones o personas que se opongan al mismo, como la Iglesia Protestante de Escocia o la Iglesia Católica de esa misma Nación⁶⁴.

8.2.14. Luxemburgo

El 18 de junio de 2014, el parlamento de Luxemburgo "*Chambre de Deputés*", aprobó la ley que autoriza a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, norma que entró en vigor el 1º de enero de 2015.

8.2.15. Finlandia

El 28 de noviembre de 2014, el Parlamento finlandés (*Eduskunta*), con una votación de 105 votos a favor y 92 en contra, aprobó la ley que da aplicación al matrimonio civil para parejas del mismo sexo, la cual entrará en vigor a partir del año 2017⁶⁵. En julio de 2015, con más de 50.000 firmas fue aprobada la iniciativa ciudadana presentada por "*Association for Real Marriage*", que obliga al Parlamento finlandés a sesionar nuevamente para considerar revertir dicha decisión y reincorporar el concepto de matrimonio a su estado original.

8.2.16. Eslovenia

⁶³BBC Mundo: *Uruguay: entra en vigor ley de matrimonio gay*, 05 de agosto de 2013.

⁶⁴Ámbito Jurídico: *Escocia aprueba matrimonio entre personas del mismo sexo*, 05 de febrero de 2015.

⁶⁵El Mundo: *Finlandia legaliza el matrimonio homosexual*, 28 de noviembre de 2014.

En marzo de 2015, el Parlamento esloveno aprobó el matrimonio civil para parejas del mismo sexo⁶⁶.

8.3. Aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo vía referendo (El caso singular de Irlanda)

Irlanda es el único país del mundo que aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo mediante referendo⁶⁷ celebrado el 23 de mayo de 2015, con un resultado del 62% de los electores a favor de esta medida.

8.4. Estados que reconocen a las parejas del mismo sexo figuras alternas al matrimonio

Otros países han establecido una reglamentación diversa para reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, en algunos casos equiparándolos al matrimonio o creando figuras jurídicas con efectos jurídicos diversos al matrimonio. Estos ordenamientos jurídicos no reconocen el matrimonio homoafectivo, pero permiten las uniones civiles de personas del mismo sexo, con derechos similares a los del matrimonio, aunque sin esa denominación. Es el caso de países como: Italia, Alemania, Austria, Croacia, Estonia, Hungría, Suiza, Malta, la República Checa, algunas regiones de Australia, entre otros.

8.5. Estados que tipifican los actos sexuales y las uniones entre personas del mismo sexo como delito

A pesar de que en los últimos dos siglos la humanidad, como consecuencia de la aplicación constante de las diversas cartas de derechos humanos ha despenalizado las relaciones entre personas del mismo sexo, no obstante, sobre todo en los países que aún preservan estructuras jurídicas teocráticas, los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo son ilegales. Es por esto que en setenta y nueve (79) países, las relaciones homoafectivas están tipificadas con penas privativas de la libertad que oscilan entre un año de cárcel y la cadena perpetua, entre estos se encuentran: Argelia, Libia, Nigeria, Marruecos, Túnez, Gambia, Guinea, Senegal, Togo, Camerún, Santo Tomás y Príncipe, Burundi, Comoras, Yibuti, Eritrea, Etiopía, Mauricio, Uganda, Tanzania, Botsuana, Namibia, Bahrein, Kuwait, Líbano, Omán, Qatar, Siria,

⁶⁶ Euronews: *Eslovenia aprueba matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a la adopción.*

⁶⁷ Caso contrario es el de Eslovenia, país en el que vía referendo con una votación del 63% del electorado fue derogada la ley aprobada en marzo de 2015, por la cual se concedía a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las heterosexuales, incluyendo el matrimonio y la adopción de niños.

Afganistán, Bangladesh, Bután, Maldivas, Pakistán, Sri Lanka, Corea del Norte, Brunéi, Indonesia, Malasia, Myanmar, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Samoa.

En siete (7) países de manera extrema y contraria a la vida y a la dignidad humana es causal de pena de muerte, estos son: Arabia Saudita, Emiratos Árabes, Irán, Mauritania, Somalia, Sudán del Sur y Yemen.

El derecho comparado ofrece elementos de juicio que permiten a esta Corte constatar que toda sanción, restricción, discriminación o trato diferenciado fundado en la orientación sexual, tiene un origen o arraigo eminentemente cultural, teocrático, dictatorial o religioso, no justificado en postulados, principios o cánones de orden jurídico y, así mismo, evidenciar que en los estados de derecho se ha convertido en una tendencia global el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

En materia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, este reconocimiento se ha efectuado con sustento en diversas aproximaciones. En algunos países se trata de un derecho fundamental⁶⁸, como es el caso de Brasil, México y Estados Unidos, en otros, se ha determinado que se trata de una institución fundamental, como ocurrió en Canadá o de un derecho constitucional, tal y como lo consideraron los tribunales constitucionales de Sudáfrica y España⁶⁹. Por su parte, los países que reformaron sus legislaciones, en su gran mayoría lo conciben como un derecho civil que no puede ser objeto de restricciones fundadas en la orientación sexual.

9. Los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la corte constitucional

*“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.”*⁷⁰. Inspirada en esta premisa de la Ilustración, la Corte Constitucional ha construido un sistema de precedentes judiciales en relación con los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo, con miras a superar un secular déficit de protección en la materia. Desde sus inicios hasta la fecha, esta Corporación ha proferido fallos “en

⁶⁸ La Constitución de Alemania, Artículo 6 consagra el matrimonio como un derecho fundamental.

⁶⁹ Tribunal Constitucional español, sentencia 198/2012 del 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005.

⁷⁰ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Traducida en Colombia por don Antonio Nariño.

cadena”⁷¹ encaminados a amparar, de forma armónica, coherente y evolutiva, los derechos de las minorías sexuales en Colombia.

Ronald Dworkin⁷² analiza el razonamiento judicial a partir de una analogía con la interpretación literaria en el dominio del arte. Decidir el derecho constitucional como integridad, equivale a interpretar no sólo las normas, sino los valores y principios morales que subyacen a éstas y que, inevitablemente, se incorporan al derecho a mediante principios. Así, la Corte Constitucional, en diferentes etapas, ha desarrollado un modelo constructivo de jurisprudencia en el cual los principios constitucionales de no discriminación (igualdad), dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, que amparan los derechos de las personas y parejas del mismo sexo, han sido aplicados en un constante proceso de derecho viviente, ajustado a la cambiante realidad social.

Las líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional en decisiones de amparo así como de constitucionalidad abstracta, han señalado que los homosexuales son un grupo tradicionalmente discriminado; sin embargo, a la luz de los principios que inspiran la Constitución Política de 1991, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de un ser humano, debe ser sometida a un control estricto de constitucionalidad y se presume violatoria de los principios de igualdad, dignidad humana y libertad.

A lo largo de su jurisprudencia, esta Corte ha reconocido derechos a las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante población LGBTI). Para presentar los precedentes jurisprudenciales consolidados y relevantes en este punto de derecho, este capítulo será abordado por orden temático para examinar los fallos relacionados con: (i) los derechos individuales de la población LGTBI y; (ii) los derechos de las parejas del mismo sexo.

9.1. Los derechos individuales de la población LGTBI

En cuanto a derechos individuales de la población LGTBI, a la luz de los principios de igualdad, libertad y dignidad humana, la Corte Constitucional ha protegido, de manera pacífica y reiterada, la orientación sexual, considerándola en términos de categoría sospechosa, cuando quiera que sea empleada con fines discriminatorios⁷³

⁷¹ Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge. Harvard University Press. 1985.

⁷² Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge. Harvard University Press. 1985.

⁷³ Entre otras Sentencias: T-594 de 1993, T-539 de 1994, T-097 de 1994, T-037 de 1995, T-277 de 1996, C-481 de 1998, T-101 de 1998, T-551 de 1999, C-507 de 1999, T-268 de 2000, T-435 de 2002,

9.1.1. Cambio de sexo

Uno de sus primeros pronunciamientos en materia de derechos subjetivos de la población LGTBI fue la sentencia **T-594 de 1993**, en la cual se analizó el caso de Pamela Montaña Díaz quien solicitó ante una Notaría cambiar su nombre según su identidad de género. La Corte estableció la correlación entre el nombre como atributo de la personalidad jurídica y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Política:

“El libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de expresar, en el propio vivir de la persona, una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, y como culminación de un proceso voluntario en una decisión, y no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido”.

Afirmó que la facultad que tiene todo ser humano de fijar su identidad mediante el nombre que prefiriera es un reconocimiento de su autonomía para definir -o redefinir- su propia vida como manifestación de la dignidad humana.

La Corte concluyó que no existía razón para negar el cambio de nombre en tanto esta facultad exterioriza una convicción íntima personal la cual refleja un verdadero comportamiento ante la vida, pues de las circunstancias fácticas del expediente se identificó que desde hacía aproximadamente trece años la accionante se desenvolvía, en el ámbito social, bajo el nombre del Pamela, *“es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida”.*

9.1.2. Manifestaciones de afecto en público de personas del mismo sexo: Comercial de televisión titulado "Sida-referencia-Beso-duración 40"

En Sentencia **T-539 de 1994**, una pareja del mismo sexo reclamó mediante acción de tutela la decisión del 20 de diciembre de 1993 en la cual el Consejo Nacional de Televisión, mediante decisión del día 20 de diciembre de 1993, se negó a presentar el comercial denominado "**Sida-referencia-Beso-duración 40**", en el cual aparecían dos hombres que se besaban y luego se alejan caminando, abrazados, por la Plaza de Bolívar de Bogotá, lugar donde fue rodado el comercial de televisión.

Si bien en esa oportunidad la Corte no encontró vulneración de los derechos fundamentales, consideró que las personas con una orientación sexual distinta no pueden ser víctimas de discriminación en razón a esa condición. Precisó que el hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica un tratamiento desigual.

En palabras de la Corte:

“Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente, a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual”.

Las citas consideraciones dieron inicio a diversas decisiones que, basadas en el derecho a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, establecieron un marco de protección y reconocimiento constitucional de la población LGBTI como grupo minoritario sujeto de especial protección:

“El rechazo que existe hacia los homosexuales es injustificado bajo el marco de una filosofía de comprensión y tolerancia, como la que inspira la Carta de 1991. Los dogmatismos están proscritos, y en su remplazo hay un respeto absoluto por las posturas minoritarias, mientras éstas no afecten el orden jurídico y los derechos de los demás. En la sociedad

contemporánea se ha abierto espacio a la tolerancia y la comprensión hacia las posturas contrarias. De ahí que, como se ha dicho, los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho”.

9.1.3. Besos en espacio público

En **Sentencia T-909 de 2011**, la Corte examinó la conducta del centro comercial COSMOCENTRO, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad y la igualdad del señor Jimmy Moreno. Según los hechos que dieron lugar a la acción de tutela, el día 19 de enero de 2011 el accionante ingresó con un grupo de amigos, entre ellos su pareja sentimental Robbie Pérez, al referido centro comercial para retirar dinero de un cajero electrónico. Mientras uno de los amigos del señor Jimmy Moreno realizaba la transacción, él y su pareja se abrazaron y realizaron manifestaciones de afecto, ante lo cual fueron abordados por cinco guardias de seguridad. Uno de ellos se les acercó y les dijo: *“Yo respeto su forma de pensar, pero ustedes tienen que comportarse o sino tienen que retirarse del Centro Comercial, porque aquí hay familias y niños”* (folio 3 cuaderno original). Frases que fueron reiteradas por uno de los guardias de seguridad, quien concluyó diciendo que si no se alejaban del lugar se vería obligado a usar la fuerza.

La Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la no discriminación y a la intimidad. En consecuencia, ordenó al representante legal del centro comercial y a la empresa de seguridad correspondiente que presentaran excusas escritas y públicas al accionante e iniciaran campañas de promoción sobre los derechos humanos de sus empleados.

Como premisa menor, se estableció una inversión en la carga de la prueba, al considerar que ésta debe trasladarse a quien pretenda tratar de forma diferenciada y no sobre quien alegue una vulneración de derechos fundamentales. Además, la Corporación señaló que la orientación sexual es digna de respeto y protección constitucional, *“...la orientación sexual diversa, como expresión de la orientación sexual propia de la especie humana, se garantiza en la Constitución desde tres perspectivas: i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos 1º, es decir,*

ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, 5º, derecho inalienable de la persona, 15, derecho fundamental de la esfera más íntima del sujeto, 16º, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos 5º y 13, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que sí lo hace una protección especial por ser sujeto sometido a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva de especial protección, artículos 2º, 5º, 6º, en cuanto parte de los fines esenciales del Estado, de su razón de ser y fundamento de sus reglas”.

En concreto, frente al beso romántico objeto de discordia, se precisó que *“mal puede entenderse per se como perturbador de la tranquilidad en este caso de un centro comercial, que las parejas efectúen manifestaciones de afecto incluyendo el darse besos. Ni puede la orden de un empresario, fuere el Centro comercial, fuere la empresa de vigilancia, instruir a un trabajador para que en cumplimiento de sus funciones como vigilante, restrinja contornos no limitados legítimamente por el legislador de las libertades individuales. Es decir que besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa. Y como el legislador no lo ha restringido como derecho de libertad (y sólo lo podría hacer bajo supuestos exigentes de racionalidad y proporcionalidad), no lo puede hacer ni un centro comercial en sus estatutos, ni una empresa de vigilancia por más que tengan como función colaborar con las autoridades de policía. En el mismo sentido, no está dentro de las facultades de la copropiedad que constituye jurídicamente el centro comercial, el disponer de restricciones a los ámbitos iusfundamentales de las libertades, que no estén previstas por la ley y que por tanto hagan parte de la autonomía de los individuos y de la forma de disponer de sus asuntos propios”.*

9.1.4. Prácticas homosexuales en la Policía Nacional

En **Sentencia T-097 de 1994**, la Corte estudió un caso referente a la expulsión del estudiante de la Escuela de Carabineros "Eduardo Cuevas" de Villavicencio, José Moisés Mora Gómez por supuestas conductas homosexuales, sin el cumplimiento del procedimiento debido. Según la accionada el peticionario había sido retirado de la institución "previo diligenciamiento breve y sumario", al detectarse "faltas constitutivas de

mala conducta” denunciadas por el alumno Oscar Sandoval Huertas, quien dice haber visto a Mora Gómez en compañía de Hemelberg Godoy Arteaga "cuando se hacían mutuas caricias, abrazos y actos inmorales y anormales entre los hombres, situación violatoria del artículo 121 decreto 100 de 1989".

Para el Tribunal Constitucional se violaron los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y a la educación de José Moisés en tanto, la condición de homosexual, por sí misma, no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada.

Explicó la Corte que “...entre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código Penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana”.

Esta providencia fijó como reglas para decidir que la condición de homosexual de una persona no debe derivar a un juicio de indignidad personal o institucional; el carácter peyorativo de la representación popular del homosexualismo no debería ser un motivo para que la institución armada considere afectada su dignidad

9.1.5. Acceso y no discriminación en el derecho a la educación

Mediante acción de tutela promovida por Pablo Enrique Torres Gutiérrez y José Julián Prieto Restrepo, reclamaron el amparo de sus derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de su personalidad debido a que les había sido negado el cupo en el Instituto Ginebra -La Salle-, establecimiento en el que cursaban sexto y séptimo grado de

educación media respectivamente. Alegaban que *“el consejo había decidido no darnos el cupo por nuestra forma de ser (gays) (sic)...”*; exponían que su forma de ser no puede ser motivo para que se les impida estudiar *“...pues ellos son seres humanos como cualquier otro”*.

La Corte en Sentencia **T-101 de 1998** tuteló los derechos fundamentales a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, ordenándole al Rector del Colegio Instituto Ginebra -La Salle- y a los miembros del consejo directivo del mismo, garantizarles para el próximo período escolar el cupo que habían solicitado para continuar sus estudios:

“Del Rector del colegio emana una actitud discriminatoria e intolerante, inaceptable en una persona que tiene a su cargo la dirección del proceso educativo, cuyo objetivo principal es precisamente la formación integral de niños y jóvenes en un paradigma de organización social que propende por la igualdad en la diferencia, por el respeto a la singularidad de cada uno de sus asociados y por la reivindicación de su condición de sujetos libres y autónomos, titulares de derechos fundamentales tales como los consagrados en los artículos 13 y 16 de la C.P. Esa actitud influyó de manera definitiva en la toma de una decisión que se sustentó, no sólo en el presunto incumplimiento de algunas formalidades sino, como lo afirma el mismo rector, en la condición de homosexualidad de los peticionarios, hecho éste que por si sólo desencadena una situación de discriminación que conllevó a la vulneración de sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, pues al constituirse su condición sexual en una variable, se violó flagrantemente el mandato del artículo 13 de la C.P. Los colocaron en situación de desigualdad respecto de aquellos jóvenes que hicieron la misma solicitud pero que se presumen heterosexuales, al considerar como un factor negativo la condición de los primeros”.

Además, el Tribunal precisó con atino que *“la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida”*.

En **Sentencia T-478 de 2015**, el Tribunal Constitucional examinó una acción de tutela interpuesta por la madre de Sergio David Urrego Reyes (QEPD), en contra del colegio Gimnasio Castillo Campestre, la Secretaría de Educación de Cundinamarca, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación y la Comisaría Décima de Familia de Engativá, por considerar que las directivas de la institución educativa demandada, promovieron conductas sistemáticas de discriminación en contra de su hijo, motivadas por su orientación sexual, -tanto en el proceso disciplinario que se surtió en su contra, como con la información que fue difundida con posterioridad al fallecimiento del niño en los medios de comunicación-, que favorecieron inicialmente su suicidio y que resultaron finalmente lesivas de sus derechos fundamentales. Además, señala que las demás entidades estatales acusadas desplegaron una conducta omisiva ante las diferentes denuncias realizadas.

La Sala Quinta de Revisión tuteló los derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre, a la igualdad -no discriminación-, al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, a la prevalencia de los derechos de los menores de edad y al debido proceso de la accionante y su hijo fallecido por las actuaciones de acoso escolar y discriminación de las que fueron objeto por parte del Colegio Gimnasio Castilla Campestre. En consecuencia, dispuso varios actos de desagravio, así como órdenes al Ministerio de Educación para ajustar y verificar la debida convivencia escolar.

En el caso concreto, la Sala reiteró la prohibición de discriminación en centros educativos en los siguientes términos:

“Uno de los ámbitos más importantes para la protección del derecho a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad es el respeto absoluto por la expresión de la identidad de género o la orientación sexual. En el ámbito escolar, esta protección debe ser aún más estricta pues los menores de edad tienen el derecho de ser formados en espacios democráticos y plurales. Así, la prohibición de diseminación por razón de género o de orientación sexual es absoluta y ningún tercero, ya sean otros estudiantes o las autoridades del colegio, pueden perseguir o amedrentar a los estudiantes que deciden asumir voluntariamente una opción sexual diversa. Cualquier actitud en ese sentido, como se explicará en el capítulo siguiente, constituye un trato de hostigamiento que debe ser reprochado y a toda costa prevenido”.

9.1.6. Visitas en establecimiento carcelario

En **Sentencia T-499 de 2003**⁷⁴, la Corte reconoció el derecho a la visita íntima de parejas del mismo sexo en el lugar penitenciario. El Tribunal Constitucional revisó la acción de tutela formulada por la Defensoría del Pueblo, en representación de una pareja de lesbianas que solicitaba que se les permitiera la visita íntima homosexual dentro de la cárcel. En esta oportunidad, la Corte confirmó las decisiones de instancia que concedieron el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad de las internas Martha Lucía Álvarez y Martha Isabel Silva y la consecuente orden de acceder a las solicitud de permitir la visita de mujeres del mismo sexo:

“la Directora del Reclusorio Villa Josefina de Manizales, y el Director del INPEC accionados, como lo disponen los Jueces de Instancia y atendiendo las precisiones de las sentencias que se confirman, deberán permitir el ingreso de la señora Martha Lucía Alvarez al reclusorio en mención, a fin de que ésta pueda entrevistarse en intimidad con la señora Martha Isabel Silva, o deberán disponer el lugar donde se realizaran tales encuentros, salvaguardando la dignidad y los derechos a la igualdad, e intimidad de las nombradas”.

En la **Sentencia T-624 de 2005**, Luz Adriana Loaiza relató que tenía una “*compañera afectiva*”, quien se encontraba privada de la libertad en la Reclusión Nacional de Mujeres de Manizales “Villa Josefina”. Preciso que visitaba a su pareja los domingos y un día que se le autorizó una “*visita íntima*”. Manifestó que para ingresar a la Reclusión, siempre le realizan una clase de requisas que implican desnudarse y hacer “*cuclillas*”. Además, la obligan a usar falda; pero dada su opción e identidad sexual del mismo sexo informó que no se siente cómoda y, por ello, cada vez que ha ingresado al centro, pasada la requisa y estando dentro del patio donde realiza la visita, se cambia la falda por una sudadera que le proporciona su compañera y para salir vuelve a ponerse la falda.

La Sala Octava de Revisión amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la accionante:

“Es claro que si alguna instrucción verbal de la Directora del Reclusorio o de otra autoridad carcelaria, fue la causa para

⁷⁴ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

exigir el uso de falda a las mujeres visitantes del establecimiento que ella dirige, como requisito para ingresar y permanecer dentro del mismo, se ha incurrido en una clara vulneración de los derechos fundamentales a: i.) el debido proceso, como ya se vio, por cuanto no existe norma que contenga esa exigencia; ii.) a la igualdad, pues la propia Ley 65 prohíbe toda forma de discriminación, la cual se evidencia en el presente caso por el factor sexo, ya que no existe fundamento razonable para exigir a las mujeres visitantes del Reclusorio el uso de falda para ingresar a sus instalaciones, pues esa norma, aunque como se vio no se halla materialmente en ley, reglamento, etc., conocido dentro de este proceso de tutela, lo cierto es que no existe ni se aplica para los hombres y, en ese orden de ideas, implica un trato desigual, no justificado ni permitido por la Constitución Política (art. 13) y iii.) el libre desarrollo de la personalidad, como quiera que se impone a un particular una determinada forma de vestir, con una determinada prenda, sin que tenga motivo jurídico que lo explique, como sí sucede en el caso, ya citado, de los reclusos”.

También amparó los derechos fundamentales a la dignidad, a no ser sometido a tratos y penas crueles inhumanos y degradantes y a la intimidad corporal de su persona, teniendo en cuenta que se encuentran proscritas las requisas vaginales para ingresar al reclusorio, de conformidad con la ley y el reglamento.

En consecuencia, ordenó a la Directora de la Reclusión Nacional de Mujeres de Manizales “Villa Josefina” que imparta las instrucciones necesarias para que en adelante no se vuelva a exigir a la demandante el uso de una falda u otra prenda especial para poder ingresar, permanecer y retirarse del centro carcelario.

En adición a lo anterior, la **Sentencia T-815 de 2013** al estudiar las condiciones de hacinamiento para la visita íntima en la cárcel La Picota de Bogotá, definió las reglas jurisprudenciales para que una visita íntima sea considerada digna. Así, independientemente del sexo o la orientación sexual, estableció que las visitas íntimas en establecimientos de reclusión deben comprender unos mínimos de privacidad, seguridad, higiene, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias.

9.1.7. Donación de sangre

En la **Sentencia T-248 de 2012**, la Sala Séptima de Revisión estudió el caso de Julián, quien solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, teniendo en cuenta que el Laboratorio Clínico Higuera Escalante no le permitía donar sangre por su orientación sexual.

Al resolver el caso, la Sala aplicó un test de proporcionalidad estricto como categoría sospechosa de discriminación y decidió tutelar los derechos fundamentales invocados al considerar que *“el derecho a la igualdad y no discriminación es uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, y una de las garantías de protección de los grupos tradicionalmente discriminados y marginados en la sociedad. En virtud de este principio, a las autoridades estatales se les impone el deber de abstenerse de incentivar o de realizar tratos discriminatorios, por una parte; y por otra, el deber de intervenir, sobre el cual el Estado debe tomar las medidas necesarias tendientes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan los grupos poblacionales discriminados. En el mismo sentido, en cabeza de las autoridades estatales se encuentra el deber especial de protección, el cual implica la obligación de salvaguardar a los grupos minoritarios –o tradicionalmente discriminados- de actuaciones o prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias. La Corte ha establecido que tratándose de medidas que sustentan el trato diferenciado en la orientación sexual de las personas, aquellas merecen ser estudiadas bajo el juicio de proporcionalidad estricto, toda vez que se trata de una categoría sospechosa”*.

Precisó la Corporación que *“...entre los factores de riesgo que deben tenerse en cuenta al momento de calificar a un donante de sangre, no debe mencionarse la orientación sexual, sino los comportamientos sexuales riesgosos, como, por ejemplo, relaciones sexuales sin ningún tipo de protección o con personas desconocidas, la promiscuidad, no tener una pareja permanente, etc. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que la orientación sexual es un criterio sospechoso, por tanto, los tratos basados en este criterio se presumen inconstitucionales, y por ello deben someterse a un juicio estricto de proporcionalidad, según el cual se debe verificar si la medida o criterio que difiere al actor donar sangre por su orientación sexual: a) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, b) es necesario para cumplir con el objetivo, y c) es proporcional en estricto sentido, es decir, si sus beneficios son mayores que sus sacrificios o costos en términos de la afectación de derechos fundamentales”*.

Por las anteriores consideraciones, ordenó al Laboratorio Clínico accionado que si Julián lo desea, *“realice de nuevo la encuesta y entrevista dirigida a identificar factores de riesgo para la donación de sangre, sin tener en cuenta su orientación sexual...”*

9.1.8. La homosexualidad no puede constituir una causal de mala conducta para los docentes

En la **Sentencia C-481 de 1998**, la Corte Constitucional examinó una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la expresión *“el homosexualismo”*, consagrada como causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión docente (Artículo 46, literal b, Decreto 2277 de 1979). En concepto del demandante se violaban los artículos 13, 15, 16, 25 y 26 de la Constitución en tanto la homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una *“opción sexual”* válida, que hace parte de la orientación sexual humana.

La Corte declaró la inexecutable de la expresión con fundamento en un control riguroso del principio de igualdad y la vulneración del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Estimó que el Decreto 2277 de 1979 no podía establecer una sanción disciplinaria no consagrada y derogada por el Código Único Disciplinario.

Precisó el Tribunal Constitucional que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales *“la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto”*.

Frente a las discriminaciones por motivos de identidad sexual consideró: *“La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía*

individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental "la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales", lo cual implica "la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social". Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto".

De igual manera estimó que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, se vulnera "cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano". Por ende, las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral".

9.1.9. Personas transgénero

Esta Corporación ha garantizado principalmente en sede de tutela el derecho de las personas transgénero a definir su identidad sexual y de género y a no ser discriminadas en razón de ella.

La Corte Constitucional ha protegido los derechos a la identidad sexual y a la salud de las personas transgénero a partir de la realización de una cirugía de reafirmación sexual quirúrgica. En las **Sentencias T-876 de 2012, T-918 de 2012 y T-552 de 2013**, por ejemplo, se ampararon los derechos de personas a quienes sus entidades prestadoras de salud les habían negado la cirugía de reasignación de sexo bajo el argumento de que dicho procedimiento no se encontraba dentro del POS. En ambos casos, las Salas de Revisión consideraron que además de acreditarse los

presupuestos reseñados en la jurisprudencia para autorizar servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud, la falta de correspondencia entre la identidad asumida por las accionantes y su fisionomía podría conllevar una vulneración de su dignidad en el entendido de que no era posible que bajo esa circunstancia pudieran vivir de una manera acorde a su proyecto de vida.

En **Sentencia T-771 de 2013**, la Sala Primera de Revisión consideró que se quebrantaron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la salud de una mujer transgénero, ante la negativa de la EPS para autorizarle la práctica de mamoplastia de aumento, ordenada por sus médicos tratantes como parte del proceso de reafirmación sexual en el que se encontraba. En esta oportunidad, la Sala resaltó que las opciones sexuales o de género incluido el transgenerismo, no podían ser estigmatizadas como desórdenes, enfermedades o anormalidades, y que el acceso a la salud integral de las personas que buscaban su reafirmación sexual mediante cirugías de reasignación no estaba supeditado a este tipo de categorizaciones. Con fundamento en estos planteamientos, concedió el amparo y ordenó la práctica del procedimiento solicitado considerando que el aumento mamario en este caso no solo tenía un carácter funcional, sino que era la forma de llevar a la práctica el derecho que le asistía a la accionante de construir su propio concepto de feminidad acorde con su experiencia vital.

En **Sentencia SU-337 de 1999**, el Tribunal Constitucional conoció el caso de una menor de edad a la que durante un examen pediátrico a los tres años de edad, se le encontraron genitales ambiguos razón por la cual le fue diagnosticado "*seudohermafroditismo masculino*". Los médicos tratantes recomendaron un tratamiento quirúrgico, que consistía en la "*readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina*". A pesar de lo anterior, los médicos del entonces Instituto de Seguros Sociales se negaron a practicar la intervención quirúrgica pues consideraron que la decisión debía ser tomada por la menor y no por su madre, como lo había establecido la Corte en casos similares. Por tal razón, la madre, quien ejercía la patria potestad de la menor, interpuso la acción de tutela con el fin de que se autorizara la intervención toda vez que su hija no podía tomar la decisión por ella misma.

Frente a las dificultades que el caso en cuestión presentaba alrededor de la definición de la identidad sexual, la Corte consideró que:

“los estados intersexuales parecen cuestionar algunas de las convicciones sociales más profundas, pues la noción misma según la cual biológicamente existen sólo dos sexos queda un poco en entredicho. Así, ¿cuál es el sexo biológico de una persona con pseudohermafroditismo masculino, como en el presente caso, que tiene sexo gonadal (testículos) y genético (cariotipo 46 XY) masculinos, pero que presenta genitales externos ambiguos y que ha sido educada como niña? Es más, esta Corporación ha debido enfrentar problemas incluso de lenguaje al tramitar este proceso puesto que el español, al igual que muchas otras lenguas, sólo prevé los géneros masculino y femenino para designar a una persona, ya que se supone que, al menos desde un punto de vista biológico, sólo existen hombres o mujeres. Sin embargo, el asunto no es tan nítido ya que no es claro si al menor del presente caso se le debe llamar niño -pues, tanto su sexo genético como gonadal son masculinos- o niña -pues ha sido educada como mujer y sus genitales externos son ambiguos-. El lenguaje expresa entonces la dificultad del problema que enfrenta la Corte. Los casos de ambigüedad sexual o genital, conocidos en la literatura médica también como estados intersexuales, y que a veces se denominan hermafroditismo o pseudohermafroditismo, son entonces particularmente difíciles pues tocan con uno de los elementos más complejos, misteriosos y trascendentales de la existencia humana: la definición misma de la identidad sexual, tanto a nivel biológico, como en el campo psicológico y social”.

La Corte ordenó que se conformara un equipo interdisciplinario que atendiera el caso y estableciera el momento preciso en la que la menor tuviera la capacidad para prestar su consentimiento informado a los procedimientos quirúrgicos y hormonales.

A su turno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha garantizado la facultad legítima de determinar la exteriorización del modo de ser de acuerdo con las íntimas convicciones de la persona *trans*, haciendo coincidir la orientación sexual con el nombre. En las **Sentencias T-1033 de 2008, T-977 de 2012, T-086 de 2014 y T-063 de 2015**, se examinaron acciones de tutela presentadas por personas que solicitaban modificar su nombre por segunda vez para ajustarlos a sus orientaciones de género actuales. En todos los casos, la pretensión fue despachada desfavorablemente aduciendo principalmente que se requería orden judicial o que ya existía una modificación inicial del nombre, hecho que impedía conforme la normativa vigente realizarlo nuevamente.

La Corte tuteló los derechos fundamentales de las accionantes ordenando la modificación pretendida, argumentando que la disposición que permitía cambiar el nombre en el registro civil sólo por una vez, pese a ser legal y constitucional, restringía excesivamente los derechos a la libertad, autonomía e igualdad. Concretamente, en el caso de las personas transgénero, la imposibilidad de cambiar el nombre comprometía su proyecto de vida. Por eso, decidió que las razones de publicidad y de estabilidad en el registro civil que justificaban la restricción legal de cambiar el nombre en más de una ocasión, debían ceder ante la importancia que reviste la autodeterminación en la construcción de una identidad propia y la posibilidad efectiva de llevar a cabo un proyecto de vida coherente con esa identidad.

También se ha protegido el derecho a lucir una apariencia física acorde a la identidad sexual y de género. En la **Sentencia T-062 de 2011**, la Sala Novena de Revisión estudió la solicitud de un transexual que estaba cumpliendo una pena de prisión y a quien le impedían tener el cabello, el maquillaje y determinadas prendas de vestir femeninas correspondientes a su orientación sexual. La Sala amparó a la accionante tras considerar que el adecuado ejercicio del derecho a la autonomía personal, reflejado en la determinación de la opción sexual, dependía del uso de tales elementos por parte de la peticionaria, por lo que la privación injustificada de los mismos conllevaba la vulneración de sus derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. Con fundamento en ello, reiteró que la Constitución prohíbe todo tipo de discriminación basada en la identidad de género y la opción sexual. Además, indicó que son contrarios a la Constitución todos los comportamientos y medidas que (i) censuren y restrinjan una opción sexual que privilegie la tendencia mayoritaria heterosexual y, (ii) que impongan sanciones o consecuencias negativas fundadas en esta opción.

En otros escenarios, la jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho de las personas transgénero a no ser discriminadas por la afirmación de su identidad sexual y de género. En **Sentencia T-314 de 2011**, la Sala Quinta de Revisión tuvo la oportunidad de desarrollar el asunto a propósito del caso de un transgenerista que afirmaba habersele negado el acceso a un evento de música electrónica realizado en el Hotel Tequendama en razón a su orientación sexual. Aunque en el caso concreto se estableció que las razones por las cuales se restringió su ingreso no tenían que ver con su identidad de género, la Corte avanzó en la comprensión de las múltiples manifestaciones de la diversidad de género y en el estudio de las discriminaciones históricas a que ha sido sometida la población transgénero, incluso por parte del mismo entorno

homosexual y bisexual. Con base en esta constatación y reiterando que esta opción de vida está amparada constitucionalmente, fijó la identidad de género como un criterio sospechoso de discriminación.

En **Sentencia T-476 de 2014**, la Sala Octava de Revisión analizó el caso de una mujer transgénero que no fue contratada en una división del distrito de Bogotá especializada en asuntos LGBT, por no haber aportado su libreta militar. La Sala concedió el amparo invocado e inaplicó la obligación de presentar libreta militar en procesos de contratación tras considerar que dicho requisito no le era exigible a la tutelante, por cuanto si ella se reconocía como mujer transgénero, y con base en ello había construido su vida pública y social, exigirle un requisito propio de un género con el que no se identificaba desconocía su derecho a autodeterminarse y a desarrollar su identidad sexual. A partir de lo anterior, la Sala fue enfática en indicar que las personas con identidad transgénero no deben ser sometidas a restricciones legales que les impidan el goce efectivo de sus derechos derivados de la identidad asumida. Lo contrario sería aceptar como válido el extrañamiento y la negación de la persona para garantizar el cumplimiento de preceptos legales concebidos desde la concepción binaria a partir de la cual tradicionalmente se ha pensado la identidad sexual.

Recientemente, la Sala Quinta de Revisión mediante **Sentencia T-099 de 2015**, al estudiar el caso de una mujer transexual que veía frustrado su derecho al trabajo por falta de libreta militar, reiteró que las mujeres trans no son destinatarias de la ley de servicio militar obligatorio (Ley 48 de 1993) y exhortó al Congreso de la República a que promulgue una ley de identidad de género que proteja los derechos fundamentales de las mujeres y hombres trans.

9.2. Derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

En cuanto a derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo, la jurisprudencia constitucional puede dividirse en cuatro grandes etapas:

La primera, se caracterizó por un conjunto de sentencias en las que se niega el reconocimiento de los derechos a la familia, a la seguridad social en salud y pensiones, con base en que las relaciones de los homosexuales no eran asimilables a las de los heterosexuales. La segunda, inicia con la **Sentencia C-075 de 2007** que reconoció a estas parejas la Unión Marital de Hecho, la cual derivó en el reconocimiento de la correspondiente sociedad patrimonial y en la extensión de otros derechos, deberes y obligaciones en todas las ramas de derecho. La tercera es marcada por la sentencia que le reconoció a las parejas

homoparentales el derecho a constituir familias (**C-577 de 2011**). En la cuarta estableció la posibilidad de adoptar niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta el interés superior del menor (**SU-617 de 2014**), cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente (**C-071 de 2015**) y el acceso igualitario a la adopción homobiparental (**C-683 de 2015**), fundado en la inexistencia de razones que justifiquen el trato diferenciado para las parejas del mismo sexo.

9.2.1. Denegación de reconocimientos jurisprudenciales de las parejas del mismo sexo

En la **Sentencia C-098 de 1996** se examinó una demanda contra las expresiones “*hombre y mujer*”, contenidas en los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”. El ciudadano demandante planteaba que las normas demandadas no tomaban en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que cohabitan de manera estable y permanente y, por este motivo, se producía una discriminación que viola los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la Constitución.

Frente al cargo expuesto, la Corte consideró que las relaciones heterosexuales y homosexuales exigían un tratamiento distinto, pues en las primeras el legislador pretende proteger a la familia de manera integral, mientras que las segundas no conforman esta institución:

“La unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, “aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. La definición y las presunciones que contiene la ley, en efecto, circunscriben la unión material de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales”⁷⁵.

⁷⁵ “Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos - además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. La debilidad de la compañera permanente, anteriormente denominada en la legislación “concubina”, se encuentra en el origen de las disposiciones constitucionales y

La Corte dio la razón a varias EPS que denegaban la afiliación de compañeros de parejas del mismo sexo al sistema de salud por no cumplir con los requisitos legales, los cuales contemplaban al cónyuge o al compañero permanente de pareja heterosexual. Por ejemplo, en la **Sentencia T-999 de 2000**⁷⁶, en la cual se estudió una acción de tutela interpuesta por una pareja de hombres a quienes la EPS les negó la afiliación como compañeros permanentes al sistema contributivo de salud. La Corte en esta ocasión consideró que la familia y la unión marital de hecho regulada en la ley 54 de 1990, eran relaciones que se conformaban por un hombre y una mujer y no por parejas del mismo sexo. Advirtió en el caso concreto que la decisión de la entidad demandada no vulneraba el derecho a la igualdad, pues el argumento de no discriminación no era admisible, por cuanto la protección integral para la familia que ordena la Constitución, en principio no incluye las parejas homosexuales. Con base en ello, confirmó las decisiones de instancia en el sentido de denegar la protección de los derechos a la igualdad y a la salud de los actores. Este criterio fue reiterado en casos similares revisados en sentencias como las **T-1426 de 2000** y en la **T-618 de 2000**.

En la **Sentencia SU-623 de 2001**⁷⁷, la Sala Plena de la Corte Constitucional planteó como problema jurídico la temática de las sentencias precedentes, esto es, si se violan los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad al no permitir que una persona acceda al régimen contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiaria de su pareja homosexual cotizante con la cual convive.

Al respecto, reiteró la jurisprudencia en el sentido que las parejas el mismo sexo no conforman familia por su misma naturaleza y composición. En palabras de la Corte:

legales citadas y, en consecuencia, el contexto de desprotección identificado no era otro que el de las parejas heterosexuales. De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquella puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990”.

⁷⁶ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“Por ello sería inexacto afirmar que hay discriminación cuando al compañero o compañera de un afiliado o afiliada homosexual se le niega el acceso al régimen contributivo en salud a través de este mecanismo particular de afiliación, que como ya se dijo, conlleva la noción de familia que no puede ser desconocida, dado que evidentemente puede acceder al sistema por otro de los mecanismos regulados en la ley, dentro del régimen contributivo, régimen subsidiado o asistencia pública (como vinculado al sistema de seguridad social en salud).

No se trata pues, de una situación discriminatoria sino sencillamente que el criterio normativo que determina el derecho de afiliación mediante el grupo familiar, como afiliado permanente beneficiario de su pareja homosexual cotizante no es el aplicable para acceder al sistema en este caso, sino, cualquiera de los otros regulados en la Ley que en su conjunto buscan realizar el principio de la universalidad de manera paulatina y gradual en atención a las circunstancias a las que se hizo referencia anteriormente”.

En la **Sentencia C-814 de 2001**⁷⁸, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 89 del Código del Menor. El demandante alegó que la norma contemplaba la facultad de adoptar de las parejas heterosexuales –“*hombre y mujer*”- y no de las homosexuales, constituyéndose una discriminación contra éstas. El Tribunal Constitucional consideró que el objeto de la norma era proteger la familia constitucional, es decir, el artículo 42 de la Constitución Política, concediéndoles el derecho de adopción. Conforme a ello, afirmó que la norma no discriminaba a las parejas homosexuales o cualquier otra forma de relación, sino que se pretendía mantener una noción superior de unión familiar.

Igualmente, se refirió al interés superior del menor, sobre el cual afirmó que hacía parte de la interpretación y del mismo contenido de la familia constitucional y que debía prevalecer en el ordenamiento jurídico. Por esto, la restricción dispuesta por el legislador, concluyó la Corte, era constitucional en la medida en que obedecía a los parámetros de la Carta:

“A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a

⁷⁸ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tener la familia, y que la familia que el Constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción”.

Cabe precisar que antes de 2007, la Corte denegó el reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo por no estar incluidos dentro de los supuestos de las uniones maritales y del ideal de familia concebido dentro del ordenamiento jurídico. Así, en **Sentencia T-349 de 2006**⁷⁹, se revisó una acción de tutela interpuesta contra el ISS por denegar la pensión de sobrevivientes. El actor había convivido casi 18 años con su pareja del mismo sexo de manera estable y éste había fallecido por VIH. La Corte Constitucional confirmó la sentencia de instancia que denegó la pretensión del accionante para reiterar que el régimen legal de la pensión de sobrevivientes no era discriminatorio frente a los homosexuales. Aclaró que el criterio definitorio adoptado por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, motivo por el cual, a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene la Constitución. Por tanto, la Corte consideró que las parejas homosexuales estables eran una realidad social distinta y en la que no aparecían razones objetivas que justificaran hacerles extensivo el régimen de especial protección de la familia.

Hasta este punto, la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional negó beneficios del sistema de salud y seguridad social a las parejas del mismo sexo por no encontrarse dentro de la hipótesis de familia contemplada en la Constitución Política.

9.2.2. Reconocimiento de la Unión Marital de Hecho para parejas del mismo sexo

⁷⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

A partir de la **Sentencia C-075 de 2007**, la Corte cambia su precedente al revisar nuevamente la Ley 54 de 1990. En este fallo se accede a algunas pretensiones negadas con anterioridad en relación con las parejas de homoparentales. En el mencionado fallo la Corporación resolvió declarar exequible la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*, *“en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”*, dado que *“es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección, exclusivamente para las parejas heterosexuales”*, fundando el examen en un cambio de referente normativo en virtud de la Ley 979 de 2005.

Cabe resaltar de esta providencia, que resultaba discriminatorio que la Ley 54 de 1990 aplicara sólo a parejas heterosexuales y excluyera las homosexuales, toda vez que la ausencia de regulación del ámbito patrimonial de éstas últimas desconocía los principios de dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, *“La ley, al regular la denominada “unión marital de hecho”, establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”*.

Reiteró la Corte la línea de protección constitucional respecto de la discriminación por motivos sexuales en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo

constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.

Por tanto, la Sala Plena afirmó que

“El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio // hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado // encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales // Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”.

A partir de esta providencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional inició gradualmente un reconocimiento de derechos constitucionales para dichas parejas en ámbitos de la seguridad social en salud y pensiones, el derecho civil y el derecho penal. De igual manera, esta decisión expone un déficit de protección excluyente y discriminatorio, en relación con la situación patrimonial de las parejas del mismo sexo.

En el **Sentencia T-717 de 2011**⁸⁰, la Corte revisó una acción de tutela en la cual el peticionario alegaba que el juzgado que conoció de su proceso sobre unión marital de hecho no accedió a las pretensiones de la demanda, porque no le otorgó la validez probatoria correspondiente a los testimonios que se recaudaron durante el proceso y que daban fe de la comunidad y convivencia que él sostuvo con el causante. Para la Sala, la sentencia atacada presentaba un defecto sustantivo y fáctico, en donde la inaplicación del artículo 4 de la Ley 54 de 1990, en conjunto con la falta de apreciación de las declaraciones recaudadas durante el proceso, resultaron en una sentencia que denegó las pretensiones del accionante y vulneratoria de sus derechos fundamentales. Esta providencia reiteró lo establecido en la sentencia C-075, y reiteró la necesidad de que los operadores judiciales no exijan más requisitos a las parejas del mismo sexo para probar la unión marital de hecho en la que conviven, que a las heterosexuales. La Corte concedió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al estado civil del actor y advirtió al juez ordinario *“que no podrá exigir para efectos de declarar la unión marital de hecho ni una escritura pública ni un acta de conciliación, teniendo en cuenta que el artículo 4° de la ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la ley 979 de 2005, establece que la misma podrá ser acreditada utilizando cualquiera de los medios probatorios contenidos en el Código de Procedimiento Civil”*.

9.2.3. Afiliación a salud como beneficiario de compañero/a permanente del mismo sexo

En lo referente al acceso al sistema de seguridad social en salud, se pueden resaltar las siguientes providencias. En la **Sentencia C-811 de 2007**⁸¹, la Sala Plena de esta Corporación se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que trataba sobre la vinculación al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo.

La Corte estimó que se configuraba un déficit de protección, dado que *“la pareja homosexual no tiene derecho, en cuanto a pareja a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema general de salud, por cuanto la disposición limita el alcance de la misma al ámbito familiar”*, lo que significa *“que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria”*⁸².

⁸⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸¹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸² Cita tomada de la sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Al respecto, la Sala explicó que:

“La razón de dicha transgresión es clara: la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. En este sentido, es la propia condición homosexual la que, aunada a la decisión de vivir en pareja, determina la exclusión del privilegio legal, por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13 C.P.), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, al tiempo que vulneratoria del derecho a la dignidad humana (art. 2º C.P.), pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo”.

Igualmente, la Corte consideró que en el caso de las parejas del mismo sexo resultaban aplicables las consideraciones consignadas en la **Sentencia C-521 de 2007**⁸³, mediante la cual la Corporación, al estudiar otro aparte del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, estableció que el acceso de la pareja heterosexual al régimen de salud no exige una convivencia mínima de dos años, sino que puede otorgarse mediante declaración ante juez o notario en la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional decidió declararlo exequible *“en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”*, toda vez que *“el perjuicio que se deriva de la exclusión de la pareja homosexual de la cobertura del régimen de seguridad social en salud es de mayor gravedad que el que generaba la exclusión de la pareja homosexual de las normas sobre régimen patrimonial”*.

Con fundamento en la providencia anterior, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, mediante **Sentencia T-856 de 2007** concluyó que la EPS Saludcoop había vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del actor y de su compañero permanente al negar la afiliación de éste último como beneficiario por tratarse de una persona del mismo sexo que el cotizante.

⁸³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

La Sala advirtió que conforme lo establecido en las Sentencias C-075 y C-811 de 2007:

“[S]e desprende que a partir de la fecha de su adopción las entidades promotoras de salud están obligadas a afiliar como beneficiarios a los compañeros permanentes de los cotizantes sin importar cuál sea su sexo, y como corolario de lo anterior a prestarles los servicios de seguridad social en salud en los términos establecidos por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia”.

9.2.4. Pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo

En cuanto al sistema de seguridad social en pensiones para parejas del mismo sexo, mediante sentencia **C-336 de 2008**⁸⁴ la Corporación declaró la exequibilidad de algunas expresiones que se refieren a *“la compañera o compañero permanente”* o al *“cónyuge o la compañera o compañero permanente”*, contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en la forma como fueron modificados por la Ley 797 de 2003, *“en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”*, es decir, pudiendo acudir *“ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes”*.

La Corte consideró que la imposibilidad del homosexual para acceder a la pensión de sobreviviente⁸⁵ *“de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja”*. De la

⁸⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁵ Cabe recordar el fin de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes. En la sentencia T-789 de 2003, la Corte reiteró que el objeto de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes consiste en proteger al hogar, *“puesto que a través de ella se garantiza a los beneficiarios –quienes compartían de manera más cercana su vida con el causante- el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento del(la) pensionado(a)”*⁸⁵; en ese mismo sentido, ha precisado que *“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*.

misma forma, reiteró que no existían razones objetivas y suficientes para mantener un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales al acceder a la pensión de sobrevivientes:

“A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”.

La **Sentencia T-1241 de 2008**, entre otras, reiteró el precedente establecido en cuanto al acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de las parejas del mismo sexo. Recordó que la sustitución pensional tiene como objetivo proteger a los seres queridos, que por causa del fallecimiento de la persona que proveía el sustento del hogar quedan en situación de indefensión, bien sea por razones de tipo económico, físico o mental. En ese orden, reafirmó que la Constitución Política de 1991 valora la diversidad y pluralidad dentro de una comprensión de la sociedad que reconoce la realidad homosexual, *“llevando a la apertura o admisión de nuevas ‘opciones’ y el reconocimiento de necesidades y carencias, este Tribunal Constitucional ha comprobado la existencia de prácticas discriminatorias y la desprotección o ‘déficit’ de protección de las parejas homosexuales en múltiples ámbitos jurídicos”.*

Esta posición sobre el acceso a la pensión sustitutiva de sobrevivientes ha sido reiterada y aplicada en control concreto de constitucionalidad: **T-1241 de 2008, T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-151 de 2014, T-327 de 2014 y T-935 de 2014**. Cabe aclarar que en la medida en que se emitieron estas decisiones, las parejas del mismo sexo que acudían a solicitar este derecho fueron sometidas a una cantidad de trámites o trabas burocráticas por parte de las mismas entidades y fondos de pensiones, lo

que llevó a que la Corte Constitucional tuviera que aclarar que los requisitos exigidos a las parejas homosexuales para acceder a la pensión debían ser los mismos exigidos a las heterosexuales, sin impartirles cargas adicionales y sin considerar la orientación sexual de la pareja.

Específicamente, vale resaltar de ese subgrupo de providencias, la **Sentencia T-051 de 2010** que revisó varias acciones de tutela de parejas del mismo sexo que reflejaban la burocracia administrativa a la que eran sometidas. La Corte decidió dictar un grupo de órdenes con efectos *inter comunis*, es decir, extensivas a todas las personas homosexuales que se encontraran en las mismas o en similares situaciones en las que estaban los peticionarios y pretendieran hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales. La Corte evidenció que entre los principales obstáculos de orden jurídico se encontraban: **(i)** la aplicación de norma inaplicable; **(ii)** la exigencia de requisitos o trámites improcedentes; **(iii)** la interpretación contraria a la Constitución; **(iv)** la aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; y **(v)** la inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad⁸⁶.

De tal manera, estimó que debía aclararse la interpretación de la mencionada **Sentencia C-336 de 2008** en los siguientes términos:

“A juicio de esta Sala de Revisión, debe existir completa claridad acerca de que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. Ciertamente es que la exigencia establecida por la parte resolutoria de la sentencia C-336 de 2008 es que la condición de pareja permanente sea acreditada en los términos establecidos por la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales. Encuentra la Sala que la remisión hecha por la parte resolutoria de la sentencia C-336 de 2008 a la sentencia C-521 de 2007 en el sentido de exigir como condición para acceder al reconocimiento y pago de la

⁸⁶ La Corte encontró que “las trabas administrativas más destacadas tenían que ver con la tendencia a abrir investigaciones adicionales –no previstas en la legislación– para recaudar pruebas no exigibles jurídicamente, entre ellas, por ejemplo, “visitas domiciliarias; ratificación de solicitud bajo juramento por parte de las personas peticionarias; requerimiento de agotar el juicio sucesorio para determinar herederos así como la liquidación de la sociedad conyugal; exigencia de declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante; juicios de valor que traen como consecuencia la inaplicación de normas aplicables por motivos religiosos o morales; solicitud de agotar el proceso ordinario de unión marital de hecho ante la jurisdicción de familia”.

pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por los dos integrantes de la pareja del mismo sexo, fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes. En otras palabras: resulta evidente que tal previsión fue establecida en relación con la afiliación a la seguridad social en salud de compañeros y compañeras permanentes.

En suma, encuentra la Sala que si se analizan los casos bajo examen a la luz de las consideraciones efectuadas en la presente sentencia resulta evidente el desconocimiento en los tres casos del derecho a la garantía del debido proceso administrativo a la par que la vulneración de su derecho a acceder al pago y reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en las que lo hacen las parejas heterosexuales. Puesto de otra manera: las entidades demandadas y los jueces de tutela desconocieron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales”

Este fallo fue reiterado por la **Sentencia T-716 de 2011**⁸⁷, la cual es importante mencionar en este punto toda vez que reconoció la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo. Sobre el particular señaló:

“la argumentación utilizada por la Corte para defender la exigibilidad de la pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo fue diferente, en tanto se centró en la equivalencia entre las relaciones de ayuda mutua y solidaridad con las parejas de diferente sexo, de modo que tanto en uno como en otro caso fue exigible la prestación. Ello al margen de vincular a las parejas del mismo sexo como partícipe del concepto de familia, al menos no de manera expresa. Esta omisión tenía en lugar en razón de la dinámica del precedente constitucional sobre la materia, el cual si bien había reconocido distintos derechos a las parejas del mismo sexo, se había abstenido de prever explícitamente su condición de

⁸⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

familia. Empero, esa argumentación planteaba una paradoja, en tanto la Corte había extendido un grupo de derechos y posiciones jurídicas a las parejas del mismo sexo, que habían sido reconocidas por el ordenamiento a las parejas de diferente sexo, en razón de conformar grupos humanos constitutivos de familia. (...) la Corte planteaba en su jurisprudencia un criterio de “asimilación” entra la pareja del mismo sexo y la familia conformada por un vínculo heterosexual. Sin embargo, la igualación entre los dos supuestos de hechos a su vez discriminaba en cuanto a la aceptación de la condición familiar de aquella. Esta disconformidad argumentativa, no obstante, ha sido superada por la Corte en la reciente sentencia C-577 de 2011”

Del mismo modo, se presentaron casos en los que se les negaba el acceso a la pensión de sobrevivientes a las parejas homosexuales porque la muerte del compañero(a) permanente había acaecido antes de la Sentencia C-336 de 2008. Este problema jurídico fue resuelto por la Corte en la **Sentencia T-860 de 2011**⁸⁸, en la cual se señaló que si no existía en el caso concreto ninguna situación jurídica consolidada, el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no constituía una razón admisible para negarle al miembro supérstite la pensión de sobrevivientes.

9.2.5. Deber-derecho de alimentos entre compañeros/as permanentes del mismo

Respecto al régimen de alimentos, la **Sentencia C-798 de 2008**⁸⁹ realizó el examen de constitucionalidad del parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, cuyo tenor establecía, tratándose del delito de inasistencia alimentaria, que “*para los efectos de este artículo se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990*”. La Corte resolvió declarar inexecutable la expresión “*únicamente*” y executable el resto de la disposición, “*en el entendido que las expresiones ‘compañero’ y ‘compañera permanente’ comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo, pues el tratamiento diferenciado representa “un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria”*”.

⁸⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Cabe resaltar de esta providencia, cómo la Corte estableció que en una relación entre compañeros permanentes existía la obligación alimentaria independientemente de la orientación sexual, dado que la obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho y, por tanto, debe ser regulado de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y de las parejas heterosexuales. De igual forma, el Tribunal advirtió que el trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales no tenía razones suficientes ni objetivas, y en cambio, generaba un déficit de protección sobre las excluidas:

“El tratamiento diferenciado representa, un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria. La Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la protección a los miembros de la pareja heterosexual”.

9.2.6. Otros derechos a parejas del mismo sexo -civiles, políticos, penales y sociales-

En cuanto al reconocimiento de diferentes derechos –civiles, políticos, penales y sociales de las parejas del mismo sexo- es necesario referenciar la **Sentencia C-029 de 2009**, en la cual se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra 26 normas contenidas en leyes y decretos, sobre las cuales los demandantes afirmaban que excluían de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales y a sus miembros, de manera que, todas en general, vulneraban el preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la Carta Política y algunas en particular, violaban los artículos 2, 12, 13, 15, 16, 18, 24, 29, 40, 48, 49, 51, 58, 64, 66, 93, 95, 100, 123, 126, 209, 229, 250 numerales 6 y 7 de la Constitución Política.

La Corporación decidió declarar la exequibilidad de las expresiones demandadas relativas al cónyuge y las alusivas al compañero o compañera permanente, con fundamento en una homologación normativa, *“en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo”.*

En la providencia, la Corte empleó nuevamente un escrutinio estricto a fin de disminuir el déficit de protección y poner término a una discriminación basada en la orientación sexual, tenida como categoría sospechosa. En esta providencia se reconocieron los siguientes derechos y deberes a las parejas del mismo sexo: (i) patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; (ii) obligación de prestar alimentos; (iii) derechos migratorios; (iv) residencia en San Andrés y Providencia; (v) garantía de no incriminación en materia penal; (vi) beneficio de prescindir de la sanción penal; (vii) circunstancias de agravación punitiva; (viii) verdad, justicia y reparación de crímenes atroces; (ix) protección civil favor de víctimas de crímenes atroces; (x) prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; (xi) subsidio familiar en servicios; (xii) subsidio familiar para vivienda; (xiii) acceso a la propiedad de la tierra; (xiv) indemnizaciones de SOAT por muerte en accidentes de tránsito y; (xv) deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y la celebración de contratos estatales –régimen de incompatibilidades e inhabilidades-.

Es importante resaltar de las consideraciones generales, el trato diferenciado injustificado que presentaban las disposiciones objeto de análisis en relación con las parejas del mismo sexo:

“la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.

Admitida la circunstancia de que, en el ámbito de la disposición demandada, la situación de las parejas

homosexuales resulta asimilable a la de las parejas heterosexuales, encuentra la Corte que no existe razón alguna que explique la diferencia de trato y, que, por el contrario, la misma, en cuanto que solo tendría explicación en la diferencia en la orientación sexual, resulta constitucionalmente proscrita. Esa ausencia de razones se explica en este caso, como, en general, ocurre en las demás disposiciones que han sido acusadas en la presente demanda, en el hecho de que, para el momento de expedición de la norma, las parejas homosexuales no constituían una realidad visible, que se mostrase como requerida de protección jurídica y que hubiese recibido reconocimiento por el ordenamiento. No se advierte, entonces, en la omisión del legislador, un propósito discriminatorio, ni siquiera una intención explícita de un trato diferenciado, sino una simple inadvertencia de una situación social que sólo de manera reciente y progresiva se ha hecho visible. Observa la Corte que el legislador previó un sistema de protección que, aunque dirigido expresamente a las parejas heterosexuales, dado el alcance tradicional que en la legislación ha tenido la expresión “compañeros permanentes”, no permite establecer la existencia de un propósito manifiesto de exclusión de otro tipo de relaciones que sólo de manera reciente han tenido un efectivo reconocimiento jurídico y que, a la luz de los principios constitucionales de dignidad de la persona humana, igualdad y solidaridad, aparecen como acreedoras de un nivel equivalente de protección”.

9.2.7. Porción conyugal

En la **Sentencia C-283 de 2011**, la Corte resolvió declarar la exequibilidad de los artículos 16-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho para el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo, basándose para ello en la igualdad de trato entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como en la extensión a las parejas del mismo sexo del régimen jurídico reconocido por el legislador y la jurisprudencia constitucional a las uniones de hecho, particularmente desde la **Sentencia C-075 de 2007**.

En esta oportunidad la Corte concluyó lo siguiente:

“Por tanto, la Sala debe reiterar en este caso su jurisprudencia sobre la protección y derechos de las parejas

del mismo sexo, en el campo patrimonial, razón por la que debe concluir que la posibilidad de obtener lo que el código civil define como “porción conyugal” no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden como una opción de vida convivir en pareja y hacer un proyecto de vida en común con una vocación de permanencia y de forma singular, en la medida en que la finalidad de esta figura es, como ya se indicó en otros apartes de esta providencia, equilibrar y compensar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común. Extender la garantía de la “porción conyugal” a estas parejas, es una forma de proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el principio de no discriminación de estas uniones, que al igual que las heterosexuales no cuentan con una protección efectiva en lo que al tema patrimonial se refiere.

Por tanto, ha de entenderse que el miembro superviviente de la pareja del mismo sexo tendrá derecho a ser llamado o llamada como titular de la “porción conyugal” dentro de la sucesión de su compañero o compañera, en los términos y condiciones en que esta figura está regulada en los preceptos acusados”.

Cabe resaltar que en esta providencia, la Corte insistió en que el campo propicio para debatir y disminuir el déficit de protección de las parejas homosexuales, debía ser el Congreso de la República, en donde “*hay un sustrato de representación democrática*” suficiente para el reconocimiento de los derechos en el marco de la voluntad política de una sociedad, y por tanto, en principio no debía ser el juez de tutela el llamado a llenar el vacío jurídico como hasta ahora lo venía haciendo la Corte Constitucional. Por tanto, la Sala Plena exhortó al Congreso para que legislara de manera “*sistemática y ordenada*” sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo.

9.2.8. Herencia para compañeros permanentes del mismo sexo

En la sentencia **C-238 de 2012**⁹⁰, en la cual la Corte estudió la inconstitucionalidad de la expresión “cónyuge”, contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil referentes al régimen de herencia. El demandante estimaba que la privación de los derechos de

⁹⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

herencia a los compañeros permanentes en el marco de una unión marital desconocía la protección integral de la familia. La Sala Plena consideró que las diferencias entre el matrimonio y la unión marital no pueden dar lugar a aceptar prima facie, que todo trato diverso deba ser aceptado. Afirmó que la organización de la vocación sucesoral obedece, a un claro criterio familiar y, siendo de esta manera, el reconocimiento al cónyuge de la vocación hereditaria no agota la protección constitucionalmente ordenada a favor de la familia y de sus miembros, pues si bien es cierto que la familia conformada por la pareja que ha celebrado el contrato de matrimonio debe ser protegida, también lo es que la Carta no limita a ella el mandato de protección, sino que comprende en él a otros tipos de familia. En el caso de las uniones maritales conformadas por parejas del mismo sexo, la Corte precisó que no existía un fundamento válido para dar un trato diferente a estas parejas, pues al igual que las heterosexuales, también conforman una familia:

“El déficit de protección que así se evidencia carece de justificación objetiva y razonable, ya que, conforme se ha expuesto, la pauta organizativa de los distintos órdenes hereditarios y de la vocación sucesoral no es el contrato de matrimonio, sino la familia, concepto en el cual se encuentra comprendida la que surge de la unión marital de hecho, luego la protección que constitucionalmente se ordena ha de cobijar a sus miembros de cuyas relaciones también cabe predicar, en términos de la Carta, que se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. (...)

No hay, entonces, motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo. (...)

Como quiera que el artículo 1233 del Código Civil regula un aspecto referente a la porción conyugal y alude al cónyuge sobreviviente y al cónyuge que ha fallecido, es claro que, por las razones anotadas, la inconstitucionalidad originada en la insuficiencia de la regulación y en la consecuente exclusión del

compañero o compañera, de distinto sexo o del mismo sexo, también alcanza a este precepto, motivo por el cual se impone entender que en las menciones en él hechas al “cónyuge” comprenden al compañero o compañera permanente que sobrevive al causante, sea que la respectiva unión de hecho haya sido conformada por personas de distinto sexo o por personas del mismo sexo”.

La Sala Plena declaró exequible la expresión “cónyuge” de las disposiciones demandadas siempre y cuando se entienda que ella comprende el compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión marital de hecho.

9.2.9. Familia

La tercera etapa de la jurisprudencia se ve marcada con el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad finalmente de revisar la demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “*un hombre y una mujer*” y “*procrear*” contenidas en el artículo 113 del Código Civil que contempla la figura del matrimonio, el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009 que consagran una protección especial a la institución familiar. Esta solicitud fue resuelta mediante **Sentencia C-577 de 2011**, la cual declaró la exequibilidad de la preceptiva legal impugnada, no obstante, exhortó al Congreso para que antes del 20 de junio de 2013 regulara de manera integral y sistemática “*sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas*”. // “*...Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”.*

Sobre esta decisión, la Corporación hará referencia concreta más adelante.

9.2.10. Adopción biológica y plena entre parejas del mismo sexo

En pronunciamientos más recientes de esta Corporación sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, relativos igualmente al ámbito familiar, se refieren a la adopción por consentimiento, es decir, a la posibilidad que tienen estas parejas de adoptar en el caso en el que el niño o niña sea hijo o hija biológico/a de alguno/a. Estas son las sentencias **SU-617 de 2014** y **C-071 de 2015**. En la primera, la Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por la menor de edad “*Lakmé*” y las madres *Turandot* y *Fedora* contra de Defensoría de Familia de Rionegro, quienes solicitaron a las autoridades administrativas expedir la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre *Lakmé* y *Fedora*, por tener esta última la calidad de compañera permanente de *Turandot*, quien es la madre biológica de la niña. Esta solicitud fue denegada por la autoridad de familia por considerar –entre otras razones-, que ni la Constitución ni la Ley permiten la adopción por parte de parejas del mismo sexo. La Sala Plena amparó los derechos fundamentales a la autonomía familiar y a tener una familia, de la menor *Lakmé* y las peticionarias.

Para llegar a aquella conclusión, la Sala estableció que a pesar de que las decisiones de las autoridades administrativas eran razonables y ajustadas a la ley, en la medida en que sólo se contempla la adopción para parejas heterosexuales, consideró que cuando se excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja, se vulneran los derechos fundamentales a la autonomía familiar y a acceder a una familia, “*por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su madre o padre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial*”.

La segunda sentencia mencionada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (C-071 de 2015), se sustentó en la *ratio decidendi* de la primera. En esa ocasión la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones de los artículos 64 (efectos jurídicos de la adopción), 67 (consentimiento) y 68 (requisitos para adoptar) del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y la Ley 54 de 1990 sobre la unión marital de hecho, que hacen

referencia a los cónyuges y compañeros permanentes y al padre y madre⁹¹.

El demandante afirmaba que esas expresiones desconocían los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución Política, así como los artículos 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

La Sala, tomó como fundamento las consideraciones vertidas en la sentencia de unificación antes señalada, y advirtió que⁹² la extensión del nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implicaba una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y mucho menos para la adopción, en la cual debe atenderse al interés superior del menor de edad y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Por tanto, denegó las adopciones conjuntas y consecutivas, contempladas en la ley, para las parejas del mismo sexo.

No obstante, en lo atinente a la adopción por consentimiento, puntualizó que *“cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero(a) permanente del mismo sexo de su progenitor, con el (la) que éste último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En estos eventos, la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia. Por lo anterior, la Corte consideró necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”*.

De tal forma, la Corte declaró exequibles los artículos demandados, *“en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”*.

⁹¹ Las expresiones son: “los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo”, “si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente”, “del cónyuge o compañero permanente del adoptante”, “conjuntamente los compañeros permanentes”, “un hombre y una mujer”.

⁹² Tomado del Comunicado de Prensa No. 6 del 18 de febrero de 2015.

En la Sentencia C-683 de 2015, se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, *“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*, y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*.

En esa ocasión los cargos en contra de las normas demandadas, se plantearon señalando que todos los apartes demandados infringen la Carta Política y las normas del bloque de constitucionalidad de tres maneras: (i) vulneran la igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho fundamental a tener una familia; (ii) incurren en una omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente del menor en los procesos de adopción y el derecho a tener una familia; y (iii) han dado lugar a una interpretación inconstitucional generalizada que debe ser sometida a control constitucional.

La Corte al examinar si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulneran el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (art. 44 CP), concluyó que no resulta constitucionalmente válido excluir a los menores de la posibilidad de ser adoptados por parejas del mismo sexo que conforman una familia y cumplen los requisitos para brindarles un entorno adecuado para su crecimiento integral.

En otras palabras, privar a niños que carecen de un hogar estable de la posibilidad –de por sí altamente restringida– de hacer parte de una familia con el único argumento de que está integrada por una pareja del mismo sexo, a pesar de que se acreditan las condiciones para brindarles un entorno idóneo para su desarrollo armónico e integral, implica generar un déficit de protección que compromete su derecho a tener una familia y con ello el principio de interés superior del menor, que es en últimas el criterio que debe imperar en esta clase de decisiones.

En adición, determinó la Sala Plena que no existe un criterio objetivo y razonable para restringir a los menores en situación de orfandad el derecho a tener una familia, o limitarlo únicamente a aquellas integradas por un hombre y una mujer.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declaró exequibles las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º)

de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, así como del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

En conclusión, es posible afirmar que el reconocimiento de los derechos a parejas del mismo sexo ha sido progresivo en el marco de la jurisprudencia constitucional, el cual se ha debido, principalmente, a la situación de ausencia de protección patrimonial de estas relaciones. Este reconocimiento de derechos tomó un verdadero avance a partir del año 2007 en el que se estableció que la unión marital de hecho es también extensiva a las parejas homosexuales. Una vez se dio el reconocimiento de estas parejas dentro de una figura típica civil como lo es la unión marital de hecho, a este tipo de parejas se les reconoció otra clase de derechos como el acceso al sistema de seguridad social en salud y pensiones, el régimen de alimentos, y todos aquellos estudiados en la sentencia C-029 de 2009.

A partir del año 2011, se dio un avance mayor al reconocer que las uniones de hecho conformadas por parejas del mismo sexo deben ser protegidas como familia conforme el artículo 42 de la Carta Política, y por tanto, figuras como el derecho a la herencia y la porción conyugal, son también aplicables a este tipo de uniones. Adicionalmente, las parejas del mismo sexo son consideradas familias susceptibles de adoptar con lo cual la jurisprudencia avanzó en la protección de los derechos de los niños y las niñas, toda vez que con anterioridad era un requisito ser pareja heterosexual para participar en el proceso de adopción.

9.2.11. La sentencia C-577 de 2011

En la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la expresión “*un hombre y una mujer*” contenida en el artículo 113 del Código Civil. Asimismo, se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre la expresión “*de procrear*”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, y de la expresión “*de un hombre y una mujer*”, de los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009. Igualmente, exhortó al Congreso de la República, para que antes del 20 de junio de 2013, legislara de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a estas uniones. En caso de no presentarse regulación alguna por parte del Legislativo en el término

de dos años, la Corte determinó que los interesados podrían acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual solemne entre parejas del mismo sexo.

Para llegar a esta decisión, la Sala realizó las siguientes consideraciones. Advirtió que además del artículo 42 superior, existen diversas disposiciones constitucionales sobre la familia, como por ejemplo: (i) el artículo 5° de la Carta, mediante el cual se le confía al Estado la misión de proteger “*a la familia como institución básica de la sociedad*”; (ii) el artículo 13°, en el cual se prohíbe discriminar por razones de origen familiar; (iii) el artículo 15, que establece el derecho a la intimidad familiar; (iv) el artículo 28, sobre el derecho de todos a no ser molestados “*en su persona o familia*”; (v) el artículo 33, que prohíbe obligar a declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente “*o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil*”; y (vi) el artículo 44, que contempla el derecho de los niños a “*tener una familia y no ser separados de ella*”. Al respecto, la Sala Plena recordó que la jurisprudencia ha definido la familia “*en un sentido amplio*”, como “*aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos*”⁹³. Con base en lo anterior precisó que los compañeros permanentes, como los cónyuges, dan origen a una familia, ya que en ambos casos se supone la cohabitación entre el hombre y la mujer y, actualmente, en los dos supuestos, hay lugar a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja⁹⁴.

Luego de hacer un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos y la protección especial reconocida a las parejas del mismo sexo con base en el déficit de protección legislativa, advirtió que los fallos anteriores habían prescindido de hacer referencia a las modalidades de familia constitucionalmente protegida, y concretamente, si el déficit de protección debía resolverse a través de la inclusión de la pareja del mismo sexo dentro del concepto de familia previsto en la Carta Política. En este mismo sentido, reparó en que la extensión del régimen patrimonial entre compañeros permanentes a las parejas integradas por personas del mismo sexo, justamente se encuentra precedida del establecimiento de ese régimen legal a favor de los convivientes en unión marital de hecho, cuyo propósito inicial fue procurar la protección de la mujer y de la familia, “*para que las medidas*

⁹³ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

⁹⁴ *Ibidem*.

protectoras no quedaran limitadas a los unidos mediante el vínculo matrimonial y comprendieran también a la unión marital de hecho”.

Así pues, estableció que las parejas del mismo sexo, en el marco de la unión marital de hecho son también una familia.

En palabras *in extenso* de la Corte:

“La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal. (...)

Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia.

Los efectos patrimoniales y las relaciones sexuales que pueden darse o no, están determinadas por las condiciones personales

de una unión que se funda y se mantiene en razón del afecto y la solidaridad de quienes le han dado origen, pues, con palabras que, aunque expuestas respecto del matrimonio, son aplicables a los compañeros y compañeras heterosexuales u homosexuales, la unión “comporta una entrega personal” orientada “a conformar una comunidad de vida y amor” y, si es del caso, a “una participación mutua en la sexualidad”⁹⁵.

La Sala adujo que un proyecto de vida común, con vocación de permanencia y con implicación asistencial recíproca, goza de protección constitucional independientemente del tipo de pareja que se trate, para lo cual: *“de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”* (subrayado fuera del texto).

La Corte una vez reconoció la conformación de familia por parejas del mismo sexo, *contrario sensu*, en cuanto a la figura del matrimonio, señaló que implica un vínculo que no emerge por la mera comunidad de vida que surge por el pacto conyugal, sino de *“la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”*, si se entiende que la voluntad que expresan los contrayentes es la esencia del matrimonio, y que *“la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca”, de modo que “sin consentimiento no hay vínculo jurídico y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico”*. Frente a las pretensiones de los demandantes para reconocer la posibilidad que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, la Corte expuso que la heterosexualidad y la monogamia son modelos de unión que presiden la definición de la familia, lo cual tiene origen en la convivencia de la pareja sin que se exprese el consentimiento, considerado fundamental para el matrimonio. Igualmente, indicó que *“unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, debe ser protegida, pues ella da origen a la institución familiar y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”⁹⁶.*

No obstante lo anterior, la Sala Plena aceptó que existía un déficit de protección en comparación con las parejas heterosexuales. Consideró que para lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les

⁹⁵ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

⁹⁶ Cfr. Sentencia C-098 de 1996.

sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les permita optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho que ya les está reconocida. Sin embargo, afirmó que debía ser el legislador el encargado de regular una figura similar o igual para este tipo de parejas:

“la decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y su trascendencia social impone su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados. (...)

Importa destacar que, de acuerdo con la Corte, la determinación del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido, por lo cual, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales, aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida⁹⁷.

En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios

⁹⁷ Cfr. Sentencia C-507 de 2004.

que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”⁹⁸.

Con base en lo anterior, la Sala expresó que en contra de lo señalado por los actores, en lo que se refiere al matrimonio, no es cierto que el artículo 113 del Código Civil esté afectado por una omisión legislativa de carácter relativo, pues se limita a regular el matrimonio entre heterosexuales de un modo compatible con la Carta que, conforme se ha indicado, cuenta con expresa previsión en el artículo 42 superior, lo que no se opone a que el legislador defina los caracteres y alcances de una institución que, brindándole a las parejas homosexuales la alternativa de formalizar su unión, torne posible superar el déficit de protección anotado que no tiene su origen en la expresión acusada del artículo 113 de la codificación civil⁹⁹.

La Corte declaró exequibles las normas demandadas, y, exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de la sentencia, afecta a las mencionadas parejas. Igualmente, advirtió que si para el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

En síntesis, la Corte, en la **Sentencia C-577 de 2011**¹⁰⁰, por primera vez reconoció de manera explícita que las parejas del mismo sexo también conforman una familia. Determinó la existencia de un déficit de protección sobre las parejas del mismo sexo que hacía necesario el pronunciamiento de esta Corporación, sin que por ello se menoscabaran los principios constitucionales que consagran el matrimonio civil como una unión entre un hombre y una mujer, razón que inexcusablemente llevó a esta Corporación a emitir un exhorto al Congreso de la República con el fin que éste órgano legislara sobre la materia. De esta forma, al prever una omisión por parte del legislador, la Sala Plena de esta Corte dispuso la posibilidad que estas parejas pudiesen formalizar su unión mediante un vínculo formal y solemne, lo cual no corresponde a una aplicación analógica del matrimonio civil sobre mismas ya que, como expuso la sentencia, “[e]l Congreso de la República conservará su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución”.

⁹⁸ *Ibídem*.

⁹⁹ Cfr. sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Cabe precisar que, el Congreso aún no ha legislado sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección, y por ende, luego de transcurridos los dos años, algunas de estas parejas se acercaron a las autoridades civiles y de familia competentes para cumplir lo señalado por la Corte en el numeral quinto de la **Sentencia C-577**, esto es, “*formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”. Esta situación conllevó a que se presentaran diferentes interpretaciones acerca de lo que significaba aquella solemnización, pues algunos jueces y notarios realizaron una figura de unión civil nueva, sin que se cambiase el estado civil; mientras que otros, decidieron tomar el contrato civil de matrimonio como una figura de aplicación razonable a lo decidido por la Corte Constitucional.

Parafraseando la metáfora de Ronald Dworkin (novela en cadena)¹⁰¹, la interpretación judicial que realiza esta sentencia en el sentido de extender la figura del matrimonio civil para todos, sin discriminación por motivos sexuales, continúa la obra jurisprudencial pronunciada por la Corte Constitucional desde sus inicios, con la finalidad de interpretar todos sus precedentes y la Sentencia C-577 de 2011 particularmente y culminar una evolución jurisprudencial singular y unificada que proporciona la mejor interpretación constructiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, vista como una narrativa jurisprudencial en desarrollo.

En definitiva, el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil no es un capricho momentáneo de éste Tribunal Constitucional. Todo lo contrario, es el ciclo de constante evolución jurisprudencial en materia de protección constitucional de las familias diversas, en la cual los jueces de tutela y esta Corte interpretaron el camino que representa la mejor lectura de toda la larga cadena de decisiones precedentes en relación con las familias constituidas por parejas del mismo sexo.

10. Los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual

En palabras de Kant: “*la dignidad es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da*”. Por lo tanto, “*la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza*

¹⁰¹ Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge. Harvard University Press. 1985.

humana”¹⁰². Constituye un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, esto es, posee un carácter absoluto porque no permite la negociación. La dignidad de la persona supera cualquier cosa que tenga un precio, “y es el valor irremplazable de un ser con el que nunca se puede negociar”¹⁰³.

En tanto que guía de la actividad estatal, la dignidad humana ofrece dos dimensiones: el individuo queda libre de ofensas y humillaciones (*negativa*); por el otro, le permite actuar en libertad y llevar a cabo el libre desarrollo de su propia personalidad (*positiva*)¹⁰⁴.

La dignidad humana se erige en fundamento de los principios de autonomía, libertad individual e igualdad, de los cuales derivan los distintos de derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional ha construido unas sólidas líneas jurisprudenciales en materia de dignidad humana, las cuales se sintetizan en los siguientes términos:

“Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad

¹⁰² Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, en Mardomingo, José (Trad.), Ariel, Barcelona, pp. 25-ss.

¹⁰³ *Ibidem*

¹⁰⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª Edición, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 324-327

como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.” (Sentencia T-881 de 2002)

Del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía del individuo para escoger a la persona con la cual quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural o solemne, cuyos propósitos son acompañarse, socorrerse mutuamente y disfrutar de una asociación íntima, en el curso de la existencia y conformar una familia. Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona individualmente considerada y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del *ethos* para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber; “*vivir como quiera*”, “*vivir bien*” y “*vivir sin humillaciones*”.

En ese sentido, el Estado no puede tolerar la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, toda vez que ello comporta un trato diferenciado fundado en la orientación sexual que quebranta la dignidad de la persona humana. Para esta Corte allí donde existe la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección del Estado.

La libertad no consiste en no estar sometido a reglas, sino en darse a sí mismo normas de acción, que nos comprometen en nuestra vida para ser verdaderamente libres.

La autonomía que tiene el ser humano de contraer matrimonio, sin distingos sociales, étnicos, raciales, nacionales o por su identidad sexual es un predicado de la dignidad humana. De allí que, constitucionalmente sólo resultan admisibles las limitaciones referidas a ciertos grados de consanguinidad, edad, ausencia de consentimiento libre o existencia de otro vínculo matrimonial.

La libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos¹⁰⁵, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo

¹⁰⁵ A modo comparativo, en 1967 la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció el matrimonio como un derecho fundamental. Esto se deriva del caso *Loving contra Virginia*¹⁰⁵.

permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas “matrimonio”.

En el derecho comparado, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el asunto *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), invalidó prohibiciones a las relaciones interraciales, como quiera que la celebración de un matrimonio es “*uno de los derechos personales vitales y esenciales a la consecución ordenada de la felicidad por hombres libres*”. Y más recientemente, en Sentencia del 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015)¹⁰⁶, la Suprema Corte consideró que “*el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual*”. Lo anterior por cuanto: “*Las decisiones sobre el matrimonio moldean el destino de un individuo*”.¹⁰⁷

El derecho de las parejas heterosexuales y del mismo sexo a celebrar una unión marital y formal, cuya principal expresión lo constituye el matrimonio civil, también es una manifestación del derecho fundamental a la igualdad de trato.

En la Carta Política de 1991, la igualdad cumple una triple función: (i) valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental¹⁰⁸.

Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el Preámbulo establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional “la igualdad”, mientras que el artículo 13 de la Carta Política es la fuente del principio-derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad, dispersos en el texto constitucional, que actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.

Otra particularidad de la igualdad es que, a diferencia de otros principios y derechos fundamentales, no protege un ámbito específico de libertad o de acceso a una prestación concreta, sino que puede ser alegado ante

¹⁰⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sentencia del de 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015), traducción libre.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012.

cualquier tratamiento diferenciado que se considere injustificado. De allí una de sus características más importante: su carácter relacional.

La igualdad normativa presupone una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como *tertium comparationis*; por regla general, un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro¹⁰⁹. La comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente en relación con aquellos aspectos que son relevantes, teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación¹¹⁰. La igualdad constituye también un concepto relativo: dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto de los criterios empleados para la equiparación.

El carácter relacional del principio-derecho fundamental a la igualdad, comporta no sólo el examen del precepto jurídico acusado, sino además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado.

Consecuente con lo anterior, el ejercicio del control de constitucionalidad en temas de igualdad, ofrece sus particularidades, por cuanto no se trata de determinar la validez de una norma legal, confrontándola exclusivamente con el artículo 13 Superior.

El control de constitucionalidad en estos casos no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. En consecuencia, se genera una relación internormativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación.¹¹¹

La ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío¹¹². A partir de la famosa formulación aristotélica de “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”¹¹³, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad, del

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012.

¹¹⁰ Markus González Beilfuss. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

¹¹¹ Ver sentencia C-093 de 2001.

¹¹² Ver sentencia C-250 de 2012.

¹¹³ Aristóteles, *La política*, Libro IV, México, 1950, p. 56.

cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: (i) un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente; y (ii) un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones distintas.

Los contenidos iniciales del principio de igualdad pueden ser descompuestos en cuatro mandatos¹¹⁴: (i) Acordar un trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (ii) Brindar un trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común; (iii) Dispensar un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) Brindarle un trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

La jurisprudencia constitucional ha diseñado una metodología específica para abordar los casos relacionados con la supuesta infracción del principio-derecho fundamental a la igualdad: el juicio integrado de igualdad, cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que, en principio, obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Seguidamente se establece si en los planos fáctico y jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Por último, se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado.

Ante la diversidad de materias sobre las que puede recaer la actuación del Estado, se ha encontrado oportuno incluir en el estudio de la igualdad por parte del juez constitucional, herramientas hermenéuticas que hacen posible realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad.

Se ha dicho entonces que, por regla general, se aplica un control *débil o flexible*, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un

¹¹⁴ *Ibidem*

fin que no se encuentra prohibido por la Constitución. Un juicio *intermedio* se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover. Por último, el *examen estricto* que se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de *categorías sospechosas*, como la raza, la **orientación sexual** o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo¹¹⁵.

En el caso concreto, establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no logra superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible.

Aunado a lo anterior, en materia de bloque de constitucionalidad, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es un derecho clásico, que hace parte de la tradición jurídica occidental¹¹⁶. De allí que aparece consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

“Artículo 16

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, **tienen derecho**, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, **a casarse** y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (Negrillas agregadas).

De igual manera, el derecho a contraer matrimonio y formar una familia aparece consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 24).

¹¹⁵ Ver sentencia C-203 de 2011.

¹¹⁶ José Martín y Pérez de Nanclares, “Artículo 9. Derecho a contraer matrimonio”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, 2008, p. 244.

Recientemente, en sentencia del 26 de febrero de 2016, en el asunto Duque contra Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró sus precedentes sobre el principio de no discriminación entre parejas del mismo sexo:

“La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹¹⁷.”

De tal suerte que las normas constitucionales atinentes a la conformación de una familia y a la celebración de un matrimonio, deben interpretarse armónicamente con los estándares internacionales existentes en la materia.

No existe una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias. Afirmar lo contrario, conduciría a negar los cambios estructurales ocurridos con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991.

A la luz de una concepción como esta, la Constitución de Colombia en función de los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, es ciega en cuanto a razas, colores, origen étnico, religión, orientación sexual, status social o cualquier otra cualidad que pudiera dar lugar a la discriminación o trato diferenciado de la persona humana.

Así las cosas, los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual.

Aunado a lo anterior, el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer. De esta descripción normativa mediante la cual se consagra

¹¹⁷ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 91.

un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que no lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también.

Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando *per se* la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de los principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en el principio lógico jurídico kelseniano según el cual “*lo que no esté jurídicamente prohibido, está permitido.*”

A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo.

11. Efectos jurídicos de considerar que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio)

En los términos del artículo 113 del Código Civil, y concordancia con la Sentencia C-727 de 2015, la celebración de un matrimonio genera los siguientes efectos jurídicos:

*“El matrimonio genera dos tipos de efectos. Los **personales**, remiten al conjunto de derechos y obligaciones que se originan para los cónyuges entre sí y respecto de sus hijos, tales como la obligación de fidelidad, socorro y ayuda mutua y convivencia. Por otra parte, los efectos **patrimoniales** suponen la creación de la sociedad conyugal o sociedad de bienes¹¹⁸. Dichos efectos son tan importantes para la sociedad, que es preciso que sean regulados en la ley, la cual debe establecer los mecanismos necesarios para rodear de garantías el consentimiento de los cónyuges, elemento esencial del matrimonio y fuente de los derechos y obligaciones que de este se desprenden. Así, la regulación confiada al legislador de un lado, limita la interferencia de otros poderes públicos y, por*

¹¹⁸ C-821/05.

otra parte, supone que las partes acepten y se sometan también a las normas de orden público que gobiernan el matrimonio”.

En materia de acceso a cargos públicos y contratación estatal, el vínculo matrimonial tiene unos efectos jurídicos en lo atinente a las inhabilidades e incompatibilidades. Otro tanto sucede en lo referente al régimen de la nacionalidad.

De igual manera, el matrimonio modifica el estado civil de las personas, en los términos del artículo 1º del Decreto 1260 de 1970:

“Art. 1o.- El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

De allí que la celebración de un matrimonio, en los términos del artículo 5º del referido Decreto, hace parte de aquellos “hechos y actos sujetos a registro”.

En este orden de ideas, interpretar que las parejas del mismo sexo deben realizar un contrato solemne, que no configura un matrimonio civil conduce, entre otros, a los siguientes resultados: (i) no se constituye formalmente una familia; (ii) no surgen los deberes de fidelidad y mutuo socorro; (iii) los contratantes no modifican su estado civil; (iv) no se crea una sociedad conyugal; (v) los contratantes no ingresan en el respectivo orden sucesoral; (vi) resulta imposible suscribir capitulaciones; (vii) no se tiene claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes; (viii) de llegar a establecer su residencia en otros países, las respectivas autoridades no les brindarían la protección legal que tienen los cónyuges a la unión solemne, ya que éstas no les reconocen los efectos que tienen en nuestro sistema jurídico; y (ix) en materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente. En conclusión, ningún contrato solemne innominado o atípico, celebrado entre parejas del mismo sexo, podría llegar a producir los mismos efectos personales y patrimoniales que un matrimonio civil.

En conclusión, los contratos civiles innominados, o que buscan solemnizar y formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En otras palabras: *“Las parejas del mismo sexo están relegadas a una inestabilidad que muchas parejas de sexo opuesto considerarían intolerable en sus propias*

vidas.”¹¹⁹

12. Los jueces civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial

El artículo 228 Superior consagra los principios de autonomía e independencia judiciales; elementos esenciales para el ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho.

Desde sus primeros fallos, la Corte Constitucional ha construido una sólida línea jurisprudencial en torno al concepto de función judicial, sus características e implicaciones¹²⁰, reconociéndole el carácter de derecho fundamental¹²¹.

El principio de autonomía judicial se encuentra igualmente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8º, referente al tema de las garantías judiciales, dispone que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial.

En la misma dirección, el legislador estatutario, en el artículo 5º de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios rectores de la administración de justicia la autonomía e independencia de la Rama Judicial.

En el caso concreto de los jueces civiles que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundándose en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y el respeto a la dignidad humana, la Corte considera que actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial.

La Sala Plena estima que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce

¹¹⁹ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sentencia del 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015), traducción libre.

¹²⁰ Entre muchos fallos ver: T-006 de 1992, C-1195 de 2001, C-1027 de 2002, T-224 de 2003, T-114 de 2007, T-117 de 2009 y T-238 de 2011.

¹²¹ Sentencia T-238 de 2011.

efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género.

En la Sentencia C-577 de 2011 la Corte constató que mientras las familias de parejas de personas de distinto sexo pueden constituirse de hecho y de derecho, aquellas del mismo sexo sólo pueden hacerlo de hecho. Al no haber sido colmado el vacío normativo existente, y al ser el matrimonio el único contrato solemne vigente en el ordenamiento jurídico colombiano apto para conformar una familia, resulta razonable que con base en los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, un juez de la República aplicara analógicamente el artículo 113 del Código Civil, con miras de cumplir los propósitos señalados en el fallo C-577 de 2011.

En tal medida, en los casos concretos, la Registraduría Nacional del Estado Civil desconoció los derechos a la dignidad, la libertad personal y a la igualdad de las parejas del mismo sexo, garantizados por los jueces de la República, al negarse a cumplir con su deber de inscribir en el registro civil los matrimonios igualitarios.

De igual manera, la Corte considera que los Notarios Públicos que se negaron a celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, si bien son particulares que ejercen una función pública, y por ende no están amparados por el principio de autonomía judicial, también lo es que realizaron una interpretación equivocada de la Sentencia C-577 de 2011 y de la Constitución. De allí que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, no podían negarse a celebrar un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, ni tampoco conformarse con formalizar otra clase de contratos civiles entre aquéllas, por cuanto estos acuerdos de voluntades no son aptos para superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C-577 de 2011.

IV. ÓRDENES A IMPARTIR.

A. Resolución de los casos concretos

1. Acción de tutela contra providencia (Exp. 4.488.250). Se demanda en concreto un Auto, proferido por un juez civil municipal, mediante el cual se anuló el matrimonio celebrado entre un transgenerista y una mujer. Expediente T-4.488.250.

El señor Elkin Alfonso Bustos Cabezas es un hombre transgenerista o con identidad de género diversa. Su pareja sentimental es la señora Yaqueline Carreño Cruz. Su núcleo familiar está conformado por AA y

BB (ambos hijos de Elkin); la niña CC de 10 años y el niño DD de 8 años (hijos de Yaqueline).

Actualmente Elkin es Director de Comunicaciones de prensa de la Alcaldía de La Dorada y Yaqueline es Rectora del Colegio público “La Quiebra”.

El 18 de noviembre de 2013, Elkin y Yaqueline formularon solicitud de matrimonio ante la Oficina de Servicios Administrativos de la Rama Judicial de la La Dorada, Caldas, anexando sus respectivas cédulas de ciudadanía y registros civiles, donde consta el sexo registrado “femenino”.

El Juzgado 1º Promiscuo Municipal de La Dorada, mediante auto del 19 de noviembre de 2013, admitió la solicitud de matrimonio.

Dentro de las diligencias matrimoniales, el 21 de noviembre de 2013 se realizó audiencia de recepción de testimonios. Los deponentes manifestaron conocer a los contrayentes, en el sentido de ser solteros y no existir impedimentos para contraer matrimonio. El 13 de diciembre de 2013 se llevó a cabo la diligencia de matrimonio civil entre los accionantes.

El 16 de diciembre de 2013, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, solicitó al Notario Único del municipio devolver sin diligenciar el expediente del matrimonio.

El 18 de diciembre de 2013, mediante Auto número 0937, el Juzgado declaró la nulidad absoluta del matrimonio celebrado entre los accionantes. El juez argumentó que tanto en las cédulas de ciudadanía como en los registros civiles allegados, figura el sexo femenino de los contrayentes. Alega la ocurrencia de un error involuntario al momento de revisar los documentos aportados, aunado a la apariencia heterosexual de los contrayentes. Además de declarar la nulidad del matrimonio, el juez compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación para que adelantara las investigaciones correspondientes.

Alegan los accionantes que, con posterioridad a la la decisión judicial, se generó en el municipio un ambiente hostil contra ellas y su familia. Los medio de comunicación comenzaron a hablar de un “golazo”, además de tildarlas de antisociales, delincuentes y mentirosos.

Aseguran que actualmente cursa una investigación penal en su contra y los testigos del matrimonio, por los supuestos delitos de fraude procesal y falso testimonio.

En concreto, su petición de amparo apunta a que se deje sin efectos el Auto número 0937, radicado número 2013-00342 del Juzgado Primero Municipal de La Dorada, mediante el cual se declaró la nulidad absoluta de su matrimonio civil. De igual manera, se le ordenó a la Fiscalía General de la Nación archivar la investigación en su contra, así como aquellas que se adelanta contra los testigos de su matrimonio civil.

Los defectos en los cuales incurrió el Juzgado Primero Municipal de La Dorada, fueron los siguientes:

- Orgánico: por cuanto un juzgado municipal carece de competencia para pronunciarse sobre la nulidad de un matrimonio.
- Procedimental absoluto: ya que el momento procesal válido para rechazar la solicitud de matrimonio era la admisión de la solicitud y no después de haber extendido el acta de matrimonio.
- Violación directa de la Constitución: debido a que si el Congreso se abstuvo de legislar, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011, “nosotros consideramos que ya estábamos civilmente casados”.
- Defecto sustantivo: por cuanto el mismo Juzgado reconoce que el error fue de él, ya que revisó toda la documentación aportada.

El Juzgado 2º Civil del Circuito de La Dorada, Caldas, mediante Sentencia del 21 de marzo de 2014 negó el amparo solicitado, en esencia, debido a que los peticionarios no agotaron el recurso de reposición contra el Auto por el cual se decretó la nulidad de su matrimonio civil.

Los peticionarios no impugnaron el fallo alegando que:

“no sabíamos que podíamos reponer porque no somos abogados y porque esto no se informaba en el auto interlocutorio, y por otra parte, al recibir el oficio que compulsaba copias a la Fiscalía, lo que más nos preocupaba era la investigación penal y no la anulación del matrimonio como tal. Esto sin mencionar que en La Dorada el tema de mi

identidad de género diversa no era conocido por nadie y esto implicaba dos obstáculos grandes para acceder a la justicia efectiva.

Primero. La Dorada es un municipio pequeño, con una población relativamente pequeña y dado que ambos somos funcionarios públicos, gran parte del pueblo sabe quiénes somos. Por tanto, no teníamos a quién acudir para asesoría y/o representación legal porque eso implicaba salir del clóset de manera forzosa y pública, implicaba ser el chisme del municipio.

Segundo. La Dorada es un municipio de raíces bastante conservadoras y los temas relacionados con las personas LGBT son aún tabú. Lo anterior, generaba en términos prácticos una posición de desigualdad material porque no sabíamos qué entidad era sensible a nuestra identidad de género y orientación sexual. En otras palabras, acudir a las entidades del Estado para asesoría jurídica implicaba una revictimización”.

El Tribunal Superior de Manizales, mediante Sentencia del 9 de mayo de 2014, decidió revocar parcialmente el fallo del *a quo*, en el sentido de dejar sin efectos el auto proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada del 18 de diciembre de 2013. Sin embargo, se negó la solicitud de ordenarle a la Fiscalía General de la Nación que archivara la investigación que viene adelantando contra los peticionarios y los testigos del matrimonio civil.

El Tribunal consideró que le asistía la razón a los peticionarios, por cuanto en los términos del Decreto 2272 de 1989, los jueces de familia son competentes para decretar la nulidad de un matrimonio. Sin embargo, estimó que no podía ordenarle a la Fiscalía abstenerse de investigar a los accionantes.

La Sala considera que le asiste la razón al Tribunal Superior de Manizales, razón por la cual se confirmará parcialmente su sentencia del 9 de mayo de 2014, mediante la cual se revocó parcialmente el fallo proferido el 21 de marzo de 2014 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de La Dorada, Caldas, por las siguientes razones:

1.1. Examen de los requisitos generales de procedencia del amparo contra sentencias.

La Corte verifica que, en el caso concreto, se encuentran acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias:

- a. La cuestión que se discute es de relevancia constitucional, en la medida en que está de por medio el ejercicio del derecho a contraer matrimonio de una pareja del mismo sexo.
- b. En relación con la subsidiariedad, los accionantes aclararon que se pretendía un amparo transitorio, ante la existencia de un perjuicio irremediable, motivo por el cual no interpusieron ningún recurso¹²² ante la decisión judicial de anular su matrimonio. Al respecto, la Corte considera que efectivamente los accionantes se encontraban ante un perjuicio irremediable, dada la inminencia del inicio de una investigación penal en su contra y la afectación del derecho a la intimidad de ellos y sus hijos, ante la divulgación por los medios de comunicación locales de la anulación de su matrimonio.
- c. Se cumple con el requisito de la inmediatez, ya que la decisión judicial cuestionada es del 18 de diciembre de 2013 y la petición de amparo fue presentada el 7 de marzo de 2014.
- d. Los accionantes identificaron, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos fundamentales desconocidos.
- e. No se trata de una sentencia de tutela.

1.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia del amparo contra sentencias: el juez civil incurrió en varios defectos en su providencia

Las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. *“Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce (sic) como un hombre trans”*¹²³.

¹²² Visible a folio 178 del expediente.

¹²³ T-099 de 2015 // En Sentencia T- 314 de 2011 la Sala Quinta de Revisión avanzó en la comprensión de las múltiples manifestaciones de la diversidad de género y en el estudio de las discriminaciones históricas a que ha sido sometida la población transgénero incluso por parte del mismo entorno homosexual y bisexual. Con base en esta constatación y reiterando que esta opción de

Según jurisprudencia de este Tribunal, la comunidad *trans* constituye una población en condiciones de debilidad manifiesta que goza de especial protección constitucional. Son un grupo que históricamente ha sido sometido a patrones de discriminación por valoraciones sociales y culturales negativas; sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio económica evidencia las circunstancias de desprotección y segregación que padecen¹²⁴. “*Dentro del sector LGBT es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT*”¹²⁵.

En el caso concreto del accionante Elkin Alfonso Bustos, se verifica por la Sala Plena una triple vulneración de sus derechos fundamentales toda vez que al anularse el matrimonio celebrado y ordenarse la devolución del acta de matrimonio, sin que fuere inscrita en el Registro Civil, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, incurrió en: i) una vulneración al derecho fundamental al debido proceso por configuración de al menos cuatro causales específicas de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales (defecto orgánico, procedimental, sustantivo y desconocimiento del precedente); ii) una conculcación del derecho a unirse formalmente con Yaqueline Carreño Cruz en condiciones de igualdad y; iii) un quebrantamiento del derecho fundamental a la intimidad, a la orientación sexual y a la identidad de género del accionante, por cuanto el juzgador discriminó su tránsito autónomo de género.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, carecía de competencia para decretar la nulidad del matrimonio celebrado el 13 de diciembre de 2013 entre Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz, toda vez que en virtud del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989 los jueces de familia conocerán “*de la nulidad y divorcio de matrimonio civil*”. Además, dicho juzgador se apartó del procedimiento establecido, en tanto las causales de nulidad del matrimonio, consagradas en el artículo 140 del Código Civil, son taxativas y rogadas. Se observa, en sede de revisión, que el juez decidió con base en normas inexistentes o

vida está amparada constitucionalmente, fijó la identidad de género como un criterio sospechoso de discriminación.

¹²⁴ El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la Resolución de junio de dos mil once (2011) sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, advierte sobre la necesidad de que los Estados “*faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas transgénero y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos.*”

¹²⁵ T-063 de 2015

inconstitucionales dado que la “igualdad de sexo” de la pareja heterosexual contrayente no es un impedimento para contraer un matrimonio.

Finalmente, dicho servidor judicial se apartó de los precedentes de la Corte que protegen la dignidad humana, la orientación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, la familia diversa y la identidad de género como un criterio sospechoso de discriminación.

1.3. Improcedencia de la compulsión de copias a la justicia penal.

Especial mención merece para la Sala Plena, la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación en relación con los señores Elkin Alfonso Bustos Cabezas y Yaqueline Carreño Cruz, decretada mediante Auto número 0937 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada, Caldas (T- 4.488.250), por la supuesta comisión de los delitos de fraude procesal y falso testimonio.

Téngase presente que los accionantes actuaron siempre de buena fe, en el sentido de no ocultar su orientación sexual al momento de celebrar su matrimonio civil. De hecho, en el texto del referido Auto se lee lo siguiente:

“Se pudo constatar que el registro civil de nacimiento con indicativo serial 34226717, expedido por la Notaría 16 de Bogotá a nombre de ELKIN ALFONSO BUSTOS CABEZAS, persona nacida el 06 de noviembre de 1977, aparece como de sexo femenino y al final del mismo documento una nota marginal de fecha 30 de marzo de 2010 sobre cambio de nombre, reemplazando al que aparece al serial No. 3047331, sin precisar cuál era el nombre que se reemplazó; igualmente en la fotocopia de la C.C. No. 52.518.871 a nombre de ELKIN ALFONSO BUSTOS CABEZAS aparece en la parte posterior del documento la letra F, indicativa del sexo femenino”¹²⁶.

De tal suerte que los contrayentes, en momento alguno presentaron documentación falsa relacionada con su género.

Advierte además la Corte que la decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada (Caldas), en el sentido anular el matrimonio celebrado entre los accionantes y compulsarles copias a la Fiscalía

¹²⁶ Visible a folio 67 del cuaderno principal

General de la Nación, se fundó en la siguiente interpretación equivocada de la Sentencia C-577 de 2011:

“De la exposición de argumentos y del análisis de los documentos obrantes en el trámite, se pudo constatar aunque a posteriori a la celebración del matrimonio civil entre los contrayentes ELKIN ALFONSO BUSTOS CABEZAS y YAQUELINE CARREÑO CRUZ, que ambas personas son del mismo género, sexo femenino, que contraviene manifiestamente la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, en lo relativo al matrimonio civil, como se dijo, únicamente autorizado para las parejas heterosexuales”.

Como se ha explicado en detalle, con posterioridad al 20 de junio de 2013 los jueces de la República podrían celebrar válidamente matrimonios entre parejas del mismo sexo, en los términos de la Sentencia C- 577 de 2011.

La Corte considera que la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, en contra de los accionantes y los testigos de su matrimonio, configura una vulneración directa de la Constitución.

En conclusión, la Sala confirmará parcialmente la sentencia del día 9 de mayo de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Manizales, en la acción de tutela formula por Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada (**Expediente T-4.488.250**), mediante la cual se amparó el derecho fundamental al debido proceso, en tanto el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada carecía de competencia para anular un matrimonio civil celebrado entre parejas del mismo sexo. En su lugar, amparar: (i) a los señores Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz su derecho a contraer matrimonio civil; y (ii) al señor Elkin Alfonso Bustos su derecho fundamental a la identidad de género. De igual manera, revocará parcialmente la Sentencia del Tribunal, con el fin de dejar sin efectos la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue a los accionantes.

2. Acciones de tutela formuladas por la Procuraduría General de la Nación contra Autos proferidos por jueces civiles, quienes acogieron solicitudes de celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo.

2.1. Expediente T-4.189.649.

El señor Gustavo Trujillo Cortes, actuando en su calidad de Procurador Judicial II de la Delegada para Asuntos Civiles, formuló acción de tutela contra el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, a efectos que se declarara la nulidad de lo actuado, en relación con la aceptación de solicitud de matrimonio civil formulada por los señores Julio Albeyro Cantor Borbón y William Alberto Castro. El Agente del Ministerio Público afirma actuar en defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales, en especial, al debido proceso.

Los hechos del caso se relacionan con una petición de matrimonio civil presentada el 22 de julio de 2013 por los señores Julio Albeiro Cantor Borbón y William Alberto Castro ante el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, la cual fue admitida el 25 de julio de 2013.

El Procurador Judicial II de la Delegada para Asuntos Civiles formuló oposición, alegando que el matrimonio civil heterosexual es el único que rige en nuestro ordenamiento jurídico y que la familia surge del vínculo matrimonial o la unión marital de hecho conformada por un hombre y una mujer. En consecuencia, sostuvo que la solicitud de matrimonio debía negarse. Al respecto, alega que el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá incurre con su actuar en los siguientes defectos: (i) orgánico, por falta de competencia para solemnizar un vínculo jurídico entre parejas del mismo sexo; (ii) sustantivo, por aplicar a una petición el trámite fijado para el matrimonio (art. 113 del Código Civil); y (iii) desconocimiento del precedente fijado en la sentencia C- 577 de 2011.

El Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, mediante Auto del 22 de agosto de 2013, rechazó la oposición al matrimonio civil, señalando estar actuando en los términos de la Sentencia C- 577 de 2011.

El Agente del Ministerio Público interpuso recurso de reposición alegando el resquebrajamiento del ordenamiento jurídico “al desconocer el mandato constitucional que, hasta la fecha, no ha contemplado la posibilidad de que la familia como célula vital de la sociedad se conforme por la unión de dos personas del mismo sexo”.

Mediante Auto del cinco de septiembre de 2013, el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá decidió negar la reposición y señalar el día 20 de septiembre del mismo año, para la celebración del matrimonio civil.

A folio 63 del expediente reposa el “Acta de matrimonio civil 2013-0948”, fechada 20 de septiembre de 2013, en la cual se declara:

“Legalmente unidos por matrimonio civil a Julio Albeyro Cantor Borbón y William Alberto Castro, con todas las prerrogativas que nuestro ordenamiento jurídico otorga”.

La autoridad accionada respondió en el sentido de actuar en el ámbito de su autonomía judicial, y en concreto, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 577 de 2011.

A su vez, los contrayentes se opusieron alegando que la Procuraduría General de la Nación carecía de legitimación activa para formular una solicitud de amparo y que ni siquiera es titular de un interés jurídico “*que le hubiera permitido participar en mi trámite de matrimonio*”.

El Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1º de octubre de 2013, resolvió tutelar el derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación, y en consecuencia:

“SEGUNDO. ORDENAR en consecuencia, que por parte del Juzgado accionado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a tomar los correctivos del caso encaminados a dejar sin valor ni efecto la actuación surtida e inadmitir la solicitud para que sea adecuada bajo el prisma de (sic) que personas del mismo sexo sólo pueden “formalizar y solemnizar un vínculo contractual”, según los dictados de la sentencia C- 577 de 2011, en el entendido que los señores CANTOR BORBÓN y CASTRO FRANCO, tienen derecho a que se solemnice mediante acto formal la decisión la decisión de unir sus vidas con el fin de vivir juntos, dando a este vínculo la denominación que se ajuste al objeto de esa relación contractual, pues lo que la Corte en definitiva decantó es que las personas involucradas tienen derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual solemne y formal ante un juez o notario.”

El Juez 48 Civil Municipal de Bogotá impugnó el fallo de amparo, alegando desconocimiento de la Sentencia C- 577 de 2011, en tanto los contrayentes lo hicieron invocando la falta de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sentencia del 23 de octubre de 2013, resolvió revocar el fallo del 1º de octubre de 2013, y en su lugar, negar el amparo al derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación.

El *ad quem* consideró que lo pretendido por el Ministerio Público era defender el ordenamiento jurídico y buscar que el Juzgado accionado aplicara la ley y la jurisprudencia constitucional,

“que regula lo relativo a la unión formal y solemne entre personas del mismo sexo, no cabe duda que la acción de tutela resulta improcedente no sólo porque ésta protege derechos de tipo individual y concreto, más no colectivos, sino porque a través de la misma no es posible hacer valer derechos originados en la interpretación de unas normas”.

Adicionalmente, el Tribunal estimó que se incumplía el requisito de la subsidiariedad, por cuanto si lo pretendido por el Agente del Ministerio Público era dejar sin efectos un matrimonio civil celebrado entre personas del mismo sexo, tal competencia se encontraba asignada a los jueces de familia.

Un examen del fallo de segunda instancia evidencia que: (i) el fallador consideró, a semejanza del *a quo*, que la Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para interponer una acción de tutela, actuando en defensa del ordenamiento jurídico e invocando la violación del derecho fundamental al debido proceso; (ii) sin embargo, el amparo se negó por cuanto se pretendía hacer valer derechos originados de una interpretación de las normas legales; y (iii) adicionalmente, la acción de tutela fue rechazada por incumplir el requisito de subsidiariedad, ya que la declaratoria de nulidad de un matrimonio es competencia de los jueces de familia.

La Sala Plena revocará el fallo de tutela proferido el 23 de marzo de 2013 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación, y en su lugar, lo declarará improcedente por falta de legitimación activa.

2.2. Expediente T-4.259.509.

El señor Gustavo Trujillo Cortes, actuando en su calidad de Procurador Judicial II de la Delegada para Asuntos Civiles, interpuso acción de tutela contra el Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá, a efectos de que se declarara la nulidad de lo actuado, en relación con la aceptación de solicitud de matrimonio civil formulada por las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo. El Agente del Ministerio Público afirma actuar en defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales, en especial, al debido proceso.

Los hechos del caso se relacionan con una petición de matrimonio civil presentada por las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo ante el Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá, la cual fue inicialmente rechazada y luego admitida mediante Auto del 23 de septiembre de 2013.

A folio 59 del expediente reposa el “Acta de matrimonio civil número 1100400304420130077900”, fechada 4 de octubre de 2013, en la cual se afirma:

“RESUELVE: PRIMERO. Declarar legalmente unidas en matrimonio civil a SANDRA MARCELA ROJAS ROBAYO y ADRIANA ELIZABETH GONZÁLEZ SANABRIA, con todas las prerrogativas que el ordenamiento jurídico les otorga y de las cuales han sido advertidas en estas mismas diligencias. SEGUNDO: ORDENAR que por secretaría se expidan copias de la presente diligencia, sin costo alguno, con destino a las contrayentes, para efectos del registro en la Notaría o Registraduría de su elección, pero en todo caso en el círculo de Bogotá. TERCERO: PREVENIR a la Notaría o Registraduría a quien se solicite el registro de este acto para que lo realice y anote el nombre de las contrayentes en formato vigente de REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO, sin que sa óbice para ello el registro de sexo o género de las mismas, a fin de cumplir con lo de su cargo en cuanto al registro solicitado (art. 228 CP)”.

La autoridad accionada respondió en el sentido de actuar en el ámbito de su autonomía judicial y critica a la Procuraduría General de la Nación por actuar supuestamente en defensa del orden jurídico.

A su vez, los contrayentes se opusieron alegando que la Procuraduría General de la Nación carecía de legitimación activa para formular una solicitud de amparo y que ni siquiera es titular de un interés jurídico “*que le hubiera permitido participar en mi trámite de matrimonio*”.

El Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de octubre de 2013, resolvió tutelar el derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación, y en consecuencia le ordenó a la Juez 44 Civil Municipal dejar sin efecto toda la actuación adelantada, en relación con la solicitud de matrimonio elevada por las accionantes.

Las contrayentes impugnaron el fallo invocando la falta de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal Superior de Bogotá, en Sentencia del 29 de octubre de 2013, resolvió revocar el fallo del *a quo* y en su lugar, negar el amparo al derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal estimó que se incumplía el requisito de la subsidiariedad, por cuanto si lo pretendido por el Agente del Ministerio Público era dejar sin efectos un matrimonio civil celebrado entre personas del mismo sexo, tal competencia se encontraba asignada a los jueces de familia.

Un examen del fallo de segunda instancia evidencia que el fallador consideró, a semejanza del *a quo*, que la Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para interponer una acción de tutela, actuando en defensa del ordenamiento jurídico e invocando la violación del derecho fundamental al debido proceso. Sin embargo, el amparo se negó por incumplir el requisito de subsidiariedad, ya que la declaratoria de nulidad de un matrimonio es competencia de los jueces de familia.

La Sala Plena revocará el fallo de tutela proferido el 29 de marzo de 2013 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación, y en su lugar, lo declarará improcedente por falta de legitimación activa.

3. Parejas del mismo sexo a quien un notario se niega a casar. Amparo contra particulares que ejercen una función pública

3.1. Expediente T-4.167.863.

Los señores Luis Felipe Rodríguez Rojas y Edward Soto formularon acción de tutela contra la Notaría Cuarta de Cali, para que les ampararan sus derechos fundamentales a la protección de la familia, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso y la igualdad, vulnerados por la accionante al rechazarles la solicitud de matrimonio civil que presentaron el 20 de junio de 2013, en aplicación de la Sentencia C- 577 de 2011.

El 24 de julio de 2013, el Juzgado 11 Municipal de Cali decidió amparar los derechos fundamentales de los accionantes y le ordenó a la Notaría Cuarta de Cali, en las cuarenta y ocho horas siguientes, formalizar y solemnizar el vínculo contractual solemne entre parejas del mismo sexo.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, mediante providencia del 30 de agosto de 2013, decidió revocar la sentencia de amparo del *a quo*, y en su lugar, negar la protección de los derechos fundamentales. Los principales argumentos del fallador fueron los siguientes:

“Como es de público conocimiento al 20 de junio de 2013, brillo (sic) por su ausencia la expedición de ley alguna por parte del Congreso de la República, con relación a los derechos de las parejas del mismo sexo, motivo por el cual y en aras de amortiguar en algo el déficit de protección que afecta a las mencionadas parejas, sin llegar a eliminarlo completamente, se les concedió la opción de acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

No obstante lo anterior, advierte la instancia que lo que los accionante pretenden es que se le dé trámite a su solicitud de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo y la celebración de dicho contrato, de conformidad con las normas procesales y sustanciales del Código Civil y demás leyes que lo reforman o desarrollan, no siendo esto lo ordenado en la sentencia de control de constitucionalidad tantas veces referida”

El 31 de enero de 2014, los señores Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto radicaron un escrito ante la Corte desistiendo de su petición de amparo. Sus argumentos fueron los siguientes:

“Nuestra persistente lucha jurídica por disfrutar de los mismos derechos fundamentales que tienen todos los y las colombianas repercutieron negativamente en nuestra vida personal y de pareja, al punto que hoy en día no conformamos más una familia.

En otras palabras, para la fecha los suscritos accionantes ya no conformamos una pareja sentimental y un núcleo familiar, y por consiguiente, en este momento nos asiste más la voluntad libre de contraer matrimonio civil”.

En consecuencia, solicitaron a la Corte declarar la existencia de un hecho superado. Esta petición fue coadyuvada por la ONG Colombia Diversa.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el desistimiento sólo procede cuando se encuentran comprometidas las pretensiones

individuales del actor¹²⁷, toda vez que no cabe la renuncia a la petición cuando el tema que se aborda involucra elementos que despiertan el interés general:

“[T]ambién debe insistirse en el carácter público que adquiere el trámite de la tutela cuando se refiere a puntos que, como en el presente caso, afectan el interés general. Ese el motivo para que esta Sala halle inadmisibile el desistimiento de la acción o de la impugnación correspondiente se en su decisión, como aquí ocurre, están comprometidos aspectos relacionados con el bien colectivo, pues en tales situaciones, por aplicación del principio consagrado en el artículo 1º de la Carta, debe prevalecer el interés general, ya que no están en juego exclusivamente las pretensiones individuales del actor”¹²⁸.

La aplicación de la figura procesal del desistimiento debe acompasarse con otra, como lo es la carencia actual de objeto. Al respecto, por ejemplo, la Corte en sentencia SU-108 de 2016, en un asunto relacionado con la prestación del servicio militar obligatorio, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, ya que uno de los peticionarios no deseaba ya ser desvinculado del Ejército Nacional.

En el caso concreto, los peticionarios del mismo sexo afirman que ya no conforman una pareja sentimental, motivo por el cual no desean que los jueces constitucionales ordenen la celebración de su matrimonio civil.

En este orden de ideas, la Sala revocará la sentencia proferida el treinta (30) de agosto de 2013 por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, la cual negó el amparo solicitado de los derechos fundamentales a la protección de la familia, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad, mediante la acción de tutela **T-4.167.863**. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto, debido a que los accionantes manifestaron que, a la fecha, ya no le asiste la voluntad de contraer matrimonio civil.

3.2. Expediente T-4.353.964.

Los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero interpusieron acción de tutela contra el señor Notario 37 de Bogotá, por no acceder a su solicitud de matrimonio igualitario.

¹²⁷ Ver sentencias T-550 de 1992; T-433 de 1993 y T-297 de 1995.

¹²⁸ Sentencia T-550 de 1992.

El accionado se opuso a la procedencia del amparo, argumento lo siguiente: (i) los peticionarios pueden acudir ante un juez para celebrar su matrimonio entre parejas del mismo sexo; (ii) no se puede desconocer lo decidido por la Corte Constitucional en Sentencia C-577 de 2011; (iii) el juez constitucional aludió a una figura contractual diferente al matrimonio; (iv) a los peticionarios se le brindó a posibilidad de “formalizar y solemnizar su vínculo contractual”; (v) el notario es competente para autorizar el matrimonio civil por mandato legal y para formalizar y solemnizar el “vínculo contractual entre parejas del mismo sexo”, por mandato jurisprudencial; (vi) no se trata de un contrato innominado; y (vii) en el presente caso resulta improcedente aplicar el método de interpretación analógico.

En el trámite de la petición de amparo intervino la Procuraduría General de la Nación alegando que el matrimonio sólo puede celebrarse entre individuos de distinto sexo. En tal sentido, el juez no puede abrogarse una competencia que es del legislador.

El Juzgado 63 Civil Municipal de Bogotá, mediante Sentencia del 11 de marzo de 2014, resolvió negar el amparo solicitado. En el texto de su breve fallo se lee lo siguiente:

“la conducta del notario no luce arbitrario (sic) o totalmente desacertado (sic), igualmente en los términos de la Sentencia C-577 de 2011, no es válido al juez utilizarla como criterio de interpretación y aplicación para solemnizar el vínculo de las parejas del mismo sexo, más cuando no hay parámetros en la propia sentencia, razones suficientes para denegar el amparo solicitado”.

El Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia del 25 de abril de 2014, resolvió confirmar el fallo del *a quo*. Estimó el juez que, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011, de forma alguna se autorizó a los jueces o notarios a tramitar matrimonios entre personas del mismo sexo; dicha potestad está en cabeza del legislador y no de los jueces.

La Sala revocará el referido fallo de tutela y amparará el derechos de los peticionarios a contraer matrimonio civil, con base en las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo, las cuales se sintetizan en lo siguiente:

- La Sentencia C- 577 de 2011 exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, *“según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”*.
- En la misma providencia se previó que *“Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*.
- La Corte verificó que ninguno de los diversos proyectos de ley (18 en total) presentados y tramitados ante el Congreso de la República, en materia de formalización y solemnización del vínculo entre parejas del mismo sexo, resultó aprobado. Lo anterior significa que las mayorías parlamentarias, habiendo contado con un plazo razonable, incumplieron su deber constitucional de legislar, en pro de asegurar el disfrute del derecho fundamental a la igualdad de trato de las minorías sexuales en Colombia.
- Aunado a lo anterior, con base en las pruebas obrantes en los expedientes acumulados, el juez constitucional constató que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, se generaron diversas y contradictorias lecturas por las distintas autoridades judiciales, notariales, registrales y de control realizaron sobre el sentido y alcance de la Sentencia C-577 de 2011. Tal estado de cosas conduce a perpetuar y acentuar el déficit de protección y la discriminación de la cual han sido secularmente víctimas las parejas del mismo sexo en Colombia.
- La Corte Constitucional, actuando como guardiana de la Constitución de 1991, y ante la urgente necesidad de proteger los derechos fundamentales de los integrantes de una minoría sexual, adopta una sentencia de unificación, con efectos *inter pares*, con miras a que, en adelante, las parejas heterosexuales y homosexuales gocen en Colombia de plena igualdad de trato en el ejercicio de sus derechos fundamentales.
- El Tribunal Constitucional consideró que en un Estado Social de Derecho, fundado sobre la dignidad humana y el respeto por los

derechos fundamentales, en especial, la libertad y la igualdad de trato, el único significado constitucionalmente admisible de la expresión “*institución que posibilite formalizar y solemnizar un vínculo entre parejas del mismo sexo*” es aquel de matrimonio civil.

En este orden de ideas, la Sala procederá a revocar la sentencia del 25 de abril de 2014, proferida por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del 11 de marzo de 2014, pronunciado por el Juzgado 63 Civil Municipal de Bogotá, que negó la solicitud de protección constitucional impetrada. En su lugar, amparará el derecho de los accionantes a contraer matrimonio civil. En consecuencia, ordenará al señor Notario 37 de Bogotá acceder a la solicitud de celebración de matrimonio igualitario, elevada por los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, proceder a registrar el correspondiente matrimonio civil.

4. Negativa de un Registrador Auxiliar de registrar un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo. Acción de tutela contra una omisión de un funcionario administrativo.

Expediente T-4.309.193

Los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón interpusieron acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Tercera de Bogotá, por negarse a inscribir su matrimonio en el correspondiente registro civil.

Alegan que el 20 de septiembre de 2013 contrajeron matrimonio civil ante el Juez 48 Civil Municipal de Bogotá. Acto seguido, intentaron registrarlo en la Notaría Tercera de Bogotá, siendo su solicitud negada por cuanto se requería un “certificado especial” expedido por el juez.

El Juez 48 Civil Municipal le indicó a los accionantes que la única formalidad legalidad para registrar un matrimonio civil era la correspondiente acta, la cual ya existía.

Ante la negativa de la Notaría, los peticionarios acudieron ante la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo, entidad donde se les indicó que resultaba imposible registrar su matrimonio, por tratarse de dos hombres.

La Notaría Tercera de Bogotá respondió en el sentido de que la “posición del gremio de notarios (Unión Colegiada del Notariado

Colombiano) en concordancia con la sentencia C-577 de 2011, numeral quinto, es la de formalizar y solemnizar un vínculo contractual”.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2013, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo de los contrayentes, en los siguientes términos:

“PRIMERO. CONCEDER la acción de tutela interpuesta por WILLIAM ALBERTO CASTRO FRANCO contra la NOTARÍA TERCERA DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ y la REGISTRADURÍA AUXILIAR DE TEUSAQUILLO, protegiendo sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido procedimiento administrativo.

“SEGUNDO. ORDENAR a la NOTARÍA TERCERA DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ y la REGISTRADURÍA AUXILIAR DE TEUSAQUILLO, que procedan al registro en el registro civil del matrimonio civil celebrado ante el Juez 48 Civil Municipal de Bogotá del señor WILLIAM ALBERTO CASTRO FRANCO con el señor JULIO ALBERTO CANTOR BORBÓN, si el solicitante acudiere a registrarlo..

“Para tal efecto, el solicitante podrá acudir ante la entidad de su preferencia, la cual tendrá 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión, para cumplir con lo ordenado”.

El día 26 de noviembre de 2013 fue autorizado y expedido el Registro Civil de Matrimonio número 04533745, el cual reposa a folio 115 del cuaderno principal.

En este orden de ideas, la Corte confirmará parcialmente el fallo de tutela proferido el 25 de noviembre de 2013, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, en el cual se ampararon los derechos fundamentales de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón, frente a la negativa de la Notaría Tercera de Bogotá y la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo de inscribir su matrimonio en el registro civil. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto por cumplimiento del fallo de tutela, al haberse inscrito el matrimonio civil en el Registro del Estado Civil.

B. Declaratoria de efectos *inter pares* y otras órdenes

Los efectos de los fallos de amparo son *inter partes*, por regla general. Con todo, en algunos casos, dada la existencia de un universo objetivo de personas que se encuentran en la misma situación de los accionantes, la Corte los ha modulado, con el fin de asegurar el ejercicio del derecho a la igualdad.

Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario tendiente a evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales de las partes en el proceso. Este supuesto se presenta cuando su protección incide en los mismos derechos fundamentales de terceras personas no tutelantes. Teniendo en cuenta que el amparo constitucional no puede contrariar su naturaleza y razón de ser en la protección de derechos fundamentales de otros sujetos que se hayan circunstancias similares, el juez de tutela dispone de los efectos *inter comunis* e *inter pares* con el objeto de amparar, con la misma fuerza vinculante, los derechos constitucionales fundamentales de quienes no habiendo acudido directamente a este medio judicial requieren de igual protección. Claro está, siempre que los terceros se encuentren en condiciones comunes o iguales a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de amparo dada por el juez constitucional repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no vinculados.

Los efectos *inter comunis* se refieren a situaciones que se extienden a una comunidad determinada por unas características específicas. En la Sentencia **SU 1023 de 2001**, la Corte extendió por primera vez los efectos *inter comunis*, en un caso en el cual los accionantes solicitaban el pago de mesadas pensionales a cargo de una entidad en liquidación obligatoria que no disponía de recursos suficientes para garantizar los mismo. Como problema jurídico, la Corte se preguntó si frente a una empresa que se encuentra en estas condiciones, la orden de pagar mesadas pensionales a quienes instauraron acción de tutela ¿vulnera el derecho a la igualdad de participación que les asiste a los demás pensionados no tutelantes?

Para resolver el asunto, se decretaron efectos *inter comunis* con respecto a los pensionados de la Flota Mercante Gran Colombiana a los cuales se les adeudaban varias mesadas pensionales para que la orden de la sentencia que pretendía proteger los derechos fundamentales de los accionantes, se extendiera también a todos los exfuncionarios de la entidad accionada que se encontraran en la misma situación:

“Los efectos de esta decisión se explican en este caso por las circunstancias específicas y particulares de la sociedad en

liquidación, entre las cuales sobresalen para este propósito las siguientes: la situación de igualdad en que se encuentran los pensionados, a quienes les asiste el derecho a participar en la distribución de los activos de la compañía; rige el principio de solidaridad, el cual no se opone a la orden judicial transitoria que se imparte; además, se trata de una empresa en proceso de liquidación obligatoria que ya tiene, por lo tanto, definida su vocación de extinción. Por lo anterior, en esta oportunidad la decisión de la Corte señala efectos inter comunis frente al proceso de liquidación obligatoria de la CIFM, en consideración a que todos los pensionados pertenecen a una comunidad, en situaciones de igualdad de participación, y con el fin de evitar entre ellos desequilibrios injustificados” - subrayado fuera de texto-.

De ahí que, cuando se pretende integrar a los miembros de una comunidad determinada, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la efectividad en la protección del derecho del individuo depende de su pertenencia a la comunidad.

En cambio, los efectos *inter pares* se predicán para los terceros no vinculados al proceso que se encuentran en una situación semejante respecto de los accionantes. Si bien desde el **Auto 071 de 2001**, la declaración de dichos efectos viene acompañada de una excepción de inconstitucionalidad, esta última no es un requisito *sine qua non* para su procedencia, cuando la resolución adoptada genera efectos análogos respecto de todos los casos semejantes.

Así, en la Sentencia **SU 783 de 2003** la Corte estudió varios casos acumulados y examinó en las circunstancias allí indicadas si ¿presentar preparatorios cuando la respectiva Universidad tiene señalado este requisito en su normatividad interna constituye una vulneración a los derechos fundamentales a la educación, el trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, o es un ejercicio legítimo de la autonomía universitaria? Para resolver el asunto, la Sala Plena negó la tutela de los derechos fundamentales de quienes pretendían la expedición del título de abogado sin la presentación de exámenes preparatorios y determinó efectos *inter pares* “a todos los casos que reúnan los supuestos legales analizados en esta sentencia”, sin considerar una excepción de inconstitucionalidad.

De conformidad con el Auto 071 de 2001, quedan cobijados por los efectos *inter pares* de la providencia, aquellos casos semejantes en los cuales los jueces de tutela no apliquen las reglas de reparto de la acción

de tutela contenidas en el Decreto 1382 de 2000 y, en su lugar, se fundamenten en el mandato constitucional establecido en el artículo 86, según el cual el recurso de amparo puede ser interpuesto ante cualquier juez, en cualquier momento y en todo lugar.

“cuando concurran las condiciones anteriormente enunciadas la excepción de inconstitucionalidad aplicada por esta Corporación tiene efectos inter pares, es decir, entre todos los casos semejantes, logra conciliar todas las normas constitucionales en juego. En todos los casos en los cuales deba decidirse una acción de tutela, los jueces quedan cobijados por los efectos inter pares de esta providencia, lo cual asegura que el principio de supremacía constitucional sea efectivamente respetado y que los derechos fundamentales que requieren por mandato de la Carta “protección inmediata” (artículo 86 de la C. P.), no se pierdan en los laberintos de los conflictos de competencia que impiden que se administre pronta y cumplida justicia en desmedro de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C.P.). Los efectos inter pares también aseguran que, ante la evidencia del profundo, grave, generalizado y recurrente perjuicio que para el goce de los derechos fundamentales ha tenido la aplicación de normas administrativas contrarias a la Constitución, la Corte Constitucional como órgano del Estado al cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, cumpla su misión de asegurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales”.

Con ocasión de la Sentencia C-577 de 2011 y el persistente déficit de protección constitucional en el ejercicio de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, han tenido lugar diversas interpretaciones acerca de cuál es el vínculo contractual idóneo para formalizar y solemnizar uniones de parejas homoafectivas. Precisamente, esta indefinición legal en la constitución de la familia diversa ha ocasionado que algunas parejas del mismo sexo no hayan podido válidamente formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

En consecuencia, la Corte Constitucional encuentra que procesalmente dentro de las diversas alternativas disponibles para proteger los derechos fundamentales de los terceros no vinculados al proceso, la que mejor protege las parejas del mismo sexo para asegurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales inalienables de la persona humana, es la figura de los efectos *inter pares*, toda vez que se trata de proteger casos de personas que se encuentran en una situación igual o

similar; no una comunidad jurídica determinada de la cual depende el ejercicio y goce de los derechos fundamentales individuales y la extensión de los efectos de la sentencia (efectos *inter comunis*).

Con el propósito de: (i) superar el déficit de protección reconocido en la Sentencia C- 577 de 2011, en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (ii) garantizar la plena vigencia de la Constitución, concretamente el derecho constitucional a unirse para constituir un vínculo marital, natural o solemne, del que surge una comunidad de vida de variados matices, uno de los cuales lo constituye la celebración de un matrimonio civil en condiciones de igualdad, dignidad y libertad; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extiende los efectos de la presente sentencia de unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.

Además, mediando una aplicación prevalente de la Constitución, la Corte declarará que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo en Colombia, con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C- 577 de 2011. Para la Corte los jueces de la República, que han venido celebrando matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, han actuado en los precisos términos de la Carta Política, de conformidad con el principio constitucional de la autonomía judicial, dispuesto en el artículo 229 de la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En igual sentido, esta Corporación advertirá a las autoridades judiciales, a los notarios y a los registradores del país, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante.

Por último, se exhortará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que difundan entre los jueces, notarios y registradores del estado civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección

señalado en la Sentencia C- 577 de 2011.

Valga aclarar que es propósito de la Corte Constitucional en esta sentencia unificar la jurisprudencia y dar pautas en la defensa de los derechos fundamentales de un grupo minoritario. Razón por la cual, todos los jueces de la República deben acogerla como regla de derecho en tanto integrantes de la jurisdicción constitucional.

V. SÍNTESIS

1. Selección y acumulación de expedientes. La Sala Plena de la Corte, en sesión del día 14 abril de 2016, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, así como los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, asumió la revisión constitucional de las decisiones judiciales de las acciones de tutela en seis (6) expedientes acumulados, así: (i) T-4.488.250 (tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión de anular su matrimonio igualitario); (ii) T- 4.189.649 (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo); (iii) T-4.259.509 (tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una solicitud de matrimonio igualitario); (iv) T-4.167.863 (pareja del mismo sexo, integrada por sujetos de derecho a quienes un Notario Público se negó a casar); (v) T-4.353.964 (denegación de un Notario Público a celebrar un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo); y (vi) T-4.309.193 (negativa de un Registrador del Estado Civil de registrar de un matrimonio igualitario).

2. Apertura del debate constitucional y democrático sobre el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo. A lo largo del trámite de revisión de los seis (6) expedientes de amparo acumulados, la Corte Constitucional recibió un total de veinticinco (25) intervenciones provenientes de Universidades de distintas regiones del país, centros de pensamiento, nacionales y extranjeros; activistas y expertos en temas de derechos humanos e instituciones estatales. Se expusieron numerosos argumentos a favor y en contra del reconocimiento del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo en Colombia, algunos aspectos relacionados con la competencia de la Corte Constitucional en la materia, así como distintos planteamientos en relación con la procedencia de los amparos.

El 30 de junio de 2015, previa la elaboración de un cuestionario, la Sala Plena de la Corte Constitucional celebró una audiencia pública ampliamente difundida en la cual intervinieron: (i) los peticionarios; (ii) las autoridades judiciales y notariales accionadas; (iii) instituciones y expertos que consideraban que la Corte debía amparar los derechos de los accionantes; y (iv) instituciones y ciudadanos que, invocando diversas razones, estimaban que el Tribunal Constitucional era incompetente para fallar o que debía negar las peticiones de amparo. En total, fueron escuchadas treinta y tres (33) intervenciones. Adicionalmente, se allegaron nueve (9) escritos, provenientes de invitados, que no pudieron comparecer directamente en la audiencia pública.

3. La protección de las minorías como presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional. En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “*coto vedado*” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones. Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de *status* para todos los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen esas condiciones.

La competencia de este Tribunal Constitucional, en el debate que aquí se suscita, se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del ejercicio del principio mayoritario.

4. El fallo de unificación se encuentra en perfecta consonancia con lo decidido en Sentencia C-577 de 2011. La Corte en Sentencia C-577 del 20 de julio de 2011, siguiendo sus líneas jurisprudenciales referentes al déficit de protección en que se encuentran las minorías sexuales en Colombia, consideró que: “*la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de personas de orientación sexual diversa... conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a*

la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano deber tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja de personas del mismo sexo.”

De igual manera, la Corte adoptó las siguientes decisiones: (i) declaró exequible, por los cargos analizados, la expresión “*hombre y mujer*”, del artículo 113 del Código Civil; (ii) exhortó al Congreso de la República para que, antes del 20 de junio de 2013, legislara, “*de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas*”; y (iii) previó que, si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República “*no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”. El propósito del fallo fue doble: respetar la facultad legislativa del Congreso de la República (**principio mayoritario**); y permitirle a las parejas del mismo sexo constituir una familia, mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, en caso de que el legislador no estableciera los parámetros normativos al respecto (**principio de prevalencia de los derechos fundamentales**).

Vencido el término señalado en la Sentencia C-577 del 20 de julio de 2011, el Congreso de la República no expidió la legislación que eliminara el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo en Colombia.

Bajo estas precisas circunstancias, y tomando en cuenta: (i) la existencia de numerosas y opuestas interpretaciones sobre el contenido de la regla judicial creada en la parte resolutive de fallo C-577 de 2011; (ii) la persistencia de un déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo en relación con las características del vínculo formal y solemne que pueden contraer, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011; (iii) la omisión relativa del Congreso de la República de su deber de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías sexuales en Colombia; (iv) la existencia de diversas líneas jurisprudenciales consolidadas sobre la dignidad humana, la libertad individual, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; (v) la paulatina conquista de derechos por parte de las parejas del mismo sexo; y (vi) la competencia de los jueces constitucionales para tomar decisiones que permitan superar el déficit de protección, la Corte considera necesario

adoptar una sentencia de unificación en materia de uniones maritales solemnes entre parejas del mismo sexo, como en efecto lo hace.

5. Interpretación de la regla judicial contenida en la Sentencia C-577 de 2011. La Corte interpreta la regla judicial vertida en el parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011, a cuyo tenor: *“Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*, en el sentido que la formalización y solemnización del vínculo contractual corresponde a la celebración de un matrimonio civil.

6. Problema jurídico general. Los seis (6) casos acumulados de amparo plantean el siguiente problema jurídico, de carácter general: ¿celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo, en lugar de una unión solemne innominada, con miras a suplir el déficit de protección declarado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011, configura una violación del artículo 42 Superior, tal y como lo aducen quienes se negaron a celebrar o a registrar los matrimonios civiles igualitarios?; o por el contrario, como lo interpretaron los Jueces Civiles que los celebraron, ¿constituye una adecuada interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, un ejercicio válido de autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana?

7. Problemas jurídicos concretos. Los seis (6) expedientes de amparo que revisó la Corte plantean diversos problemas jurídicos específicos:

- ¿La Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 de 2011, el orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso? (Exp. T- 4.189.649 y T- 4.259.509).
- ¿Se cumplen los requisitos genéricos de procedencia del amparo contra providencias judiciales?; y ¿la autoridad judicial incurrió en algún defecto al momento de adoptar su decisión? (Exp. T-4.488.250)
- ¿Los Notarios Públicos que se negaron a realizar matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de

2013, desconocieron los derechos fundamentales de los peticionarios? (Exps. T-4.167.863 y T-4.353.964).

- ¿un Registrador Auxiliar el Estado Civil puede negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado entre una pareja del mismo sexo, alegando estar cumpliendo con la sentencia C-577 de 2011? (Exp. T-4.309.193).

8. Reiteración de jurisprudencia sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, ejercicio de funciones públicas Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil. En la resolución de los seis (6) expedientes de amparo, la Corte reiteró numerosos precedentes sobre la procedencia del amparo contra providencias judiciales (causales genéricas y específicas); particulares que ejercen funciones públicas (Notarios Públicos); y funcionarios registrales.

9. Subreglas constitucionales construidas para la resolución de los casos concretos. Para resolver de los diversos problemas jurídicos, la Corte aplica las siguientes subreglas constitucionales, reagrupadas temáticamente:

9.1. El derecho a contraer matrimonio civil en condiciones de dignidad, libertad e igualdad

- El paradigma del Estado Social de Derecho se funda sobre el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones.
- Toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea en forma natural (unión marital de hecho) o unión solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección bajo la Constitución y la ley.
- Los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual.

9.2. Existencia de un trato discriminatorio entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en materia de celebración de matrimonio civil

- Los contratos innominados, mediante los cuales se pretende solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, dada su precaria naturaleza jurídica, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 del 20 de junio de 2011.

9.3. Ejercicio de funciones judiciales, notariales y registrales en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo

- Los Jueces de la República, los Notarios Públicos y los Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos trato igual.
- Vencido el plazo fijado por la Corte en su Sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), la ausencia de regulación en materia de unión marital solemne entre parejas del mismo sexo, fue colmada mediante la aplicación del numeral 5º de aquélla, y en consecuencia, los Jueces Civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, fundándose para ello en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y en el respeto de la dignidad humana, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial.
- Los Registradores del Estado Civil deben inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.
- Los Notarios Públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo y no contratos innominados.
- Un juez de la República incurre en un defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes.

9.4. Funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación en relación con la formulación de acciones de amparo

- La Procuraduría General de la Nación carece de legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 del 20 de junio de

2011, el orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Toda vez que la protección, defensa y restitución de derechos fundamentales fundados específicamente en la dignidad, la libertad individual y la igualdad no pueden soslayarse bajo la supuesta defensa del orden jurídico, dispuesta por el artículo 277 Superior.

10. Fundamentos de las subreglas constitucionales. La construcción de las referidas subreglas constitucionales tiene los siguientes fundamentos:

Primer fundamento: El lenguaje como relación de poder. Determinación del significado de la palabra “matrimonio”. Siguiendo a Wittgenstein¹²⁹, la Corte constató que la configuración del concepto de “matrimonio” responde no sólo a la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad. Se trata, en consecuencia, de una noción evolutiva, cuyos elementos y comprensión ha variado con el correr de los años.

Una revisión de esta compleja historia ha puesto de presente la existencia de, al menos, las siguientes constantes y tensiones: (i) a lo largo de los siglos, el matrimonio ha conocido una ininterrumpida evolución; (ii) el derecho a contraer matrimonio ha sido objeto de diversas restricciones, fundadas en aspectos relacionados con el origen social de los contrayentes, nacionalidad, raza, religión y orientación sexual; (iii) de allí que, secularmente, la unión entre personas discriminadas no fuera calificada en términos de “matrimonio”, ni gozaba de los mismos derechos y reconocimiento social que los cónyuges; (iv) la regulación jurídica del matrimonio (vgr. capacidad para contraerlo, consentimiento, efectos jurídicos, fines, disolución, etc.) ha sido fuente de controversias entre las autoridades religiosas¹³⁰ y civiles; (v) correlativamente, la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido abordada desde diversas ópticas (vgr. sacramento¹³¹, contrato¹³², institución jurídica, institución de derecho natural, entre otras); y (vi) en la actualidad, en un Estado Social de Derecho, en un paradigma de separación entre la Iglesia y el Estado, la regulación del matrimonio desborda los clásicos cánones del derecho legislado (contrato civil), para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales¹³³.

¹²⁹ Wittgenstein, *Tractatus Lógico-Philosophicus*, París, Gallimard, 1961.

¹³⁰ Charles M. de la Roncière, “Rites et idéaux chrétiens face aux pratiques séculaires”, *Histoire du mariage*, París, 2009

¹³¹ Salles, C., “Le mariage dans l’antiquité”, en *Histoire du mariage*, París, 2009, p. 9.

¹³² Ghislaine de Feydeau, “Un mariage qui resiste et des enjeux qui changent”, en *Histoire du mariage*, París, 2009, p. 637.

¹³³ Evan Gerstmann, *Same-sex marriage and the Constitution*, Cambridge, 2008. Ver también: María Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, 2008.

Segundo fundamento: Hoy por hoy, la sexualidad y la procreación son fines, más no elementos esenciales del matrimonio. El *quid iuris* del matrimonio no se determina por quienes lo conforman, sino por la finalidad que representa el libre ejercicio del derecho a formar una comunidad de vida. El objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad, aspecto sobre el cual conviene precisar que los fines del matrimonio no son exclusivamente el desarrollo de la sexualidad o la procreación, sino en esencia la consolidación de lazos de voluntad o convivencia, que permiten conformar una familia. De lo contrario, a las parejas heterosexuales, que de manera libre deciden no procrear o aquellas personas con alguna limitación física para la reproducción, les estaría vedado contraer matrimonio. Del mismo modo, las personas que no se encuentran en capacidad de desarrollar una vida sexual plena se les impediría casarse.

Tercero fundamento: Avances del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en el derecho comparado. En un período de tan sólo quince años la humanidad, de forma gradual y progresiva, ha reconocido diversos derechos de las parejas del mismo sexo, entre ellos, el derecho a contraer matrimonio civil. De los ciento noventa y cuatro (194) Estados oficialmente reconocidos por la ONU, a la fecha veintitrés (23) han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, eliminando todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual.

En el derecho comparado es posible evidenciar tres vías o fuentes jurídicas de reconocimiento, a partir de las cuales cada Estado ha proscrito los tratos diferenciados basados en la orientación sexual y, consecuentemente, ha aprobado las uniones homoafectivas, entre ellas el matrimonio: (i) los países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como consecuencia de decisiones judiciales adoptadas por los respectivos organismos judiciales. En algunos casos, posteriormente, se aprobaron leyes que legalizaron el matrimonio homosexual; (ii) Estados que aprobaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo vía legislativa y seguidamente, en ciertos casos, se profirieron fallos judiciales que declararon la constitucionalidad de las leyes aprobatorias; y (iii) aquellos Estados que, aunque de manera deficitaria reconocen uniones alternas al matrimonio, aun así otorgan personalidad o protección jurídica a las parejas del mismo sexo.

De los veintitrés (23) Estados que permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo, en seis (6) es el resultado de decisiones judiciales, en dieciséis (16) son consecuencia de leyes aprobadas por los respectivos

órganos legislativos y, en un solo caso este derecho fue aprobado mediante referendo (Irlanda).

El matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido por decisión judicial en Canadá (2004), Sudáfrica (2005), Israel (2006), México (2011), Brasil (2013) y Estados Unidos (2015). En cada caso varían los fundamentos jurídicos a partir de los cuales los tribunales reconocieron este derecho.

Dieciséis países han aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo por vía legislativa, estos son: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Uruguay (2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2010), Francia (2013), Nueva Zelanda (2013), Finlandia (2014), Luxemburgo (2014), Inglaterra, Gales y Escocia (2014). En algunas de estas naciones, con posterioridad se adoptaron decisiones judiciales que declararon la constitucionalidad de las leyes aprobatorias del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Otro grupo de Estados han expedido una reglamentación diversa para reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, en algunos casos equiparándolos al matrimonio o creando figuras jurídicas con efectos jurídicos diversos a aquél. Estos ordenamientos jurídicos no reconocen el matrimonio homoafectivo, pero permiten las uniones civiles de personas del mismo sexo, con derechos similares a los del matrimonio, aunque sin esa denominación. Es el caso de países como: Italia, Alemania, Austria, Croacia, Estonia, Hungría, Suiza, Malta, la República Checa, algunas regiones de Australia, entre otros.

A pesar de que en los últimos dos siglos la humanidad, como consecuencia de la aplicación constante de las diversas Cartas de Derechos Humanos ha despenalizado las relaciones entre personas del mismo sexo, en los países que aún preservan estructuras jurídicas teocráticas, los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo son ilegales. De allí que en setenta y nueve (79) Estados, las relaciones homoafectivas están tipificadas con penas privativas de la libertad que oscilan entre un año de prisión y la cadena perpetua, entre estos se encuentran: Argelia, Libia, Nigeria, Marruecos, Túnez, Gambia, Guinea, Senegal, Togo, Camerún, Santo Tomás y Príncipe, Burundi, Comoras, Yibuti, Eritrea, Etiopía, Mauricio, Uganda, Tanzania, Botsuana, Namibia, Bahrein, Kuwait, Líbano, Omán, Qatar, Siria, Afganistán, Bangladesh, Bután, Maldivas, Pakistán, Sri Lanka, Corea del Norte, Brunéi, Indonesia, Malasia, Myanmar, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Samoa. En siete (7) naciones, de manera extrema y contraria a

la vida y a la dignidad humana, es causal de pena de muerte: Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Mauritania, Somalia, Sudán del Sur y Yemen.

El derecho comparado ofrece elementos de juicio que permiten a la Corte constatar que toda sanción, restricción, discriminación o trato diferenciado fundado en la orientación sexual, tiene origen o arraigo eminentemente cultural, teocrático, dictatorial o religioso, objetivamente vulneradores de principios de libertad individual, dignidad e igualdad y, así mismo, evidenciar que en los Estados de Derecho neoconstitucionales se ha convertido en una tendencia global el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

En materia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, este reconocimiento se ha efectuado con sustento en diversas aproximaciones. En algunos Estados es un derecho fundamental, como es el caso de Brasil, México y Estados Unidos; en otros, se ha determinado que se trata de una institución fundamental, como ocurrió en Canadá o de un derecho constitucional, tal y como lo consideraron los Tribunales Constitucionales de Sudáfrica y España. Por su parte, los países que han reformado sus legislaciones, en su gran mayoría lo conciben como un derecho civil que no puede ser objeto de restricciones fundadas en la orientación sexual¹³⁴.

Cuarto fundamento: Los derechos constitucionales fundamentales de las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Los precedentes de esta Corporación han garantizado, de manera constante y uniforme, los derechos constitucionales fundamentales de los **integrantes de la comunidad LGTBI**, al considerar la orientación sexual como una categoría sospechosa usualmente empleada con fines discriminatorios. Este enfoque, que busca superar un secular déficit de protección que afecta a estos ciudadanos, ha conducido a amparar derechos individuales en ejes temáticos referentes a: cambio de sexo¹³⁵, visitas íntimas en establecimientos de reclusión¹³⁶, expresiones de afecto¹³⁷, donación de sangre¹³⁸, tratamiento en Fuerzas Armadas, sanciones disciplinarias en instituciones educativas,

¹³⁴ Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Uruguay (2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2010), Francia (2013), Nueva Zelanda (2013), Finlandia (2014), Luxemburgo (2014), Inglaterra, Gales y Escocia (2014).

¹³⁵ Sentencia T-594 de 1993

¹³⁶ Sentencias T-1096/04, T- 624/05 y T-372/13

¹³⁷ Sentencia T-622/10

¹³⁸ Sentencia T-248 de 2012.

castrenses¹³⁹ y notariales, acceso a la educación¹⁴⁰, acceso al sistema de seguridad social¹⁴¹, libre desarrollo de la personalidad e intimidad.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido derechos para las **parejas del mismo sexo**. De ahí que, las personas homoparentales puedan conformar una unión marital de hecho en calidad de compañeros permanentes¹⁴² y, por homologación normativa, los efectos de este vínculo en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, particularmente en materia de derechos civiles, de seguridad social en salud y pensiones, los cuales pueden ser verificados en temas relacionados con la afectación de la vivienda como patrimonio familiar¹⁴³, la nacionalidad por adopción, la pensión de sobrevivientes¹⁴⁴, la obligación de alimentos¹⁴⁵ y la posibilidad de incurrir el delito de inasistencia alimentaria¹⁴⁶, entre otros.

Las líneas jurisprudenciales desarrolladas por esta Corte en decisiones de amparo (control concreto), así como de constitucionalidad (control abstracto) han señalado que los homosexuales son un grupo tradicionalmente discriminado; sin embargo, a la luz de los principios que inspiran la Constitución Política de 1991, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de un ser humano, debe ser sometida a un control estricto de constitucionalidad y se presume violatoria de los principios de igualdad, dignidad humana y libertad.

La definición del concepto de familia ha evolucionado, lo cual ha permitido que las parejas del mismo sexo puedan conformarla¹⁴⁷, superando parcialmente el déficit de protección detectado con anterioridad; máxime si este Tribunal Constitucional admitió que aquéllas pueden adoptar niños, niñas y adolescentes¹⁴⁸, teniendo en cuenta el interés superior del menor y la inexistencia de razones que justifiquen un trato diferenciado entre las diversas parejas en Colombia.

¹³⁹ Sentencia T-097 de 1994

¹⁴⁰ Sentencia T-101 de 1998

¹⁴¹ Sentencias C-798 de 2008, C-336 de 2008, T-1241 de 2008, C-029 de 2009, C-121 de 2010, T-051 de 2010, T-592 de 2010, T-716 de 2011, T-346 de 2011, T-860 de 2011, C-577 de 2011, C-283 de 2011, T-717 de 2011, T-357 de 2013, T-151 de 2014, T-935 de 2014, T-327 de 2014, C-340 de 2014, T-823 de 2014, T-506 de 2015, entre otras.

¹⁴² C-075 de 2007

¹⁴³ C-029 de 2009

¹⁴⁴ C-336 de 2008, T-1241 de 2008, T-1241 de 2008, T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-151 de 2014, T-327 de 2014 y T-935 de 2014, entre otras.

¹⁴⁵ C-029 de 2009

¹⁴⁶ C-798 de 2008

¹⁴⁷ Sentencia C-577 de 2011

¹⁴⁸ Sentencias SU-617 de 2014, C-071 de 2015 y C-638 de 2015.

En el contexto de las decisiones judiciales que, de manera constante, pacífica y reiterada han amparado el derecho fundamental a la igualdad de las personas discriminadas por motivos de orientación sexual, la posibilidad de unirse formal y solemnemente para contraer matrimonio civil, constituye un avance trascendental en la tarea del juez constitucional de proteger los derechos de un grupo minoritario.

Quinto fundamento: En virtud de los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual. La autonomía que tiene el ser humano de contraer matrimonio civil, sin distinciones sociales, étnicas, raciales, nacionales o por su identidad sexual es un predicado de la dignidad humana. De allí que, constitucionalmente sólo resulten admisibles las limitaciones jurídicas referidas a ciertos grados de consanguinidad, edad, ausencia de consentimiento libre o existencia de otro vínculo matrimonial.

La libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas “matrimonio”.

El derecho de las parejas heterosexuales y del mismo sexo a celebrar una unión marital y formal, cuya principal expresión lo constituye el matrimonio civil, también es una manifestación del derecho fundamental a la igualdad de trato.

En el caso concreto, establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no logra superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible.

Aunado a lo anterior, aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también.

Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando *per se* la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos.

A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

Sexto fundamento: Efectos jurídicos de considerar que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio). La Corte considera que interpretar que las parejas del mismo sexo deben realizar un contrato solemne, que no configura un matrimonio civil conduce, entre otros, a los siguientes resultados inadmisibles: (i) no constitución formalmente de una familia; (ii) no surgimiento de los deberes de fidelidad y mutuo socorro; (iii) los contratantes no modifican su estado civil; (iv) ausencia de una sociedad conyugal; (v) los contratantes no ingresan en el respectivo orden sucesoral; (vi) imposibilidad de suscripción de capitulaciones; (vii) falta de claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes; (viii) de llegar a establecer su residencia en otros países, las respectivas autoridades no les brindarían a la unión solmenne, la protección legal que tienen los cónyuges, ya que éstas no les reconocen los efectos que tienen en nuestro sistema jurídico; y (ix) en materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente. En conclusión, ningún contrato solemne innominado o atípico, celebrado entre parejas del mismo sexo, podría llegar a producir los mismos efectos personales y patrimoniales que un matrimonio civil. De allí que los contratos civiles innominados, o

que buscan solemnizar y formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011.

Séptimo fundamento: Los Jueces Civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial. El artículo 228 Superior consagra los principios de autonomía e independencia judiciales, elementos esenciales para el ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho.

Desde sus primeros fallos, la Corte Constitucional ha construido una sólida línea jurisprudencial en torno al concepto de función judicial, sus características e implicaciones¹⁴⁹, reconociendo que los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia:

“La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de

¹⁴⁹ Entre muchos fallos ver: T-006 de 1992, C-1195 de 2001, C-1027 de 2002, T-224 de 2003, T-114 de 2007, T-117 de 2009 y T-238 de 2011.

un orden social justo.”¹⁵⁰.

El principio de autonomía judicial se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8°, referente al tema de las garantías judiciales, dispone que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial.

En el caso concreto de los Jueces Civiles que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundándose en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y el respeto a la dignidad humana, la Corte considera que actuaron conforme a la Constitución y en el ámbito de su autonomía judicial.

La Sala Plena estima que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género.

9. Órdenes a impartir.

9.1. Resolución de casos concretos

Expediente T-4.488.250 (acción de tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión de anular su matrimonio igualitario). La Corte confirma parcialmente la sentencia del día nueve (9) de mayo de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la acción de tutela formulada por Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada, Caldas, mediante la cual se amparó el derecho fundamental al debido proceso, en tanto el fallador carecía de competencia para anular un matrimonio civil celebrado entre parejas del mismo sexo (Expediente T-4.488.250). De igual manera, la Corte revoca la Sentencia proferida por el Tribunal, en relación con la orden de compulsar copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación. En su lugar, ampara: (i) a los señores Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz en su derecho a contraer matrimonio civil; y (ii) al señor Elkin Alfonso Bustos su derecho

¹⁵⁰ Sentencia T-238 de 2011

fundamental a la identidad de género. En consecuencia, deja sin efectos la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Expediente T-4.189.649 (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo). La Corte revoca el fallo de tutela proferido el veintitrés (23) de marzo de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo del derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, encaminado a la impedir la celebración del matrimonio civil entre los señores Julio Albeiro Cantor Borbón y William Alberto Castro. En su lugar, declara improcedente la acción de tutela.

Expediente T-4.259.509 (acción de tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una solicitud de matrimonio igualitario). La Corte revoca el fallo de tutela proferido el veintinueve (29) de marzo de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación, del derecho fundamental al debido proceso, contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, dirigido a la impedir la celebración del matrimonio civil entre las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo. En su lugar, declara la improcedencia del amparo solicitado.

Expediente T-4.167.863 (pareja del mismo sexo a quienes un notario se niega a casar). La Corte revoca la sentencia proferida el treinta (30) de agosto de 2013 por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Cali, la cual negó el amparo de los derechos fundamentales a la protección de la familia, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad de los señores Luis Felipe Rodríguez Rojas y Edward Soto, vulnerados por la Notaría Cuarta del Círculo de Cali. En su lugar, declara la carencia actual de objeto, debido a que los accionantes manifestaron que, a la fecha, ya no le asiste voluntad de contraer matrimonio civil.

Expediente T-4.353.964 (denegación de un Notario Público a celebrar un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo). La Corte revocó la sentencia del veinticinco (25) de abril de 2014, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del once (11) de marzo de 2014, pronunciado por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Civil Municipal de Bogotá, que negó la solicitud de protección

constitucional impetrada. En su lugar, ampara el derecho a contraer matrimonio civil de los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero. En consecuencia, ordena al señor Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá celebrar el matrimonio civil, conforme a la solicitud elevada por los accionantes y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, proceder a registrar el correspondiente matrimonio civil.

Expediente T-4.309.193 (negativa de registro de un matrimonio igualitario). La Corte confirma parcialmente el fallo de tutela proferido el veinticinco (25) de noviembre de 2013, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, en el cual se ampararon los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón, frente a la negativa de la Notaría Tercera de Bogotá y la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo de inscribir su matrimonio civil en el Registro del Estado Civil. En su lugar, ampara el derecho a contraer matrimonio civil de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón; y, declara la carencia actual de objeto por cumplimiento del fallo de tutela, al haberse inscrito el matrimonio civil en el Registro del Estado Civil.

9.2. Declaratoria de efectos *inter pares* y otras órdenes. Con el propósito de: (i) superar el déficit de protección reconocido en la Sentencia C-577 de 2011, en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (ii) garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extiende los efectos de su Sentencia de Unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.

De igual manera, la Corte declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 del 20 de junio de 2011. Para la Corte, los Jueces de la República que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, actuaron en los precisos términos de la Carta Política, de conformidad con el principio

constitucional de autonomía judicial, previsto en el artículo 229 de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En igual sentido, esta Corporación advierte a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos y a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de la providencia.

Por último, la Corte exhorta a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que difundan entre los Jueces, Notarios y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 del 20 de junio de 2011.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de los términos decretada en los procesos correspondientes a los expedientes T-4.167.863; T-4.189.649; T-4.309.193; T-4.353.964; T- 4.259.509; y T-4.488.250.

SEGUNDO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del día nueve (9) de mayo de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la acción de tutela formula por Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada, Caldas, mediante la cual se amparó el derecho fundamental al debido proceso, en tanto el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, carecía de competencia para anular un matrimonio civil celebrado entre parejas del mismo sexo (**Expediente T-4.488.250**). De igual manera, **REVOCAR PARCIALMENTE** el fallo del Tribunal, en relación con la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación. En su lugar, **AMPARAR:** (i) a los señores Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz en su derecho a contraer matrimonio civil; y (ii) al señor Elkin Alfonso Bustos su derecho fundamental a la identidad de género. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS**, la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

TERCERO. REVOCAR el fallo de tutela proferido el veintitrés (23) de marzo de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo del derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, encaminado a la impedir la celebración del matrimonio civil entre los señores Julio Albeiro Cantor Borbón y William Alberto Castro (**Expediente T- 4.189.649**). En su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** de la tutela invocada.

CUARTO. REVOCAR el fallo de tutela proferido el veintinueve (29) de marzo de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación, del derecho fundamental al debido proceso, contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, dirigido a la impedir la celebración del matrimonio civil entre las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo (**Expediente T- 4.259.509**). En su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** del amparo solicitado.

QUINTO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el treinta (30) de agosto de 2013 por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Cali, la cual negó el amparo de los derechos fundamentales a la protección de la familia, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad de los señores Luis Felipe Rodríguez Rojas y Edward Soto, vulnerados por la Notaría Cuarta del Círculo de Cali (**Expediente T-4.167.863**). En su lugar, **DECLARAR** la carencia actual de objeto, debido a que los accionantes manifestaron que, a la fecha, ya no le asiste voluntad de contraer matrimonio civil.

SEXTO. REVOCAR la sentencia del veinticinco (25) de abril de 2014, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del once (11) de marzo de 2014, pronunciado por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Civil Municipal de Bogotá, que negó la solicitud de protección constitucional impetrada (**Expediente T-4.353.964**). En su lugar, **AMPARAR** el derecho a contraer matrimonio civil de los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero. En consecuencia, **ORDENAR** al señor Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá celebrar el matrimonio civil, conforme a la solicitud elevada por los accionantes y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, proceder a registrar el correspondiente matrimonio civil.

SÉPTIMO. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de tutela proferido el veinticinco (25) de noviembre de 2013, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, en el cual se ampararon los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón, frente a la negativa de la Notaría Tercera de Bogotá y la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo de inscribir su matrimonio civil en el Registro del Estado Civil (**Expediente T-4.309.193**). En su lugar, **AMPARAR** el derecho a contraer matrimonio civil de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón; y, **DECLARAR** la carencia actual de objeto por cumplimiento del fallo de tutela, al haberse inscrito el matrimonio civil en el Registro del Estado Civil.

OCTAVO. EXTENDER, con efectos *inter pares*, la presente sentencia de unificación, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante Jueces Civiles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.

NOVENO. DECLARAR que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica.

DÉCIMO. DECLARAR que los Jueces de la República, que hasta la fecha de esta providencia han celebrado matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

DÉCIMO PRIMERO. ADVERTIR a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos *inter pares*, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO. ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que adopten medidas de difusión entre los Jueces, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011, proferida por la Corte Constitucional.

Por la Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Con aclaracion de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaracion de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con aclaracion de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaracion de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaracion de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaracion de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

ANEXO I

INTERVENCIONES REALIZADAS EN CUMPLIMIENTO DEL AUTO DEL 1º DE ABRIL DEL 2014, PROFERIDO POR EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR

Para mayor claridad expositiva, las intervenciones son clasificadas en tres grupos: (i) instituciones y personas que consideran que la Corte debe amparar los derechos fundamentales de los accionantes; (ii) instituciones y personas que, invocando diversos argumentos, estiman que las peticiones de amparo deben ser negadas; y (iii) instituciones que se limitan a describir un estado de cosas.

1. INTERVENCIONES EN EL SENTIDO DE AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ACCIONANTES

1.1. Universidad Autónoma de Bucaramanga

El día 23 de abril de 2014, el Grupo de Investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, presentó escrito de intervención en calidad de *amicus curiae* con el propósito de presentar razones de defensa a favor del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

En relación con el expediente T-4.167.863, la Notaría Cuarta del Circuito de Cali vulneró el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los accionantes, al haber incurrido en una actuación desproporcionada que constituye una intromisión en el fuero interno de las personas.

Afirmó que el legislador omitió su deber constitucional y legal de reconocer el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, por lo cual le corresponde a la Corte Constitucional, como legislador negativo, la misión de evitar que en el ordenamiento jurídico se continúen presentando discriminaciones injustificadas.

Respecto al expediente T-4.189.649, indicó que no es un secreto que la Procuraduría General de la Nación ha actuado en forma temeraria y en ejercicio desmedido de sus facultades legales y reglamentarias, al obstaculizar el reconocimiento del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo mediante intervenciones y afirmaciones desobligantes.

1.2. Universidad Industrial de Santander

Mediante escrito de intervención presentado el día 23 de abril de 2014, la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, por intermedio de su Grupo de Investigación Politeia, presentó las razones por las cuales actúa a favor del reconocimiento del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Aseguró que las finalidades de auxilio, fidelidad, socorro y ayuda mutua, que se buscan mediante la conformación de una familia, no se limitan al matrimonio entre parejas heterosexuales, ya que las mismas pueden presentarse en el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Manifestó que la figura del matrimonio no puede ser interpretada desde la perspectiva religiosa de la mayoría de la sociedad, ya que la idea de matrimonio como la unión entre parejas de distinto sexo es exclusiva de la doctrina religiosa.

1.3. Ministerio del Interior y de Justicia

El día 23 de abril de 2014, el Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, Pedro Santiago Posada Arango, presentó escrito de intervención en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, con la finalidad de expresar los motivos por los cuales se hace necesaria la defensa y la protección del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Respecto a las solicitudes de tutela y los fallos de instancias de los procesos T- 4.167.863 y T- 4.189.649 manifestó que, a la luz de una interpretación constitucional, no cabe duda de la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico.

Expuso que en el ámbito de sus competencias, el Ministerio del Interior y de Justicia tiene como objetivos la formulación, adopción y seguimiento de las políticas públicas relativas a los derechos humanos y asuntos de la comunidad LGBTI, por intermedio de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minoría, siendo esta la encargada de coordinar, con las instituciones gubernamentales, el proceso de formulación de la política pública nacional de los sectores sociales LGBTI.

Agregó que la colaboración de la población LGBTI con los agentes del Estado ha sido fundamental para identificar los problemas, necesidades y

estrategias que promuevan la cultura por el respeto de los derechos humanos y garanticen el ejercicio pleno de las libertades humanas de la población.

1.4. Matrimonio Igualitario, México

El señor Gustavo Adolfo Rodríguez, ciudadano colombiano, junto a “*Matrimonio Igualitario*” México, presentaron escrito de intervención.

Refirieron que en el caso mexicano la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la existencia de familias homoparentales y estima que las mismas se encuentran bajo un esquema igualitario de protección. Asimismo, aducen que el modelo de familia contemplado en la Constitución colombiana se refiere a una realidad social y no a un modelo de estructura familiar.

Expusieron que en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la distinción que se hace entre parejas homosexuales y heterosexuales parte de una categoría sospechosa, ya que se basa en un criterio técnico como la raza, etnia, opinión, religión, entre otras, para otorgar un tratamiento diferente a ciertas personas. Expresa que si bien la Constitución mexicana no prohíbe el uso de tales categorías, su implementación debe estar robustamente justificada por cuanto el uso de las mismas se presume inconstitucional.

1.5. Carlos Alberto Rocha

El día 24 de abril de 2014, el señor Carlos Alberto Rocha allegó a esta Corporación escrito de intervención en calidad de *Amicus Curiae* a favor del matrimonio igualitario. Sustentó su presentación con algunos de los argumentos esbozados por el Tribunal Supremo de Brasil dentro del análisis de constitucionalidad del artículo 1723 del Código Civil Brasileiro, relativo a la institución del matrimonio.

Manifestó que el Tribunal sostuvo que las uniones civiles entre hombres y mujeres debían extenderse también a uniones del mismo sexo, toda vez que las mismas deben ser consideradas como entidades públicas sujetas a los mismos criterios de “*relaciones públicas continuas de larga duración con el propósito de consolidación de una familia*”.

Afirmó que el Tribunal consideró el derecho a la libertad sexual como un elemento esencial de la dignidad humana, la autonomía y la personalidad. Bajo este entendido, asevera que no existe razón para establecer una diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales, y

tampoco para que las personas heteroafectivas se opongan a la igualdad de las parejas del mismo sexo.

1.6. Diego López Medina

El ciudadano Diego López Medina presentó escrito de intervención ante esta Corporación el día 24 de abril de 2014, en el cual expuso varias razones a favor del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Arguyó que en Colombia hay una fuerte resistencia hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario, la cual, en su parecer, se encuentra sustentada en una ideología religiosa que refleja un gran arraigo cultural; muestra de ello fue la resistencia que presentó el Congreso frente al exhorto de la Corte para regular la materia.

Adujo que el artículo 42 de la Constitución Nacional no puede ser objeto de una interpretación en virtud de la cual se prohíba el matrimonio entre parejas del mismo sexo, puesto que es articulador de ideas de igualdad y pluralismo. Lo anterior es incompatible con la idea según la cual el artículo 42 de la Constitución contiene un principio de heterosexualidad, bajo el cual debe edificarse la familia colombiana.

Sustentó que la figura de vínculo solemne, creada por la Corte Constitucional para superar el déficit de protección a parejas del mismo sexo, tan solo busca formalizar el vínculo de estas parejas, sin estimar que no supera el déficit en el que se encuentran por el trato discriminatorio, toda vez que esta figura no cuenta con el reconocimiento social y aceptación, propias de la institución matrimonial.

1.7. Comisión Colombiana de Juristas

En escrito de intervención presentado el día 6 de mayo de 2014, los señores Gustavo Gallón Giraldo y Juan Camilo Rivera Rugeles, integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, expusieron lo siguiente:

Indicaron que la Procuraduría General de la Nación carece de legitimación por activa para formular la acción de tutela, ya que esta facultad no se extiende a la violación de derechos en abstracto, sino que la misma se encuentra orientada por el ordenamiento jurídico para actuar a nombre de una persona o grupo de personas que tengan una amenaza sobre sus derechos fundamentales.

Aseguraron que la Sentencia C-577 de 2011 puede ser interpretada en el sentido que se permite a los jueces y notarios extender la celebración de matrimonios civiles a parejas del mismo sexo, toda vez que el incumplimiento del Congreso para regular la materia dejó sólo dos caminos de interpretación de la susodicha sentencia: (i) que se aplique la figura de un contrato innominado para solemnizar la unión; o (ii) realizar la extensión del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.

Agregaron que, a partir de una lectura más literal de la Sentencia C-577 de 2011, se concluye que desde el 20 de junio de 2013, la única institución solemne que se puede conceder a las parejas del mismo sexo es la del matrimonio civil. Deducen que ello se deriva porque la Sentencia preveía que la omisión del Congreso para regular la materia, facultaba a jueces y notarios para formalizar el vínculo entre parejas del mismo sexo *“de acuerdo con los alcances que, entonces puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”*, para lo cual la figura del matrimonio consagrada en el Código Civil es la única modalidad que les permite jurídicamente tener vínculos familiares, modificar su estado civil, corregir la discriminación y el déficit de protección de estas parejas.

1.8. Universidad de Cartagena

El señor Jorge Olivero Verbel, Vicerrector de Investigaciones de la Universidad de Cartagena, argumentó lo siguiente:

La Constitución del 1991 introdujo una visión más amplia de familia que superó el concepto clásico del derecho civil, que tradicionalmente la ha definido como el producto de la unión entre un hombre y una mujer bajo la institución del matrimonio. La actual Carta Política reconoció la familia como núcleo fundamental de la sociedad y con ello admitió nuevas formas de integrarla, como es el caso de las uniones de parejas del mismo sexo.

Argumentó que el matrimonio es una institución que reconoce derechos y modifica el estado civil de las personas, así como también genera efectos jurídicos en ámbitos como la seguridad social, la salud, filiación, adopción, etc., los cuales se encuentran dirigidos a la protección de la pareja y de la familia. Por lo tanto, afirma que la privación de esta institución a parejas del mismo sexo implica un déficit de derechos, en comparación con las parejas heterosexuales unidas por matrimonio.

Sostuvo que el reconocimiento de estos derechos implicaría un avance en materia de inclusión de grupos minoritarios, como es el caso de las

parejas del mismo sexo, por cuanto es un paso importante en la construcción de un Estado tolerante, solidario y participativo.

1.9. Universidad del Cauca

El día 25 de abril de 2014, la señora María Fernanda Figueroa Gómez, docente del departamento de Derecho Público y miembro del grupo de Investigación en Derechos Humanos y Problemas Regionales de la Universidad de Cauca, presentó escrito de intervención.

Aseguró que Colombia ha ratificado diversos tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen derechos como el matrimonio, la intimidad y la igualdad. En virtud de estas disposiciones, las personas se encuentran en libertad de elegir si contraen o no matrimonio con todas las consecuencias que se derivan del mismo, de manera que una prohibición en materia de estos derechos a parejas del mismo sexo constituye discriminación rechazada por estos tratados internacionales.

Arguyó que la Corte Constitucional estableció la autonomía personal como un elemento esencial del matrimonio, lo cual se traduce como la facultad de todo hombre y mujer de tomar decisiones relevantes para su vida afectiva sin injerencia de terceros y/o del Estado. A partir de lo anterior, deduce que es deber del Estado reconocer el matrimonio civil para estas parejas con el fin de garantizar su derecho fundamental a la autonomía personal.

Aseveró que por virtud de los tratados anteriormente mencionados, existe una prohibición a la discriminación por opción sexual distinta, por lo cual, bajo la perspectiva de los principios *pro persona* y de no regresividad de los derechos, el juez constitucional ya no puede interpretar de manera estricta el artículo 42 del texto constitucional. En este orden de ideas, declara que, si bien las parejas del mismo sexo cuentan con estándares de protección constitucional, los mismos no equiparan las garantías de éstas parejas frente a los derechos de las parejas heterosexuales.

1.10. Universidad Nacional de Colombia

El día 25 de abril de 2014, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia presentó un escrito de intervención ante la Corte Constitucional.

Declaró que no existen lagunas jurídicas que impidan la aplicación del matrimonio civil en los casos de parejas del mismo sexo, ya que aquél hace referencia a un contrato que configura una institución secular que se encuentra desprendida de la iglesia y, además, ha sido objeto de reformas que han buscado ajustarla a las circunstancias sociales actuales, en virtud de los principios y garantías integrados en la Constitución de 1991.

Explicó que la creación de una nueva figura jurídica para la unión solemne de las parejas del mismo sexo resulta innecesaria, en tanto las finalidades del matrimonio contemplado en el artículo 113 del Código Civil son perfectamente compatibles con la unión de parejas del mismo sexo y por ello no habría razón alguna para limitar el acceso de éstas al matrimonio. Además, sostiene que la inhabilidad para procrear nunca debería constituir un obstáculo para que las parejas del mismo sexo acudan al matrimonio.

Estimó que sobre la materia existe una omisión legislativa por parte del Congreso, en cuanto incumplió el deber legal de asumir la competencia para regular la misma y, con ello, dio lugar para que la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, permitiera la aplicación analógica del matrimonio civil a parejas del mismo sexo.

1.11. American University Washington College of Law

El día 24 de abril de 2014, la Directora Académica de esta universidad, a solicitud de la ciudadana colombiana Julieta Lemaitre Ripoll, presentó escrito en el que sostuvo:

Bajo un análisis de derecho comparado ha existido un avance jurisprudencial en torno a decisiones relacionadas con el matrimonio de parejas del mismo sexo, del cual se evidencia el uso del concepto de dignidad humana como elemento central en la determinación de los derechos de las parejas del mismo sexo. A su vez, al análisis de este concepto se le ha dado tres usos distintos: (i) dignidad como igualdad, (ii) dignidad como autonomía, y (iii) dignidad como estatus derivado del matrimonio.

Mencionó que varias decisiones internacionales han aplicado la interpretación progresiva del ordenamiento jurídico para ajustarlo a la realidad moderna. En este sentido, jurisdicciones de Estados como México, Canadá y Portugal han llegado a negar la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio bajo el supuesto que la esencia del mismo es el apoyo mutuo.

Concluyó que es vital analizar la rigidez o movilidad de conceptos constitucionales como aquel de familia, en busca que los mismos no se utilicen para forzar a las personas a ajustarse a la voluntad de las mayorías, sino se encaminen a la defensa de derechos como la igualdad, la autonomía y dignidad humana.

1.12. Grupo Glip de la Universidad del Norte

La Dirección del Grupo de Litigio y de Interés Público de la Universidad del Norte presentó escrito de intervención el día 24 de abril de 2014.

Indicó que la prórroga del reconocimiento a las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio, constituye una vulneración al derecho a la igualdad, en cuanto existe un trato desigual y discriminatorio entre las parejas del mismo sexo y aquellas de sexo distinto.

A su juicio, debe ampliarse el margen de interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional con el propósito de incluir a las parejas del mismo sexo dentro del concepto de familia, ya que a partir de esta disposición no se deduce que el Constituyente haya restringido el modelo de familia exclusivamente al ámbito reproductivo. Considera que negar la posibilidad a las parejas del mismo sexo para acceder a la institución del matrimonio, y con ello conformar una familia, constituye un acto de discriminación.

1.13. Grupo Rosarista de Interés en las Identidades Sexuales (GRIIS)

El día 25 de abril de 2014, fue allegado a esta Corte escrito de intervención del Grupo Rosarista de Interés en las Identidades Sexuales (GRIIS).

Expusieron que la Corte Constitucional ha establecido que la igualdad es un derecho y un principio que se predica de las circunstancias fácticas de cada caso concreto, sin que sea relevante el tratamiento que otras normas puedan desarrollar sobre las mismas. Consideran que las parejas del mismo sexo se encuentran en las mismas condiciones y circunstancias de aquellas parejas de sexo opuesto, por lo cual no existe razón para establecer una diferencia entre ellas.

En el caso del expediente T-4.189.649, no puede predicarse la configuración una vía de hecho alguna, puesto que la Sentencia C-577 de 2011 no estableció expresamente la prohibición de extender la figura del matrimonio civil a parejas del mismo sexo, de manera que los jueces, al

permitir el matrimonio igualitario, están realizando una interpretación adecuada de la mencionada Sentencia.

Indicaron que la Procuraduría General de la Nación no contaba con el interés necesario para formular la acción de tutela en el caso *sub examine*, en cuanto la competencia asignada por el Decreto 2591 de 1991, para ejercerla como agente oficioso, está limitada por los intereses del titular de los derechos fundamentales.

1.14. Programa de Derecho a la Salud del Centro de Docencias e Investigaciones de México

El 24 de abril de 2014, la señora Edith Maritza Ochoa García, ciudadana colombiana, remitió a esta Corporación el escrito de intervención preparado por los señores Alejandro Madrazo Lajous y Estefanía Vela Barba, integrantes del programa de Derecho a la Salud, del Centro de Docencias e Investigaciones de México.

Adujeron que en México la doctrina constitucional establece que el matrimonio implica el ejercicio de dos derechos separados, a saber: el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la familia. A partir de esta precisión, alegan que las personas tienen el derecho a elegir con quién conforman una familia y con quién desean tener una vida en común, es decir, existe la libertad de decidir con quién casarse y la misma se encuentra respaldada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Agregaron que a pesar de la facultad que tiene el legislador de limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, como lo es aquel de matrimonio, la misma debe encontrarse limitada a una justificación mediante la cual se dé por razonable la restricción del derecho en un caso específico. Afirman que para poder limitar el derecho al matrimonio civil de las parejas

1.15. Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –DEJUSTICIA-

Por medio de intervención presentada el día 24 de abril de 2014, el grupo Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –Dejusticia-, expresaron:

Explicaron que mediante Sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo cuentan con el

derecho a disponer de una figura contractual solemne y formal, que les permita acceder al régimen de protección familiar en las mismas condiciones de las parejas de distinto sexo. Sin embargo, la aplicación de esta sentencia ha generado un caos jurídico, toda vez que no existe seguridad frente a cuál contrato está llamado a formalizar la unión solemne de las parejas del mismo sexo, situación que se ha visto reflejada en la indeterminación de Jueces y Notarios Públicos de aplicar análogamente el matrimonio civil o un contrato innominado llamado vínculo formal solemne.

Sostuvieron que la Corte Constitucional, en la misma Sentencia C-577 de 2011, estableció que los contratos solemnes distintos al matrimonio no pueden resolver el déficit de protección detectado, toda vez que los Jueces y Notarios Públicos no cuentan con la posibilidad legal de otorgarle a un contrato atípico e innominado los mismos efectos del matrimonio civil. De esta forma, el matrimonio se encuentra regulado por normas de orden público que no pueden ser objeto de disposición por las partes y los operadores jurídicos.

Aseguraron que, entre estas normas, se mencionan tres que logran explicar por qué la única institución que suple el déficit de las parejas del mismo sexo es el matrimonio: (i) frente a los beneficios en el campo migratorio, relativos a la nacionalidad, el estado civil y estatus migratorio, el derecho internacional privado sólo ha reconocido para estos efectos la institución de matrimonio; (ii) sólo por el matrimonio se establecen derechos y deberes mutuos entre los contrayentes, destinados a la protección de la familia y del orden público; y (iii) los efectos del matrimonio en la protección de la función pública, en virtud de los principios de moralidad e imparcialidad de la misma, que se concretan en el régimen de impedimentos e inhabilidades.

Indicaron que la Procuraduría General de la Nación únicamente se encuentra legitimada para formular acción de tutela como agente oficioso, cuando exista amenaza o violación a los derechos fundamentales de los mismos sujetos que busca proteger, requisito que no se configura en esta oportunidad debido a que el Agente del Ministerio Público no aclara a quién se le está vulnerando el debido proceso invocado.

Estiman que la nulidad de matrimonio pretendida por el Ministerio Público dentro del expediente T-4.189.649, no se encuentra llamada a prosperar por cuanto: (i) la nulidad sólo puede ser declarada por un juez de familia en virtud del régimen de competencias; (ii) no se evidencia la constitución de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela

como mecanismo transitorio; (iii) no se agota el requisito de subsidiariedad, en cuanto existían recursos ordinarios por los cuales hacer valer su pretensión; y (iv) no existe vía de hecho alguna, ya que el juez civil que celebró el matrimonio lo puede hacer, en cuanto es una de las interpretaciones de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011.

1.16. Universidad ICESI de Cali

El ciudadano Jerónimo Botero, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICECSI, pone a consideración los siguientes argumentos a favor del matrimonio civil de parejas del mismo sexo:

Expone que con base en la doctrina del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional se encuentra facultada para introducir conceptos derivados del estándar internacional sobre no discriminación y protección a la familia, para considerar la extensión del matrimonio civil a parejas del mismo sexo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye el principio de no discriminación, a partir del cual se puede concluir que se deben garantizar las mismas oportunidades de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo. Lo anterior, en tanto la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por dicha Convención, la cual proscribiera cualquier acto o norma discriminatoria contra las mismas.

En relación con el concepto de familia, aduce que la Corte Constitucional ha reconocido esta definición como un fenómeno sociológico anterior al derecho que encuentra reconocimiento político y jurídico con la Constitución de 1991. De esta forma, estima que la heterosexualidad no es una característica requerida para constituir un matrimonio, razón por la cual no existe justificación para impedir a las parejas del mismo sexo formalizar su unión bajo esta institución.

1.17. Universidad de Los Andes

La Universidad de los Andes, por intermedio de su Facultad de Derecho, presentó escrito de intervención con las siguientes consideraciones a favor de las parejas del mismo sexo:

Relata que históricamente los integrantes de la comunidad LGTB han sufrido discriminación a causa de su orientación sexual, como la persecución sufrida durante el régimen Nazi y la discriminación de

personas homosexuales en el ejército del Reino Unido, por motivos de hostilidad de los miembros heterosexuales, entre otros.

Afirma que en el ámbito internacional la tendencia en las decisiones judiciales se ha inclinado por reconocer la protección del derecho de igualdad ante la ley de las personas, así como la no discriminación de las mismas por motivos de orientación sexual. Sostiene que el derecho interno o los particulares no pueden restringir los derechos de las personas a causa de su orientación sexual.

Narra que, a partir de 1989, en algunos países se han introducido nuevas disposiciones constitucionales dirigidas a proteger el derecho a la igualdad por motivos de orientación sexual. Explica este argumento al manifestar que un número creciente de Tribunales de Apelación en distintos países, han resuelto que excluir del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo constituye una discriminación inconstitucional, para lo cual, trae a colación el ejemplo de la Suprema Corte de Ontario, que fue el primer Tribunal Supremo que ordenó la concesión de licencias de matrimonio a favor de parejas del mismo sexo, al rechazar la justificación que concibe al matrimonio únicamente con fines procreativos.

1.18. Integrantes de la Comunidad LGTBI

Ciudadanos integrantes de la comunidad LGTBI exponen que con el matrimonio civil ellos buscan lograr una pertenencia social, comunitaria y familiar, la cual no es posible lograr mediante la figura de la unión de hecho, en cuanto esta ofrece un campo menor de protección, además de no contar con el reconocimiento social propio del matrimonio.

Argumentan que el logro de algunos matrimonios igualitarios ha sido una conquista frente a la persecución y el rechazo del que han sido víctimas por parte la comunidad y el Estado, en la medida en que este último ha sido responsable de trabas jurídicas que han impedido el respeto a sus derechos.

Exponen que están supeditados a los criterios del juez de turno y, a su vez, obstaculizados en el logro de su proyecto por la interferencia de la Procuraduría General de la Nación.

1.19. Universidad de Nariño

El Centro de Investigaciones y Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad de Nariño presenta las siguientes consideraciones a favor del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Ante la omisión legislativa por parte del Congreso, los principios de libre configuración legislativa y conservación del derecho, le permiten a la Corte Constitucional realizar en estos momentos una sentencia moduladora en aras de *“evitar el desmantelamiento del tejido normativo, preservando la voluntad legislativa, la cual se considera, en principio, acorde con la voluntad Constituyente”*, de manera que no se puede permitir por parte del juez constitucional, el menoscabo de los derechos fundamentales ya adquiridos.

Describen que el contexto del mundo actual se caracteriza por el apogeo de grandes reivindicaciones sociales, especialmente de grupos poblacionales que han sido víctimas de discriminación histórica, como grupos feministas o de tendencia sexual distinta. Agrega que estos movimientos forjaron nuevas formas de concebir el mundo, de establecer relaciones entre hombres y mujeres, colocando como premisa *la necesidad de consolidar igualdad entre los géneros, las diferentes formas de concebir la familia y las relaciones de pareja*, a partir de la visibilización y aceptación. Destaca que en 1990 la Asamblea General de la OMS suprimió la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales para con ello reivindicar los derechos de éste grupo poblacional.

Sostienen que hoy en día la familia ha modificado sus estructuras y sus interrelaciones en dirección a la heterogeneidad, por cuanto las innumerables derivaciones que se presentan en la actualidad se alejan del modelo tradicional conformado por padre, madre e hijos/as, muchas de las cuales gozan de protección constitucional. Deducen que otorgar el derecho a las parejas del mismo sexo a formalizar sus relaciones bajo los parámetros del matrimonio civil es garantizar y materializar el reconocimiento a su afecto, así como legitimar socialmente su vinculación, es decir, implica restituir sus derechos y equipararlos al resto de la ciudadanía.

1.20. American Sociological Association –ASA-

La American Sociological Association –ASA- presentó escrito de intervención el día 23 de julio de 2014.

Expresó que los hijos de los padres del mismo sexo, se desarrollan *“igual de bien”* que los hijos de padres de sexo opuesto, ya que mediante

diversas investigaciones en ciencias sociales se ha logrado demostrar que no existen diferencias significativas entre estos dos grupos de niños en los campos de desempeño académico, desarrollo social, salud mental, actividad sexual temprana, abuso de sustancias y problemas de comportamiento.

Manifestó que las investigaciones citadas por los oponentes del matrimonio entre parejas del mismo sexo son irrelevantes o incorrectas desde el punto de vista de la metodología, dado que establecen comparaciones inapropiadas entre elementos completamente distintos y a menudo no abordan el tema de los padres del mismo sexo. Añaden que las referencias que se hacen a la publicación Regnerus 2012 no ofrece fundamentos para llegar a conclusiones sobre padres del mismo sexo.

2. INSTITUCIONES Y PERSONAS QUE, CON BASE EN DIVERSOS ARGUMENTOS, CONSIDERAN QUE LA CORTE DEBE NEGAR LOS AMPAROS INVOCADOS

2.1. Procuraduría General de la Nación

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, presentó las siguientes razones a favor del orden público y la familia:

Indicó que la legitimidad por activa para los agentes del Ministerio Público está dada por el artículo 277 numerales 2, 3 y 7 de la Constitución Política y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que mediante sentencia T-293 de 2013 reconoció que la Procuraduría General de la Nación se encuentra legitimada para formular acciones de tutela, si con ellas pretende la protección y defensa de los derechos fundamentales.

Manifestó que las actuaciones jurisdiccionales en la etapa previa del matrimonio se encuentran en cabeza del funcionario respectivo, y por lo tanto, no existe ningún camino procesal que permita enjuiciarlas o impugnarlas, por lo cual, la acción de tutela se torna procedente y de esa manera se estaría cumpliendo con el requisito de subsidiariedad.

Sostuvo que el amparo procede para cuestionar el acto jurídico matrimonial celebrado entre parejas de mismo sexo debido a: (i) la incertidumbre de acciones ordinarias para la impugnación, debido a que no se cuenta con una acción para atacar la existencia del negocio jurídico celebrado por personas del mismo sexo; y (ii) la relevancia constitucional del tema a tratar deja a un lado la acción de nulidad por

inexistencia, entendida como el posible camino procesal de la jurisdicción ordinaria.

Advirtió que, por la importancia del tema, esta controversia corresponde a la jurisdicción constitucional, que mediante Sentencia C-577 de 2011 permitió a las parejas del mismo sexo formalizar una unión contractual solemne distinta del matrimonio.

Aseguró que los accionantes del proceso T-4.167.863, mediante escrito del 31 de enero de 2014, solicitaron al Tribunal Constitucional la declaración de la existencia de un hecho superado, pues ya no conforman una pareja sentimental.

Al respecto, añadió que en el presente caso no existe un hecho superado y por el contrario se presentó la figura del desistimiento de la acción de tutela, dado que a los accionantes no les asiste el deseo de contraer matrimonio civil. Sin embargo, en sede de revisión el desistimiento no es aplicable, precisamente porque lo que se persigue es la consecución de una finalidad superior, en virtud del interés general y público.

Indicó que en la acción de tutela T-4.309.193 existió una vía de hecho por defecto fáctico. Al respecto manifestó que no podía concederse la protección si se tiene en cuenta que la parte accionada alegó la imposibilidad de ordenarse el registro matrimonial, dado que el negocio jurídico había sido dejado sin efectos mediante decisión de otro juez de tutela que consideró que el mismo era contrario al debido proceso.

Agregó que, aun cuando se allegó prueba de la ineficacia negocial, el juez de primera instancia omitió la valoración de dicho material probatorio, lo que a todas luces constituye una arbitrariedad.

Resaltó que la Sentencia C-577 de 2011 no extendió los efectos del matrimonio a las parejas del mismo sexo, pues la providencia reitera durante sus pasajes que el matrimonio es una institución establecida únicamente para parejas heterosexuales. Asimismo, explicó que la providencia mantuvo la línea jurisprudencial sentada sobre este asunto, en la cual se sostiene que las parejas del mismo sexo no son iguales a las conformadas por personas heterosexuales y por ello no es imperativo brindarles el mismo tratamiento.

Por otro lado, advirtió que el Constituyente se reservó el derecho de regulación de la institución del matrimonio y la familia, por lo tanto, cualquier ampliación del concepto de matrimonio se configuraría como una sustitución de la Constitución.

Igualmente, adujo que en la mencionada sentencia, la Corte advirtió, sin competencia para ello, la existencia de una omisión legislativa absoluta en materia de regulación para las parejas del mismo sexo y que ni la Constitución ni la ley confieren facultades a esta Corporación para subsanar el supuesto déficit y otorgar así nuevas facultades a los funcionarios judiciales y a los notarios.

Concluyó que sólo está en cabeza del órgano legislativo las discusiones que atañen a la regulación de las instituciones del matrimonio y la familia, y que las autoridades encargadas del Registro Civil estarían obligadas a aplicar la excepción de inconstitucionalidad al momento de registrar el acto matrimonial que conllevaría a la modificación del estado civil de las personas.

2.2. Universidad de La Sabana

Por medio de escrito de intervención presentado el día 24 de abril de 2014, el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, manifestó lo siguiente:

Expresó que ha habido una incorrecta interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, al considerar que la Corte Constitucional autorizó la celebración de matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, ya que un correcto entendimiento de lo decidido, y sus consideraciones conduce a que, una vez vencido el plazo para que el Congreso de la República regulara el tema, los notarios y jueces quedaban autorizados para solemnizar contratos de convivencia, que dieran lugar al reconocimiento de las consecuencias jurídicas que pueden derivar de dicha clase de expresiones del consentimiento, sin que estas solemnidades revistan la denominación de matrimonio, reservada por el derecho para otra clase de uniones.

Consideró conviene reconocer las diferencias entre el matrimonio y las uniones homosexuales.

2.3. Universidad El Bosque

El día 2 de mayo de 2014, la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad El Bosque, por conducto de los doctores Carlos Escobar Uribe y Luz María Sánchez Duque, expresó lo siguiente:

Aseguró que la *ratio decidendi* de la Sentencia C -577 de 2011, establece que las parejas del mismo sexo están en un déficit de protección en relación a las parejas heterosexuales, al no existir una figura jurídica

estable y formal por la cual puedan conformar una familia. Sin embargo, este déficit no puede ser reparado por vía de control de constitucionalidad, en cuanto el concepto de matrimonio de la Constitución Política de Colombia está ligado a la pareja heterosexual. Indicó que esta circunstancia implica que haya una prohibición para que el legislador considere otra institución contractual o que extienda el matrimonio civil a parejas del mismo sexo.

2.4. José Francisco Ordóñez Ordóñez

El ciudadano José Francisco Ordóñez Ordóñez, natural de la ciudad de Popayán, mediante escrito de intervención allegado a esta Corporación, expone las razones por las cuales rechaza la legitimidad del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Estima que las uniones diferentes a las de parejas heterosexuales sólo conducen a la búsqueda de placer por sí mismo, la infecundidad y el sometimiento de las personas a sus más bajas pasiones. Sostiene que las parejas del mismo sexo no se encuentran dirigidas a cumplir los mismos fines de las parejas católicas, por lo tanto no se le pueden reconocer los mismos beneficios de las parejas heterosexuales.

3. INSTITUCIONES QUE SE LIMITAN A DESCRIBIR UN ESTADO DE COSAS

3.1. Registraduría Nacional del Estado Civil

El día 24 de abril de 2014, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil, María Cecilia del Río Baena, dio respuesta a la solicitud emitida por esta Corporación mediante Auto del 1º de abril de 2014.

En relación con el expediente T-4.67.863 manifestó que, teniendo en cuenta las consideraciones del Coordinador del Grupo Jurídico de la Dirección Nacional de Registro Civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil ha dado trámite a las solicitudes de inscripción en el Registro Civil de matrimonios cuando los ciudadanos presentan como documento antecedente la sentencia judicial por medio de la cual aquél tuvo lugar.

Señaló que la norma que regula lo atinente al estado civil de las personas consagra que la inscripción de las providencias judiciales y administrativas que afecten el estado civil de las personas, se hará en el correspondiente Registro del Estado Civil.

Indicó que la función a cargo de la Registraduría y de los operadores se limita a inscribir en el Registro del Estado Civil el acto sujeto a registro, por lo que contravenir esa obligación legal, que deriva de cada sentencia judicial, entraña desconocimiento flagrante del imperativo general de los funcionarios públicos de cumplir la Constitución, las leyes y las decisiones judiciales.

ANEXO II

AUDIENCIA PÚBLICA DEL 30 DE JUNIO DE 2015

El día 5 de mayo de 2015, los señores Mauricio Albarracín Caballero, Director Ejecutivo de Colombia Diversa, y Rodrigo Uprimny Yepes, Director de la organización Dejusticia, presentaron escrito ante esta Corporación con el objeto de solicitar la realización de una audiencia pública, en la cual se desarrollara un debate académico acerca del reconocimiento del matrimonio civil sobre las parejas del mismo sexo.

En sesión celebrada el 21 de mayo de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió convocar una audiencia pública en el proceso de la referencia.

Dentro del auto de convocatoria, esta Corporación planteó unas preguntas orientadoras de las exposiciones e intervenciones que se presentarían en la audiencia:

“¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?

¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?

¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la Sentencia C - 577 de 2011?”

Para mayor claridad expositiva, las intervenciones son clasificadas en los siguientes grupos: (i) accionantes; (ii) autoridades judiciales y notariales accionadas; (iii) instituciones y personas que consideran que la Corte debe amparar los derechos de los accionante; y (iv) instituciones y personas que, invocando diversas razones, estiman que la Corte debe negar las peticiones de amparo.

1. ACCIONANTES

1.1. Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas

Las accionantes Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario, de conformidad con los siguientes argumentos:

Señalaron que son una pareja del mismo sexo con los mismos derechos de cualquier otra pareja en el país, y que contrajeron matrimonio civil el día 4 de octubre de 2013 ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá. Consideraron que la decisión de contraer matrimonio debería tener las mismas implicaciones para todas las personas: amor, compromiso, una vida juntas, preparar la celebración y participar a los amigos y a la familia de esa felicidad. Indicaron que su matrimonio ha traído mucho más que eso, ya que han sido sometidas al escarnio público y a la persecución por parte de las entidades que deberían velar por la protección de sus derechos. Manifestaron que llevan 10 años juntas, 7 de los cuales han luchado por el derecho a contraer matrimonio.

Consideraron que la preparación de su matrimonio incluyó, además de la celebración, el inicio de una lucha jurídica, ser tratadas como delincuentes, como violadoras de derechos fundamentales, cuando en este país, desde hace más de 34 años, la homosexualidad dejó de ser un delito. Adujeron que tuvieron que adelantar muchas gestiones ante Notarías Públicas y Registradurías del Estado Civil para culminar su sueño de casarse y estuvieron sometidas a largas horas de espera y a comentarios inquisidores, hasta que por fin lograron registrar su matrimonio. Indicaron que no obstante lo anterior, un Notario sigue negándose a hacer la anotación correspondiente en el registro civil en donde se establezca que contrajeron matrimonio de conformidad con el acta de matrimonio.

Consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al buen nombre y el derecho a ser tratadas iguales ante la ley, y buscan la protección de sus derechos como mujeres y como lesbianas. Afirmaron que existe un déficit de protección histórico de los derechos de los homosexuales y de sus familias.

Indicaron que la Constitución Política de 1991 reconoce la existencia e igualdad de las personas, y el derecho a actuar libremente sin distinción, por lo que se preguntan “¿por qué negar un derecho civil a unas ciudadanas?”. Invocaron el derecho a ser libres e iguales, al reconocimiento y a su existencia. Señalaron que vivimos en un país en

donde por la orientación sexual se restringe la libertad de elegir, en este caso, la libertad de elegir casarse. Consideraron que una democracia sin opción a elegir, profundiza las desigualdades, y que el matrimonio civil es aquí y en cualquier otro lugar del mundo, un matrimonio.

Manifestaron que son una pareja como cualquier otra, que la una es para la otra su amor, su vida, su sostén, como lo son para las parejas heterosexuales sus esposas o esposos, que han constituido una familia que no es distinta a las otras. Se preguntaron por qué no habrían de tener el derecho, ellas y sus familias, a nombrarse como dicha calificación.

Indicaron que en la actualidad sus diferencias las hacen inferiores a la ley y se preguntan por qué sus derechos no son completos. Consideraron que anularles el matrimonio es discriminatorio y las condenaría a vivir con humillaciones. Asimismo, señalaron que el matrimonio es reconocimiento, igualdad, vivir sin miedo, poder ejercer sus derechos en libertad, y a asumir sus responsabilidades como esposas.

1.2. William Alberto Castro y Julio Cantor Borbón

Los accionantes William Alberto Castro y Julio Cantor consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario, en virtud de las siguientes consideraciones:

Señalaron que forman una pareja de dos hombres que siendo pobres han luchado por la vida, de la mano de uno solo, que tomaron la decisión de ocultar su identidad porque temen ser reconocidos en la calle, lugar donde trabajan como vendedores ambulantes. Indicaron que les atemoriza que unos minutos de exposición pública derrumben su vida privada construida por 29 años. Manifestaron que aunque han contado con el apoyo y la compañía de sus familias, les da miedo la discriminación y la humillación de la sociedad, que se sienten muy tristes de no poder estar en el mismo auditorio de todos en un día tan importante para su matrimonio; un día en el que su amor sale de su hogar para representar a miles de parejas en Colombia.

Señalaron que les contaron que hace 18 años un grupo de maestros se presentó con máscaras en una audiencia pública como la de hoy, exigiendo el derecho al trabajo sin discriminación por su orientación sexual, en consideración a que no querían ser reconocidos en las instituciones educativas en dónde trabajaban. Indicaron que se encuentran en una situación semejante; sin embargo, manifiestan sentirse orgullosos por lo que son y que son felices, pero temen por sus empleos;

no pueden dar la cara porque trabajan en el sector informal donde hay homofobia y discriminación.

Relataron que hace 29 años celebraron su primer matrimonio como un rito privado, y que se comprometieron a acompañarse hasta el fin de sus vidas. Indicaron que se casaron nuevamente en el año 2013, pero esta vez por un matrimonio civil, con el fin de tener derecho a la salud, a ser reconocidos como familia sin discriminación, a la vivienda de interés social, etc.

1.3. Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño

Los accionantes Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario en atención a las siguientes consideraciones:

Relataron que su historia de amor inició como muchas otras: con un encuentro casual que la vida les prodigó para que sus corazones y vidas se conocieran, se amaran y se dieran el permiso de buscar juntos la felicidad. Señalaron que se conocieron en el año 2009, cuando Elkin trabajaba en la Alcaldía Municipal de La Dorada, Caldas, y Yaqueline era rectora de un centro educativo y activista sindical. Indicaron que en el año 2010 se volvieron a encontrar; por situaciones políticas del municipio se realizaron unas elecciones atípicas de Alcalde, y Yaqueline fue incluida en el gabinete como Directora Administrativa de Educación; para el siguiente período, el alcalde electo nombró a Elkin como Director de Prensa y decidió dejar en el mismo cargo que desempeñaba en el mandato anterior a Yaqueline. Manifestaron que nuevamente la vida, la política y las casualidades los unió, esta vez como compañeros de trabajo.

Adujeron que en aquella ocasión decidieron darse la oportunidad de conocerse, y que no fue fácil, entre otras cosas, porque como Directora de Educación no podía decir que sostenía una relación con una persona transgénero, ya que iba a recibir señalamiento de la sociedad. Relataron que una emisora local se ensañó contra Elkin diciendo los nombres que le pusieron al nacer pero con los que nunca se identificó. Agregaron que las personas le recordaron que no tenía ningún derecho de tener una relación ni una familia, a pesar de eso los dos tomaron la decisión de enfrentar a la sociedad.

Afirmaron que no fue fácil; aun así, motivados por un sentimiento de amor profundo decidieron unir sus vidas, casarse y formar una familia como seres que se aman y que se respetan y que están llamados a ser

transparentes, a vivir con dignidad y a ocupar un lugar en el mundo. Manifestaron que la decisión de estar juntos fue relativamente fácil, lo difícil fue enfrentar todas las trabas que la sociedad excluyente les impuso, una sociedad que no deja ver la humanidad de las personas que no cumplen con lo que se considera “*normal*”.

1.4. Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero

Germán Rincón Perffeti, en representación de los accionantes, Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, consideró que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario.

Afirmó que Fernando y Ricardo llegaron a su oficina a contarle que llevaban 30 años de convivencia juntos y que querían contraer matrimonio. Indicó que fueron a la Notaría 37 para contraer matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia proferida por esta Corporación, que dio lugar a interpretar positivamente el matrimonio igualitario.

Relató que el Notario Público se negó a celebrar el matrimonio y que les ofreció protocolizar la unión de conformidad con la misma sentencia de la Corte Constitucional. Adujo que se negaron por no estar interesados en ser “*ciudadanías de segunda y tercera categoría*”, lo cual los motivó a instaurar la acción de tutela.

1.5. Procuraduría Delegada en Asuntos Civiles

La Procuradora Judicial II, Delegada en Asuntos Civiles, doctora Gladys Virginia Guevara, consideró que no se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario.

Señaló que la actuación de la Procuraduría General de la Nación tiene como fundamento el cumplimiento de las responsabilidades atribuidas por el artículo 277 de la Constitución, concretamente por el numeral 1 que le ordena vigilar el cumplimiento de la Constitución, de las leyes, las decisiones judiciales y de los actos administrativos, y por el numeral 7 que le impone el deber de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas en defensa del orden jurídico, patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

Indicó que su gestión se encamina a la protección de los derechos de las personas del mismo sexo y a la salvaguarda del ordenamiento jurídico en interés de la sociedad, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011.

Manifestó que las acciones de amparo fueron interpuestas en defensa del orden jurídico y de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al debido proceso, frente a las vías de hecho perpetradas por algunos funcionarios y materializadas por: (i) defecto orgánico, debido a carencia absoluta de competencia; (ii) por defecto procedimental absoluto, al darle al acto el trámite de matrimonio; y (ii) por defecto material o sustantivo, al aplicar normas inexistentes y desconocer el precedente establecido por la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil.

Indicó que la función misional de la Procuraduría se activó como consecuencia del desconocimiento de la fuerza vinculante *erga omnes* de la sentencia de constitucionalidad, que como tal es inmutable, vinculante y definitiva, afectando con ello la seguridad del ordenamiento jurídico y la confianza legítima en la aplicación de la Constitución.

Adujo que no es constitucionalmente viable entrar a sustituir los términos de una sentencia de constitucionalidad en el curso de revisión de algunas acciones de tutela, máxime cuando en aquella se reconoció expresamente la reserva constitucional y legal para la regulación del tema, so pena de vulneración al principio democrático que inspira al estado social de derecho.

En este orden de ideas, dio respuesta a los interrogantes remitidos por esta Corporación en los siguientes términos:

¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

Al respecto consideró que la autoridad judicial o notarial que no acceda a la celebración y registro de un matrimonio no vulnera los derechos fundamentales de una pareja del mismo sexo porque la Constitución en su artículo 42 señaló el ámbito constitucional dentro del cual se puede celebrar un matrimonio civil, restringiéndolo a que se realice entre un hombre y una mujer, y en el orden legal, porque el artículo 113 del Código Civil, que fue declarado exequible por esta Corporación, establece que el matrimonio “*es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos de procrear y de auxiliarse mutuamente*”.

Una vez constituida la familia, ya sea la que se origina por vínculos naturales o la que surge de relaciones jurídicas, merece protección

constitucional, y la Carta Política las pone en un plano de igualdad, de manera que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, independientemente del origen de aquélla.

Lo anterior no significa que exista identidad entre los vínculos que originan la familia, ni que deban tener la misma regulación; por supuesto que si la Constitución consagra dos formas de constituirla, implica admitir no solo su origen diverso, sino las diferencias que existen entre cualquier forma de unión marital y el matrimonio, la primera *“corresponde la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad”*¹⁵¹, al paso que la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges.

El Constituyente concibió el matrimonio como una forma de constituir una familia inequívocamente ligada a la pareja heterosexual y omitió cualquier consideración a otras clases de matrimonio.

Si bien en la actualidad la Corte admite que la Carta Política igualmente protege los derechos de las personas del mismo sexo, no es menos cierto que la misma Corporación ha considerado que *“existen elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales “son suficientes para tenerlas como supuestos distintos, además de la obvia diferencia de su composición”*¹⁵².

El Constituyente exteriorizó una expresa protección a la familia heterosexual y al matrimonio de las personas de diferente sexo, porque ese vínculo asegura los relevos generacionales y la prolongación de la especie humana.

Por virtud del artículo 5 de la Carta y del inciso primero del artículo 42, la familia también tiene un componente institucional; desde esta perspectiva es claro que el Constituyente manda que el vínculo jurídico que da lugar a la familia heterosexual no sea otro que la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio.

¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?

¹⁵¹ Ibídem.

¹⁵² Ibídem.

Consideró que a la luz de la legislación vigente no es viable que una pareja del mismo sexo contraiga matrimonio civil, ya que el matrimonio como forma de constituir una familia aparece ligado a la pareja heterosexual.

¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?

Indicó que la Sentencia C-577 de 2011 definió este asunto en el exhorto que dirigió al Congreso de la República.

En este entendido, indicó que el Proyecto de ley No. 47, por el cual se establece la institución del matrimonio entre parejas del mismo sexo y se modifica el Código Civil, no fue adoptado por el Congreso de la República.

¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011?

Al respecto señaló que en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte dispuso que: *“Resulta de gran importancia puntualizar que el reconocimiento jurídico de la unión conformada por las parejas del mismo sexo debe tener carácter contractual, porque el contrato es el instituto previsto en el ordenamiento jurídico para otorgarle carácter vinculante a las declaraciones de voluntad de las personas, de modo que no cualquier reconocimiento jurídico resulta apto para superar el señalado déficit de protección, sino el surgido de un vínculo contractual”*¹⁵³, y en este sentido la Procuradora reconoció que el matrimonio no es el único mecanismo de protección para las personas que quieren formalizar su unión, en cuanto a las parejas del mismo sexo reserva esta discusión para el Congreso de la República.

2. AUTORIDADES JUDICIALES Y NOTARIALES ACCIONADAS

2.1. Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá

Pablo Emilio Cárdenas González, Juez Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, indicó que su intervención está dirigida a precisar dos ideas respecto al tema de la unión entre parejas del mismo sexo: la

¹⁵³ *Ibídem.*

primera, en relación con la autonomía judicial frente a la homosexualidad; y la segunda, en cuanto al entendimiento de la expresión “*vínculo contractual solemne*”.

Respecto a la autonomía judicial frente a la homosexualidad, el interviniente partió del concepto de independencia judicial, que consiste en la garantía instituida en favor de los ciudadanos, para que quienes tienen a su cargo la tarea diaria de impartir justicia, lo hagan razonablemente, y sobre todo, libres de influjos externos, lo cual conlleva una limitante concreto a los demás poderes del Estado.

En este orden de ideas, manifestó que debe reivindicarse la tarea que la rama judicial ha emprendido, al ser la única autoridad pública que ha tratado de enfocar la actividad estatal en procura de acercar a las personas homosexuales a la Constitución Nacional, la cual es clara en admitir que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anomalía patológica que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual que constituye un elemento propio e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual debe gozar de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a los valores contenidos en la Carta Política del 91, resaltó aquel de no discriminación por razones de sexo y la primacía de los derechos inalienables de las personas, amparando consigo a la familia como institución básica de la sociedad. En efecto, adujo que la Constitución Política de 1991 señala la importancia que representa la familia para el conglomerado social colombiano y expone las vías por las cuales se puede conformar, ya sea por: (i) vínculos naturales o jurídicos; (ii) matrimonio, o (iii) voluntad responsable.

Respecto al enfoque de la idea de “*vínculo contractual solemne*”, explicó las figuras de la unión marital de hecho y del matrimonio, y concluyó que éste último es una modalidad de unión que surge cuando un hombre y una mujer, por mutuo acuerdo, deciden casarse ante un notario, un juez o por rito civil, o ante un sacerdote, un pastor o una autoridad religiosa reconocida, si se realiza por un rito religioso. Esta forma de legalizar la unión sólo es posible para las parejas heterosexuales, y así los integrantes del matrimonio reciben el nombre de cónyuges y sus derechos patrimoniales se garantizan mediante la llamada sociedad conyugal, conformada por el conjunto de bienes de sus integrantes.

2.2. Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá

Luz Estella Agray Vargas, Jueza Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, consideró que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario.

Señaló que el día 3 de octubre de 2013 celebró, en su calidad de Jueza Civil Municipal, contrato de matrimonio civil entre dos ciudadanas colombianas, quienes, con fundamento en lo dispuesto en la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, así lo solicitaron. Manifestó que esta actuación judicial suscitó la acción de tutela presentada por la Procuraduría General de la Nación en su contra, y cuya prosperidad dio como resultado que se ordenara anular el matrimonio civil celebrado. Agregó que dicha acción de tutela fue revocada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, al considerar que no había legitimación en la causa por activa en cabeza de la Procuraduría.

Manifestó que los presupuestos que le permitieron formalizar y solemnizar la unión podían ser extraídos de la misma Sentencia C-577 de 2011, como en efecto lo solicitaron las ciudadanas, y los mismos daban lugar a concluir que era necesario acudir a la analogía mediante la aplicación del contrato matrimonial del artículo 113 del Código Civil. Agregó que esta interpretación significó una omisión a la propuesta del Procurador General de la Nación en la Circular No. 13 de 2013, de cumplir con la celebración ante juez o notario de contratos innominados, toda vez que según la jurisprudencia: (i) la lectura del artículo 42 de la Constitución se aclara para comprender los dos tipos de vínculos bajo los cuales se puede conformar familia, es decir, el vínculo natural y el vínculo jurídico; (ii) las parejas heterosexuales pueden formar familia bajo cualquier de estos vínculos, pues tienen la posibilidad de establecer uniones maritales de hecho y de contraer matrimonio; (iii) las parejas del mismo sexo sólo cuentan con la posibilidad de conformar familia mediante vínculos naturales, esto es, a través de la unión marital de hecho; (iv) no existe justificación para que las parejas del mismo sexo no puedan formalizar y solemnizar su unión y conformar familia mediante vínculo jurídico, de modo que es allí que se advierte el déficit de protección jurídica; (v) la alusión que hace el artículo 113 del Código Civil al matrimonio heterosexual, no impide la posibilidad de configuración del medio mediante el cual las parejas homosexuales puedan conformar familia mediante vínculo jurídico.

Manifestó que, con los anteriores argumentos jurisprudenciales y normativos traídos a colación, y de conformidad con el principio *pro homine*, según el cual de dos o más interpretaciones posibles de una ley debe preferirse aquella que satisfaga de mejor manera los derechos, claro

es entonces que la única analogía posible para superar el déficit de protección jurídica de las parejas del mismo sexo cuando desean formalizar y solemnizar su unión es el contrato de matrimonio, regulado en el artículo 113 del Código Civil. En este sentido, precisó que el contrato de matrimonio es el único que: (i) regula las relaciones de pareja; (ii) permite conformar familia mediante vínculo jurídico; (iii) tiene efectos en el estado civil de las personas; y (iv) es posible inscribir en el registro civil, es decir, por el momento es el único medio para cumplir la finalidad de la orden quinta y formalizar y solemnizar la unión de las parejas del mismo sexo.

2.3. Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá

El señor Notario 37 del Circuito de Bogotá, doctor Álvaro Rojas Charris, Presidente Nacional de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano – U.C.N.C.-, dio respuesta a los interrogantes planteados por la Corte mediante Auto del 16 de julio de 2015, con base en cuatro consideraciones: la primera, sobre si vulneran los notarios los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo al negarse a celebrar o registrar el matrimonio civil entre ellos; la segunda, en cuanto a si tienen las parejas del mismo sexo derecho a contraer matrimonio civil; la tercera, en relación con la competencia de la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden o no contraer matrimonio; y la cuarta, en relación con el alcance y características del “*vínculo contractual*” entre las parejas del mismo sexo.

Sostuvo que, según el ordenamiento jurídico colombiano, el Notario carece de autoridad para tramitar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, como sí la tiene en relación con la celebración del civil entre parejas heterosexuales, en virtud del artículo 42 de la Carta Política y del Código Civil a partir de su artículo 113, en consideración a que no hay ley expresa que consagre la institución del matrimonio civil para tales parejas. No obstante, consideró que debería haber ley expresa que se pronuncie al respecto en desarrollo de los principios de igualdad, respeto y protección a la dignidad humana, autonomía de la voluntad, protección al libre ejercicio de la personalidad, entre otros, que forman un bloque constitucional de derechos fundamentales que deben ser desarrollados a plenitud por el legislador colombiano.

Manifestó que actualmente el notario colombiano sólo tiene autoridad para formalizar y solemnizar el vínculo contractual entre personas del mismo sexo en los términos de los numerales cuarto y quinto de la Sentencia C-577 de 2011, en virtud de los cuales se dispuso que si el Congreso de la República no expedía la legislación que regule la

situación de las parejas del mismo sexo, se atribuiría competencia a los jueces y notarios del país para que las parejas del mismo sexo pudiesen, por lo menos, formalizar y solemnizar su unión marital, con el fin de constituir una familia y de hacer realidad la protección de los derechos que se desprenden del vínculo jurídico de derecho de familia al cual se refirió la Corte con los claros fines ya expuestos.

Consideró que si el suscrito notario hubiese admitido el trámite de matrimonio solicitado por la pareja del mismo sexo, habría ido en contravía de la Sentencia C-577 de 2011, pues ésta dejó intacto el matrimonio civil para las parejas heterosexuales y suplió el déficit de protección existente para las parejas del mismo sexo al reconocer que estas pueden acudir ante Notario Público o Juez de la República para crear, en la categoría de vínculo jurídico, la unión entre ellas como producto de la decisión libre, espontánea y autónoma, de vivir juntos, constituir una familia y adquirir los derechos y contraer las obligaciones y deberes propios de la relación jurídica solemnizada en cumplimiento del mandato jurisprudencial.

Sostuvo que si se hubiere aceptado tramitar la solicitud que presentó la pareja ya anotada, habría generado un acto inválido, en el grado de nulidad absoluta de derecho sustancial, por ausencia del elemento subjetivo del contrato calificado por el género hombre-mujer, así como en el grado de nulidad formal del instrumento público según mandato del artículo 99 del Decreto ley 960 de 1970. De esta forma, indicó que pobre sería el servicio que prestan las autoridades notariales si dieran fe de autenticidad a unas declaraciones tendientes a configurar un determinado acto o contrato, como es el del matrimonio civil entre hombre y mujer o el de la solemnización del "*vínculo contractual entre parejas del mismo sexo*", sin reunir los documentos necesarios para la validez del respectivo acto y entregarle a la sociedad una escritura pública con apariencia de validez jurídica, por haber sido procesada con vicios de derecho sustancial o de derecho notarial, susceptible de ser declarada nula, en un futuro, por el juez.

Consideró que con su actuar no vulneró los derechos fundamentales de los miembros de la pareja del mismo sexo que acudieron a la notaría en solicitud de matrimonio civil, pues tal vulneración sólo podría haberse dado si el ordenamiento jurídico colombiano hubiese institucionalizado la figura del matrimonio también para las parejas del mismo sexo. Asimismo, adujo que la vulneración que endilgó al suscrito es inexistente, en consideración a que la función notarial únicamente la puede ejercer el Notario cuando la ley le da competencia para que con su intervención se solemnice un determinado contrato, sea a través de la

escritura pública o de acta notarial para actos jurídicos y hechos que la ley ordena o que las partes desean pasar ante notaría con el fin de revestirlos de plena autenticidad.

Frente al interrogante relacionado con el derecho de los miembros de una pareja del mismo sexo a contraer matrimonio, señaló que en su calidad de Notario considera que, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y legales que atañen el matrimonio civil, las parejas del mismo sexo no tienen derecho a contraer matrimonio en atención a que las reglas de derecho positivo no consagran la formalización de la institución del matrimonio entre integrantes de pareja del mismo sexo. Reiteró que la función notarial se sujeta a la ley y ésta limita la autonomía y la facultad interpretativa, por lo que el notario debe ceñirse estrictamente a lo decidido en el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011, en concordancia con la argumentación jurídica realizada por la misma Corte, en cuanto la *ratio decidendi* es la plataforma básica que sustenta la decisión y, en suma, es su justificación, y por ello tiene fuerza vinculante.

Por otro lado, consideró, en su calidad de particular con formación jurídica inmersa en la ideología liberal y democrata, que la respuesta al interrogante planteado en relación con el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio es afirmativa, pues el núcleo del interrogante se centra en el reconocimiento legal de derechos fundamentales y más concretamente en la igualdad y en el llamado "*dilema de la diferencia*", en este caso íntimamente ligado a la orientación sexual. Sostuvo que en el siglo XXI, no es admisible que la sociedad ni el Estado tengan ceguera funcional ante la realidad de la evolución social y la necesidad de que el ordenamiento jurídico armonice las instituciones con ella.

Señaló en relación con el interrogante concerniente a la facultad de la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, o no, que la competencia de legislar la materia se le atribuye exclusivamente al Congreso de la República, ya que en virtud del artículo 150 de la Carta, corresponde al Congreso hacer las leyes y que, por medio de esta función, las interpreta, reforma y deroga. Igualmente indicó que, de conformidad con el artículo 42 constitucional, se rigen por la ley civil, entre otros, las formas de matrimonio y los derechos y deberes de los cónyuges, y que la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Indicó que el Decreto 960 de 1970 asigna competencia a los notarios para llevar el registro civil conforme a la ley y para cumplir con las demás funciones que le señalen las leyes.

Fue enfático en señalar que la competencia está en cabeza del Congreso, puesto que es dicha entidad el “*centro de producción normativa*” competente para legislar sobre el matrimonio civil de las parejas del mismo sexo, su validez y existencia, su eficacia y sus instituciones aledañas como medios de garantía y de protección de los derechos, debidamente casadas bajo la institución del matrimonio civil que debe estatuir el legislador.

En relación con el alcance y las características del "*vínculo contractual*" de las parejas del mismo sexo, mencionado en el numeral 5° de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011, afirmó que: (i) se trata de un vínculo que supera el nivel del contrato propio de la unión marital de hecho, tanto entre personas heterosexuales, como entre personas homosexuales. En otros términos, del vínculo natural se pasa al vínculo jurídico; (ii) nace por un contrato solemne, en tanto se realiza ante Juez o ante Notario Público; (iii) tanto la diligencia judicial como el trámite de la escritura pública ante Notario son elementos de la esencia del vínculo y, por lo tanto, son presupuesto de validez y de eficacia del mismo; (iv) tanto el Juez como el Notario Público deben ejercer control de constitucionalidad y de legalidad para que el contrato no nazca viciado y para que produzca los efectos propios a la función práctica, social y jurídica del contrato celebrado¹⁵⁴; (v) el vínculo contractual en comentario, no es matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Indicó que la Corte Constitucional analizó las instituciones de la familia y sus formas de constituirse, del matrimonio, su conformación y efectos, en discurso que se centra principalmente en el artículo 42 de la Carta, para deducir que la pareja hombre-mujer cuenta con dos opciones (vínculos natural y jurídico) para conformar una familia, mientras que la pareja homosexual carece de la opción de formarla mediante un vínculo jurídico por cuanto el matrimonio, en la regla constitucional, está ligado a la pareja heterosexual.

3. INSTITUCIONES Y PERSONAS QUE CONSIDERAN QUE LA CORTE DEBE AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ACCIONANTES

¹⁵⁴ Señala que el artículo 15 del Decreto ley 960 de 1970 dicta que cuando el notario redacte el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento. Indicará el acto o contrato con su denominación legal si la tuviere; y al extender el instrumento velará porque contenga sus elementos esenciales y naturales propios de aquel, y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o Indique el declarante único, redactado todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso.

3.1. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia

La Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia valoró los avances del Estado colombiano frente al tema de protección de los derechos de las personas LGBTI y, para efectos de su intervención, se refirió a los siguientes aspectos: el primero, relacionado con las diferentes sentencias que ha proferido la Corte Constitucional en virtud de las cuales se ha reconocido la dignidad inherente a todo ser humano sin distinción de su orientación sexual, identidad o expresión de género, y la necesidad de protección legal reforzada que requieran las personas LGBTI para poder ser libres e iguales que las demás personas en el país; el segundo, con respecto a los avances que se han presentado a nivel mundial en materia de protección de los derechos de las personas LGTBI; y el tercero, relacionado con la documentación sobre la existencia de leyes y prácticas discriminatorias en relación con los temas de reconocimiento de las relaciones y acceso conexo a prestaciones del Estado.

Indicó que la Oficina ha hecho un recuento de la línea jurisprudencial que existe frente al tema, indicando que existe un mínimo legal que ha permitido avances en el plano administrativo para igualar la protección de los derechos de parejas del mismo sexo en relación a la que se le ha reconocido a parejas heterosexuales; en este entendido, se refirió a los siguientes precedentes jurisprudenciales: T-097 de 1994, T-999 de 2000, T-1426 de 2000, SU-623 de 2001, T-725 de 2004, C-075 de 2007, T-856 de 2007, T-1241 de 2008, T-051 de 2010 y C-577 de 2011.

Reconoció que se han construido e implementado políticas públicas que buscan el reconocimiento pleno de la ciudadanía a las personas LGBTI y que es un hecho que se está trabajando en la elaboración de una política pública nacional para dar un paso significativo en la lucha contra estereotipos y violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, señaló que, aun cuando han habido avances, hay retos grandes que enfrentar; indicó que las cifras de homicidios, agresiones y actos discriminatorios que reportan personas afectadas a través de organizaciones de la sociedad civil, son un reflejo de la realidad que enfrentan muchas personas. Según la Oficina esta situación genera una brecha que pide un mensaje claro y contundente del Estado y del Gobierno en el sentido de que ninguna forma de violencia y discriminación basada en prejuicios sobre la orientación sexual, identidad o expresión del género es aceptable en el país.

Indicó que muestra de esta necesidad se evidencia en el hecho de que se han conocido casos en los cuales se le ha impedido a una persona acompañar a su pareja (del mismo sexo) a una institución de salud tras una delicada situación clínica, por el hecho de no haber registrado su unión, se evidenció que además se impidió la posibilidad de recibir información sobre el estado de salud de su pareja y adicionalmente los familiares se negaron a brindarle información y el reconocimiento de la pensión argumentando que desconocían el tipo de relación que las mujeres sostenían.

Por situaciones como las relatadas en el punto anterior, indicó que se ha procedido a elaborar una referencia de los avances que hay en materia de protección de los derechos de las personas LGBTI a nivel mundial, así:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, reconoce el derecho que todos y todas tenemos a contraer matrimonio y fundar una familia, de manera libre y sin sufrir discriminación en condiciones de igualdad para los miembros de la pareja, bajo la protección del Estado. Igual reconocimiento hace la Convención Americana en su artículo 17.

Según la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Humanos, en la cual se hace alusión al tipo de familia que es reconocido por el Pacto, el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro y aún entre regiones dentro de uno mismo, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideran a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en este artículo.

Al respecto, señaló que tanto el Comité como el Pacto dejan una cláusula abierta para que los Estados parte puedan adoptar medidas en el derecho interno para implementar avances que sean convenientes en la materia.

Se explicó que se deben abordar los conceptos de discriminación de *iure* y discriminación de *facto*, en el sentido de que, si bien en Colombia no existen disposiciones legales que restrinjan el derecho a las uniones de pareja del mismo sexo a contraer matrimonio, existen diversas prácticas sociales que permean a operadores judiciales y notarios para no buscar medidas que amplíen la protección legal de éstas.

Sostuvo que en relación con las personas del mismo sexo se encuentra la necesidad de prevenir o corregir, los vacíos legales que puedan conducir a un trato diferenciado por parte de los operadores judiciales o notarios.

En relación con la documentación sobre la existencia de leyes y prácticas discriminatorias en relación con los temas de reconocimiento de las relaciones y acceso conexas a prestaciones del Estado¹⁵⁵, consideró que es fundamental en la discusión la importancia de reconocer que hay una discriminación de facto, que surge tras la falta de reconocimiento legal expreso de la igualdad que requieren las uniones de parejas del mismo sexo. Los vacíos en las figuras legales pueden derivar en interpretaciones restrictivas sobre la conformación de parejas o familias, en contextos de discriminación general contra las personas LGBTI, que termina por generar violaciones a los derechos humanos.

De otra parte, afirmó que la experiencia internacional indica que está avanzando de forma positiva un proceso de protección internacional en la medida en que de acuerdo con Informes de Trabajo, en abril de 2015 eran ya 34 Estados los que ofrecían a parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio o de establecer una unión civil, con muchas de las prestaciones y los derechos del matrimonio. Indicó que los países que han reconocido el matrimonio igualitario son: España, Francia, Dinamarca, Reino Unido, Chile, Brasil, Uruguay, Argentina y Estados Unidos.

Resaltó que es de valorar la importancia de que se adopten medidas progresivas en el reconocimiento y la protección legal de los derechos de las parejas del mismo sexo hasta el nivel en el que se encuentran las parejas heterosexuales.

3.2. Albie Sachs

Albie Sachs, Activista y Exjuez de la Corte Constitucional de Sudáfrica, solicitó que se acceda al matrimonio igualitario, para lo cual, mencionó que se desempeñaba como juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica al momento en el que se estudió sobre la constitucionalidad de la ley de matrimonios de ese país, y que en aquella ocasión, se decidió declararla inconstitucional en consideración a que no se les permitía a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio. Dividió su intervención en tres aspectos fundamentales: (i) la inconstitucionalidad del matrimonio como estaba concebido en Sudáfrica; (ii) la solución a la que llegó la Corte Constitucional de Sudáfrica en relación con el caso concreto; (iii) cómo la Corte se aproximó al asunto relacionado con las relaciones entre las autoridades públicas seculares y los derechos civiles

¹⁵⁵ Ver A/HCR/29/23. P. 19 y P. 20 en donde se encuentra la revisión periódica del informe presentado por Bulgaria y Eslovaquia al recomendar que se adopten medidas legales para ampliar la protección de parejas del mismo sexo.

por un lado, y las muy fuertes convicciones religiosas de una gran parte de la comunidad sudafricana por el otro.

Sobre la inconstitucionalidad del matrimonio en Sudáfrica, señaló que la ley que regulaba el matrimonio en Sudáfrica se basaba en el *Common Law* heredado de Inglaterra y de Holanda que se mantuvo vigente por siglos en el sistema Sudafricano. Indicó que el *Common Law* consagraba que el matrimonio era la unión de por vida entre un hombre y una mujer, y que esta definición fue también incorporada de manera directa en la ley del matrimonio, la cual también preveía la posibilidad de celebrar matrimonios en público.

Señaló que los votos matrimoniales que se compartían en las diferentes celebraciones públicas de matrimonios eran los siguientes: “Yo, AB, te tomo a tí, CD, para ser mi legítimo esposo/esposa”, por lo que estaba claro que el matrimonio estaba concebido para un hombre y una mujer y que se excluía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, quienes no podrían celebrar matrimonios en público ni de tomar los votos matrimoniales. Adujo que la norma en mención fue demanda ante los distintos juzgados hasta llegar a la Corte Constitucional que finalmente resolvió el asunto.

Explicó que la solución a la que llegó la Corte Constitucional de Sudáfrica consistió en declarar que la exclusión a las parejas del mismo sexo de los beneficios que trae la institución del matrimonio y de los que sí gozan las parejas heterosexuales, era manifiestamente inconstitucional. Indicó que no se trataba de que las parejas del mismo sexo fueran el blanco de la exclusión, sino que el problema legal consistía en que éstas se habían vuelto invisibles; la ley del matrimonio era “*subincluyente*” y era inconstitucional porque limitaba el matrimonio a las parejas heterosexuales.

Señaló que el problema consistía en responder a la invisibilidad, y la Corte decidió de manera unánime que la indignidad que se les impuso a las parejas del mismo sexo al no permitir que su amor, su intimidad y su deseo de volverse una pareja reconocida públicamente, y al impedirles tener el mismo soporte legal del derecho de familia que las parejas heterosexuales tenían, era un profundo resquebrajamiento de la dignidad de las parejas del mismo sexo. Mencionó que cualquier sugerencia relativa a que, de algún modo, un reconocimiento público de la intimidad, amor, afecto y responsabilidades mutuas de las parejas del mismo sexo, podría resquebrajar el derecho de familia, era una mala interpretación de la naturaleza del derecho de familia, pues debería ser incluyente y no excluyente.

Manifestó que la Corte fue unánime en oponerse a la noción de “*separados pero iguales*”, pues esta noción fue utilizada en la historia sudafricana para excluir a las personas de color de recibir los mismos beneficios que las personas blancas. Indicó que se sintieron del mismo modo en torno a los matrimonios del mismo sexo a como lo fueron en relación con la exclusión y discriminación racial; “*separados pero iguales no sería una solución apropiada*”.

Expuso que es inconstitucional negar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse, y adujo que la decisión consistió en exhortar al Parlamento para que en el término de un año, hiciera los cambios estatutarios necesarios del modo que quisieran, de manera que aseguraran que el resultado legislativo terminara garantizándole a las personas del mismo sexo el derecho a casarse. Aseguró que el problema hubiera sido que el Parlamento no hubiere cumplido con la decisión de la Corte en el término señalado; al respecto, explicó que la Corte creó un mecanismo novedoso para la ocasión, ya que dispuso que si el Parlamento no aprobaba la legislación necesaria dentro del año previsto para el efecto, no sería necesario para las partes volver a la Corte para buscar una nueva solución, sino que automáticamente se corregiría el texto de la ley en el sentido de reconocer el matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En relación a cómo la Corte se aproximó al asunto relacionado con la interacción entre las autoridades públicas seculares y los derechos civiles por un lado, y las muy fuertes convicciones religiosas de una gran parte de la comunidad sudafricana, por el otro. Refirió que la Corte se inclinó por la coexistencia y no por la competencia entre las autoridades públicas seculares y los sectores religiosos, en consideración a que no es beneficioso que las personas que protegen los derechos de las parejas del mismo sexo condenen y denuncien a los oponentes del matrimonio igualitario.

Manifestó que la Constitución que protege a las parejas del mismo sexo también ampara a las comunidades de fe que no creen en el matrimonio entre parejas del mismo sexo para no ser obligadas a celebrar esos matrimonios. Agregó que la Corte ahondó en enfatizar su respeto por la libertad religiosa, pero bajo el entendido de que ésta no puede ser un fundamento para determinar los derechos civiles y los derechos humanos básicos ni la dignidad de los sudafricanos.

3.3. Ministerio del Interior

Intervino en representación del Ministerio del Interior, el Ministro Juan Fernando Cristo, quién basó su intervención en el desarrollo de las siguientes temáticas: en primer lugar, se refirió a la función del Ministerio del Interior en coordinar y desarrollar políticas públicas en materia de prevención, protección y asistencia a favor de los derechos fundamentales de la población LGBTI del país; en segundo lugar, hizo un recuento sobre los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de uniones entre parejas del mismo sexo.

Destacó que ha habido algunos momentos de cambio importantes en la doctrina constitucional antes de la sentencia C-577 de 2011, que reconoce la familia originada en las uniones de personas del mismo sexo y establece la posibilidad de establecerlas mediante contratos formales solemnes. Sobre dichos antecedentes, relató cómo la Corte Constitucional de manera reiterada ha reconocido que la familia como institución tiene origen por vínculos naturales o por vínculos jurídicos, al interpretar el artículo 42 de la Constitución Política y la diferencia entre matrimonio y unión marital. Sin embargo, de acuerdo con la revisión de antecedentes que hace la misma Corte, esta reconoce que el concepto de familia que el Constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

Indicó que, posteriormente, en sentencia T-725 de 2004, la Corte consideró que dichas interpretaciones debían hacerse extensivas a las parejas del mismo sexo. Relató que hubo posturas opuestas en las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, en las cuales, se entendieron diferencias entre una relación homosexual permanente y el concepto constitucional de familia; incluso en la sentencia C-075 de 2007 también se denota esta orientación en tanto el análisis parece enfocado hacia los aspectos patrimoniales de la pareja conformada por las personas del mismo sexo, sin hacer mención del concepto de familia merecedora de la protección constitucional.

Señaló que a partir de la sentencia C-075 de 2007 hubo un cambio importante en la doctrina constitucional al consagrar el régimen de protección de las uniones maritales de hecho aplicable a las parejas del mismo sexo; en este fallo también se reiteraron las subreglas para el análisis de casos de discriminación que se establecen en la sentencia C-075 de 2002. En este sentido, consideró que con este giro, la doctrina constitucional entiende y acoge que ambos tipos de parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección y que la libre opción sexual se vive y tiene proyección en la vida en relación, por lo cual las parejas del mismo sexo tienen necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su

proyecto de vida común. En relación con las subreglas referidas, sostuvo que se determinó que el tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, y este análisis tiene como punto de partida el presunto trato diferenciado.

Frente a la sentencia C-577 de 2011 señaló que constituye el punto de partida para la elaboración de un desarrollo jurisprudencial que protege a las parejas del mismo sexo garantizando el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y que será tenido en cuenta como para la construcción de una doctrina constitucional protectora que salvaguarde de manera plena la igualdad de todas las personas sin distinciones relacionadas con su sexo y su sexualidad, respecto de la posibilidad de celebrar de manera válida uniones maritales contractuales, formales y solemnes, que bien pueden cubrirse con las normas vigentes del Código Civil para los contratos matrimoniales, hasta tanto el legislador cumpla con el deber de regular la materia dentro de los límites de los derechos constitucionales fundamentales.

En relación con el reconocimiento de la familia, sostuvo la necesidad de establecer si existe una relación directa entre el derecho al matrimonio y la institución de la familia, y si efectivamente la hay, cómo esa relación de condicionamiento podría implicar una negación del derecho a contraer matrimonio a personas con orientaciones e identidades sexuales diversas que constituyen parejas y familias, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Agregó que la posibilidad de la celebración del matrimonio debe ser vista también como atributo personal y en esa perspectiva requiere de un tratamiento jurídico específico como derecho y, por tanto, diferenciado aunque relacionado a la institución de la familia. Esto hace necesario también su abordaje como un derecho fundamental ligado a otros derechos fundamentales como la autonomía personal y el derecho a la igualdad.

Señaló que de la constitución de las familias se derivan efectos personales y patrimoniales; en cuanto a estos últimos, se ha reconocido para las parejas del mismo sexo una protección patrimonial a partir de la sentencia C-075 de 2007, mediante la extensión de prestaciones, beneficios o cargas antes asignados exclusivamente a las parejas heterosexuales y, particularmente, a los miembros de las uniones maritales de hecho. Indicó sobre los efectos personales, que la Corte ha evocado el concepto general de familia, al referirse a los efectos personales de las uniones permanentes de dos personas del mismo sexo, así por ejemplo cita la sentencia C-029 de 2009, en la cual se indicó que la pareja, sea heterosexual u homosexual, tiene un proyecto de vida

común, una vocación de permanencia y comporta asistencia recíproca y solidaria entre sus integrantes, lo que fue reiterado a propósito de la obligación alimentaria, al puntualizar que la existencia de una especial vinculación da lugar a lazos de afecto, solidaridad y respeto.

Expuso que la Corte dio un giro frente a la interpretación del artículo 42 Constitucional, en el cual se establece que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos; al respecto, afirmó que el vínculo jurídico no se refiere de manera exclusiva al matrimonio entre heterosexuales, sino que pueden establecerse vínculos jurídicos con personas del mismo sexo. Y frente a los vínculos naturales, estos ya no se concretan en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, sino que se entiende que pueden ser constituidas también por personas del mismo sexo. Indicó que ese discernimiento argumentativo de la Corte ha sido realizado con base en una hermenéutica textual de los contenidos normativos de la constitución, como de una interpretación evolutiva de los mismos. De esta forma, agregó que la Corte ha manifestado que *“este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior no se aparta de la comprensión literal del mismo”* de acuerdo con lo elaborado en la jurisprudencia de tiempo atrás.

Concluyó que, para la Corte, es acorde con la Constitución asimilar a todas las familias con miras a su protección, de manera independiente del acto o hecho jurídico que le da origen y de la orientación e identidad sexual de los que la conforman. Afirmó que con la concepción amplia de familia acogida por la Corte, se reconoce a todas las familias y se extiende la protección constitucional a todas, con una interpretación que da cuenta del carácter garantista de la Constitución Política de Colombia, en la cual se recoge una paulatina elaboración jurisprudencial de varios años a su interior. Se reconoce la importancia de esta concepción amplia en los fines, como lo es la protección de las familias, que contrasta con el mantenimiento de ambigüedades en los medios para constituir la familia que derivan en restricciones. Estas restricciones pueden entrañar una contradicción, en primer lugar, respecto del fin, y en segundo lugar, respecto del carácter de derecho fundamental de tal elección a la hora de constituir la familia, en el caso de las parejas con orientaciones e identidades sexuales diversas.

En relación con el contrato solemne para la formalización de las uniones de parejas del mismo sexo, consideró que resulta claro para la doctrina constitucional colombiana que las uniones entre parejas del mismo sexo constituyen familia, y que pueden si así lo desean, formalizar su unión mediante un contrato marital solemne. Pero persiste en términos generales la ambigüedad respecto a la posibilidad expresa de celebrar

contratos matrimoniales en los términos exactos en que se encuentra regulado en el Código Civil, indefinición que se mantiene a pesar de las distintas interpretaciones y aplicación que han realizado algunas autoridades de la jurisprudencia de la Corte. Esta situación hace que, a pesar de los avances realizados en sentencia C-577 de 2011, se mantenga el déficit de protección señalado también por la Corte.

En atención a las anteriores consideraciones solicitó a la Corte Constitucional declarar que para superar el déficit de protección existente, las personas que conforman parejas del mismo sexo que deseen formalizar su unión, así como los Jueces y Notarios Públicos ante quienes se presenten deben acudir a un contrato análogo al contrato de matrimonio civil vigente en el derecho colombiano, con todos sus efectos, incluida su denominación, mientras el legislador emite una regulación específica sobre la materia, de acuerdo con su libertad configurativa dentro de los límites de los principios y derechos fundamentales de la Constitución, en particular el artículo 13 Superior, donde se establece el derecho a la igualdad, así como el artículo 14 que consagra el derecho a la personalidad jurídica, y los artículos 1º y 16 que respectivamente consagran los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

3.4. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado, procedió a dar respuesta a cada una de las preguntas remitidas por esta Corporación en los siguientes términos:

¿Cuál es el alcance y las características del vínculo contractual de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011?

Para responder esta pregunta, precisó que la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011 aceptó que el artículo 42 de la Constitución¹⁵⁶, en concordancia con el 5º, no consagra una estructura familiar específica. De acuerdo con este razonamiento, sostuvo que la conformación de una familia, en términos estrictamente jurídicos, depende de la existencia de un proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, basado en el afecto, el respeto y la solidaridad. Y dado que esas características no son exclusivas de las parejas heterosexuales, sino que son perfectamente aplicables a las homosexuales, es innegable que, cuando ellas estén

¹⁵⁶ “ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

demostrados como componentes de una relación entre personas del mismo sexo, se estará en presencia de una familia.

Igualmente, sostuvo que cuando una pareja formaliza ante una autoridad civil esa relación basada en un proyecto de vida en común, con vocación de permanencia y fundado en el afecto, el respeto y la solidaridad, desde el punto de vista jurídico se habla de la existencia de un contrato de matrimonio, que legalmente hace surgir entre sus integrantes una serie de obligaciones y derechos. Cuando esa misma relación no se formaliza ante una autoridad civil, la doctrina, la jurisprudencia y la ley coinciden en reconocer la existencia de una unión marital de hecho entre sus integrantes, de la cual emanan también una serie de derechos y deberes recíprocos. En principio, toda pareja es libre de decidir si formaliza o no ante las autoridades civiles esa relación y, por consiguiente, su condición de esposos o compañeros permanentes depende de su propia elección.

Sin embargo, resaltó que la redacción del artículo 113 del Código Civil colombiano le cierra a las parejas de un mismo sexo la posibilidad de optar por formalizar su relación conforme a esa legislación; razón por la que la Corte Constitucional concluyó que esa norma establece una diferencia inconstitucional entre las parejas heterosexuales y homosexuales, pues la posibilidad de formalizar su relación a través de la figura jurídica del matrimonio sólo está reservada a las parejas compuestas por personas de distinto sexo, y exhortó al Congreso de la República para que legislara sobre la figura contractual que permitiera a las parejas del mismo sexo superar ese déficit de protección.

En cuanto a las características de ese vínculo, consideró que ante la ausencia de una normativa que fije sus alcances y características, se debe aplicar analógicamente la regulación existente para esos supuestos de hecho en relación con las parejas heterosexuales, que gira en torno al concepto de matrimonio. Esta afirmación está soportada en las siguientes cuatro razones:

La primera, es que cualquier distinción que pretendiera hacerse sobre los alcances y características del matrimonio heterosexual frente a un vínculo jurídico diverso aplicable solo a las parejas homosexuales debería superar un test de igualdad en sentido estricto. Ese grado de intensidad del test se funda en el hecho de que la diferenciación se realizaría con base en una clasificación sospechosa, como lo es la orientación sexual; conviene recordar que la discriminación por razón del sexo se encuentra

expresamente prohibida por el artículo 13 de la Constitución Política¹⁵⁷, y que la población con esa orientación sexual ha sido históricamente discriminada, como en diversas oportunidades ha sido puesto de presente por la Corte Constitucional¹⁵⁸. A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, no existe ninguna característica que justifique diferenciar el contrato de matrimonio para las parejas heterosexuales de un contrato diverso aplicable solo a uniones formales del mismo sexo, en forma tal que permitiera superar un test de igualdad en sentido estricto.

La segunda, que no hay una disposición legal que permita interpretar lo contrario. En consecuencia, resulta válido afirmar, como lo hace alguna parte de la doctrina, que la simple circunstancia que el artículo 42 de la Constitución Política se refiera solamente al matrimonio heterosexual, no debe ser entendida como una prohibición de aplicar ese contrato a las parejas del mismo sexo.

La tercera, que una interpretación contraria podría generar situaciones en las que no se supere el déficit de protección al que estaban sometidas las parejas del mismo sexo. De nada serviría que las parejas homosexuales contaran formalmente con un vínculo jurídico para constituir su familia, si éste no tiene los mismos efectos previstos para el vínculo contractual de las personas heterosexuales; y está claro, conforme a la jurisprudencia especializada, que la protección jurídica derivada de las uniones maritales de hecho es inferior a la que dimana del matrimonio.

La cuarta, guarda estrecha relación con la anterior, ya que no existe otro vínculo jurídico que acarree en el Registro Civil las mismas consecuencias del matrimonio.

¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho a contraer un matrimonio civil?

La respuesta del Ministerio de Justicia y del Derecho a este interrogante es afirmativa, en atención a que una interpretación contraria podría generar espacios donde se reproduzca el déficit de protección que tenían las parejas del mismo sexo antes de la sentencia C-577 de 2011, dado que la protección jurídica que tienen las uniones maritales de hecho que estarían reservadas a uniones formales del mismo sexo sería inferior a la que se deriva de los matrimonios que celebran entre sí los heterosexuales.

¹⁵⁷ “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. (Destacado fuera del texto).

¹⁵⁸ Ver, entre otras, las Sentencias T-629 de 2010, C-371 de 2000 y C-481 de 1998.

Indicó que si se pretendiera hacer una distinción entre el matrimonio heterosexual y un vínculo contractual diverso para parejas homosexuales, esa diferenciación no superaría un test de igualdad en sentido estricto. Agregó que dado a que el vínculo contractual que debe regir las uniones formales entre parejas homosexuales debe brindar la misma protección jurídica que el matrimonio previsto para las uniones heterosexuales, no existe una razón válida para otorgarle un nombre diverso.

¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, o esta es una competencia del Congreso de la República?

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Corte Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, como consecuencia de la existencia de una omisión legislativa relativa. Al respecto, señaló que aunque de acuerdo con la Constitución Política la Rama Legislativa es la competente para expedir las leyes, incluyendo los “*códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones*”¹⁵⁹, es evidente que hasta el momento el Congreso colombiano se ha ocupado de la institución del matrimonio civil sólo respecto de un universo específico, que es el de las parejas heterosexuales, sin que a la fecha haya sido ampliada a las uniones homosexuales, lo que, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, constituye un déficit de protección constitucional. Estimó que como quiera que ni dentro del plazo fijado en la sentencia comentada, ni en el momento actual el Congreso ha expedido la normativa a la que se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, no cabe ninguna duda en cuanto a que nos hallamos en frente de una omisión legislativa relativa, que adquiere relevancia en materia de la presente acción de tutela, en la medida en que la ausencia de actuación del Congreso de la República, ha generado espacios donde se han vulnerado los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, como ha ocurrido en algunos de los casos acumulados.

En consecuencia, consideró que se debe dar aplicación a esta figura de la omisión legislativa, no obstante ser propia del juicio de constitucionalidad, toda vez que permitiría resolver la vulneración de derechos humanos que sufren algunos de los accionados y actores. Para determinar si en el caso bajo análisis existe una omisión legislativa relativa, realizó el siguiente examen diseñado por esta Corte: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que,

¹⁵⁹ Art. 150 Num. 2 Constitución Política.

por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador.

Así las cosas, estimó que ante la existencia de una omisión legislativa relativa, el déficit de protección al que están sometidas las parejas homosexuales debe ser corregido por la Corte Constitucional, no solo reconociendo de manera expresa dicha omisión sino, adicionalmente, indicando la forma en que aquél debe ser suplido, mientras el Congreso de la República legisla sobre el particular.

¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

Consideró que no reconocerle a las parejas homosexuales el derecho a formalizar legalmente sus uniones mediante el contrato de matrimonio, supone una vulneración a sus derechos fundamentales. Ello es así porque, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, existe un déficit de protección de las parejas homosexuales frente a las heterosexuales, y toda actuación que reafirme ese déficit de protección (como puede ser el negarles la posibilidad de contraer matrimonio civil), constituye una vulneración de derechos fundamentales.

3.5. Colombia Diversa y DEJUSTICIA

La doctora Marcela Sánchez Buitrago¹⁶⁰ y el doctor Rodrigo Uprimny Yepes¹⁶¹ consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario de conformidad con las siguientes temáticas principales: la primera, con respecto a la posición filosófica de la interpretación; la segunda, en relación con el desarrollo de los interrogantes de la Corte Constitucional respecto de la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011; y la tercera, sobre la presentación de la naturaleza y la estructura

¹⁶⁰ Directora Ejecutiva de Colombia Diversa

¹⁶¹ Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–.

de dicha orden, los métodos de interpretación de la misma y la competencia de la Corte Constitucional para establecer la protección constitucional del matrimonio igualitario para las parejas del mismo sexo.

Indicaron que, debido a que el legislador dentro del plazo de dos años concedido por la Corte Constitucional no aprobó una ley que permitiera superar el déficit de protección constitucional al que han estado sometidas las parejas del mismo sexo, corresponde aplicar la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, en el sentido de permitir que las mismas contraigan matrimonio, al considerarse éste como el único contrato que permite superar el déficit de desprotección que afecta a las parejas homosexuales, y puesto que cualquier intervención en sentido contrario desconocería los derechos adquiridos y vulneraría el principio de no regresividad, pues múltiples parejas han contraído matrimonio civil durante los dos años transcurridos desde que se venció el plazo para que el legislador regulara el tema.

Sostuvieron que las parejas del mismo sexo constituyen familia y por tanto deben acceder a la institución del matrimonio. El debate no debe centrarse en concepciones religiosas o, de manera particular, sobre el matrimonio, la familia, la moralidad, capacidades, aptitudes o cualidades de las parejas del mismo sexo; por el contrario, la discusión versa sobre el matrimonio civil como institución, como contrato y como derecho fundamental.

Aseguraron que la controversia constitucional que ahora conoce esta Corporación difiere de la resuelta en la Sentencia C-577 de 2011, puesto que tanto las instituciones como los presupuestos normativos y fácticos han cambiado; resaltaron que en la actualidad las parejas del mismo sexo son reconocidas constitucionalmente como familias; sin embargo, el déficit de protección continúa y hasta el momento no existe una legislación uniforme y los Jueces y los Notarios Públicos no han establecido una protección constitucional clara y uniforme.

A partir de dicha sentencia, la Corte Constitucional abandonó la concepción tradicional de la familia contenida en el artículo 42 Superior y respecto a las parejas del mismo sexo concluyó que *“el requisito de la heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia”*¹⁶².

¹⁶² Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Indicaron que la garantía constitucional de proteger a las familias de parejas del mismo sexo se manifiesta en tres formas: (i) antes de la Sentencia C-577 de 2011 no existía una figura distinta a la unión marital de hecho como mecanismo para dar origen solemne y formal a la familia conformada por parejas del mismo sexo; (ii) la Corte exhortó al Congreso para que superara este déficit de protección antes del 20 de julio de 2013, a pesar de este exhorto el Congreso de la República no sólo no reguló el asunto, sino que el reducido número de debates que se llevaron a cabo fueron un escenario de revictimización y humillación de lesbianas, gays, bisexuales, y personas trans; y (iii) el déficit de protección se extendió después del 20 de julio de 2013 porque los Jueces y Notarios Públicos no dieron una protección constitucional uniforme a las familias de parejas del mismo sexo. Como desarrollo de la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, Jueces y Notarios Públicos adelantaron distintos desenlaces jurídicos para las parejas del mismo sexo. La controversia interpretativa se vio agravada por el accionar de la Procuraduría General de la Nación, que buscó imponer una interpretación altamente restrictiva.

Expresaron que la negativa a dar trámite a un matrimonio de parejas del mismo sexo o la creación de un contrato diferente para regular los derechos y obligaciones de las mismas, vulnera varios derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo: el derecho a la igualdad, a la vida digna, a la protección familiar, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escogencia, el principio de seguridad jurídica como expresión del derecho al debido proceso y el derecho a la personalidad jurídica.

Arguyeron que los Jueces que han realizado 40 matrimonios de parejas del mismo sexo han garantizado los derechos de estas familias y han superado el déficit de protección. Agregaron que los avances respecto del reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo han sido constantes y paulatinos desde el año 2007. Precisaron que antes de la Sentencia C-577 de 2011 los progresos estaban relacionados con la unión marital y que con posterioridad a la misma se amplió el reconocimiento, luego de que se reconocieron como familias a estas parejas.

De la misma manera, aseguraron que el régimen de protección para las parejas del mismo sexo es el matrimonio civil, pues, a juicio de los intervinientes, constituir un régimen distinto crea una discriminación en contra de estas parejas con base en cuatro criterios sospechosos, el sexo, el origen familiar, la orientación sexual y la identidad de género. Adicionalmente, consideraron que la Constitución en su artículo 42 no

prohíbe este tipo de matrimonio y que además, la interpretación de la norma Superior debe hacerse en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos que tampoco lo prohíben.

En el mismo sentido, manifestaron que la interpretación que se hace de la Sentencia C-577 de 2011 debe garantizar en la mayor medida posible los derechos de las parejas del mismo sexo, e indicaron que las normas que regulan el régimen de la familia son de orden público y no se puede aplicar una figura innominada distinta al matrimonio pues solo con esta última se crea o se modifican relaciones familiares y se altera el estado civil de las personas. Asimismo, señalaron que cualquier figura contractual diferente a la del matrimonio representaría un menor nivel de protección, ya que la aplicación de un contrato innominado traería consigo una disminución en la protección de temas como el acceso al sistema de seguridad social, la posibilidad de abstenerse de declarar contra el cónyuge o el compañero permanente, los deberes y derechos personales derivados del contrato de matrimonio, entre otros temas.

Adujeron que debido a que el legislador omitió regular la materia, la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011 creó una norma jurídica en virtud de la cual, a partir del 20 de julio de 2013, las parejas del mismo sexo pueden acudir ante un notario o juez con el fin de contraer matrimonio. Ampliaron este punto al indicar que la norma jurídica fue sometida a una condición suspensiva en su nacimiento y que debido a ello, corresponde a la Corte Constitucional interpretarla de manera sistemática y atendiendo a la finalidad de la misma y con ello superar el déficit de desprotección que se presenta actualmente. Aseguraron que en esta sentencia la Corte reconoció: (i) que las parejas del mismo sexo conforman familias, (ii) que la familia es una comunidad de amor, y (iii) que el matrimonio es una forma privilegiada de acceder a la familia. Asimismo, resaltaron que, dentro de la providencia, la Corte entendió que el texto Constitucional no prohibió ni permitió expresamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo, razón por la cual, dejó en cabeza del legislador la regulación de esta materia.

Aseveraron que el órgano legislativo pudo extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo, o crear una nueva figura con la que se superara el déficit de protección, no obstante, no expidió la regulación correspondiente tal como se ordenó en la Sentencia C-577 de 2011 y en atención a lo anterior, una vez agotado ese período, el Congreso cedió su autoridad para que fueran otras autoridades las que hicieran realidad la protección de derechos. Esa autoridad son los Jueces y Notarios Públicos competentes. En otras palabras, un tema de política legislativa

devino en un problema constitucional en sentido estricto, ante el bloqueo institucional del Congreso.

De otro lado, expusieron que los jueces llegaron a la conclusión que la mejor manera de cumplir con la orden quinta emanada de la sentencia antes mencionada era la aplicación de la institución del matrimonio. Sobre este punto, consideraron que se debe hacer un análisis de lo que se expuso dentro de la providencia respecto de la analogía. Según los intervinientes, lo que dijo la sentencia es que no hay una obligación del Congreso de aplicar analógicamente el matrimonio, pero una vez establecida la orden quinta, la misma debe ser interpretada en conjunto con las otras órdenes y elementos de la sentencia, la situación cambia y los Jueces y Notarios Públicos estarían facultados –e incluso obligados– a aplicar el matrimonio por analogía.

Concluyeron que el matrimonio es el único contrato que existe en el actual orden jurídico que tiene las tres características que son necesarias para cumplir la orden de la Corte: (i) que sea un contrato solemne (pues la Corte habla de solemnizar el vínculo); (ii) que tenga la capacidad de formar jurídicamente vínculos familiares y modificar el estado civil; y (iii) que sea capaz de corregir la discriminación y el déficit de protección que hoy sufren las parejas del mismo sexo.

Por otro lado, consideraron que corresponde a la Corte Constitucional unificar el sentido y el alcance que debe dársele dentro de nuestro ordenamiento a la norma jurídica que creó la orden quinta de la referida sentencia. Además, en el nuevo panorama constitucional, es claro que las parejas del mismo sexo que se han casado han adquirido derechos que no pueden ser desconocidos y que toda interpretación que niegue esto vulneraría el principio de no regresividad. Para terminar, pusieron de presente que el debate que tiene dentro de su conocimiento la Corte es una oportunidad para superar la discriminación que existe contra las personas por su orientación sexual e identidad de género diversas.

3.6. Mauricio Albarracín Caballero

En su intervención, Mauricio Albarracín Caballero¹⁶³ sostuvo que la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, conforme a la cual “*las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”, debe interpretarse en el sentido de ordenar a los Jueces y Notarios Públicos celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, de conformidad con

¹⁶³ Ex Director de la Organización Colombia Diversa y actual investigador de la sociedad Dejusticia.

las siguientes ideas principales: la primera, relacionada con la capacidad de conformar familiar que tienen las parejas homosexuales, al igual que las parejas heterosexuales; la segunda, con respecto al déficit de protección que genera la unión marital de hecho en relación con dichas parejas; la tercera, sobre las dos posibles interpretaciones que se pueden dar a la orden impartida por la Corte en la Sentencia C-577 de 2011; la cuarta, con respecto al contrato de matrimonio como única institución capaz de acabar con el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo; y la quinta, sobre las diez razones por las cuales los contratos innominados no superan el déficit de protección.

En primer lugar, aseguró que las parejas del mismo sexo cumplen con los elementos constitucionales esenciales del matrimonio, toda vez que las mismas son una familia, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional, está fuera de toda duda la condición de familia de ellas. Asimismo, explicó que la Corte Constitucional ha dicho que “*la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges*”, lo cual conduce a determinar que estas parejas son capaces de crear familia a través de su consentimiento, toda vez que comparten con las parejas heterosexuales las finalidades del matrimonio: vivir juntos, auxiliarse y ayudarse mutuamente, por ello el Estado tiene la obligación de reconocer este derecho y de no imponer obstáculos a las personas que han optado por un modelo de familia y no por otro. En este mismo sentido, indicó que decir que heterosexualidad es un elemento esencial del matrimonio es inconstitucional, pues la Constitución no prohíbe el matrimonio entre personas homosexuales, por lo cual, debe utilizarse la interpretación “*evolutiva*” de la Constitución, por esta razón la existencia de sujetos igualmente dignos que los heterosexuales.

En segundo lugar, señaló que la unión marital de hecho no supera el déficit de protección, pues se trata de una figura que tiene mayor formalismo, pero tampoco es aceptable una escritura pública que reconozca un contrato innominado. Declaró que, actualmente, cuando una pareja del mismo sexo va a una notaría a formalizar la unión marital de hecho, le ofrecen una unión solemne, con lo cual se desnaturaliza tanto la unión marital de hecho como el matrimonio. Asimismo, sostuvo que este contrato debe proteger a la familia de las parejas del mismo sexo, lo cual emana de la Sentencia C-577 de 2011 y del inciso 2° del artículo 42 de la Constitución, del cual se desprende que el Estado debe ofrecer una protección coherente con este tipo de familias.

En este orden de ideas, aseguró que existen dos posibles interpretaciones a la orden impartida por la Corte en la sentencia: (i) por un lado, o bien

la Corte autorizó la creación de contratipos innominados y atípicos para estas parejas; o (ii) la corte facultó la celebración de matrimonio.

Así las cosas, aseguró que el matrimonio civil es la única figura que puede superar el déficit de protección a las parejas del mismo sexo, porque el matrimonio es un contrato con capacidad de dar origen formal a una familia según las normas de orden público. Se trata de un contrato excepcional, que no está sujeto a las mismas normas de derecho privado, porque crea y protege a la familia, contiene elementos emocionales y simbólicos que no posee ningún otro contrato, modifica el estado civil, genera efectos personales inmediatos y crea derechos y obligaciones entre los cónyuges. En este mismo sentido, afirmó que de la lectura de la Sentencia C-577 de 2011 se desprende que la Corte no autorizó la creación de un nuevo contrato ni tampoco la configuración de contratos familiares *sui generis*.

Igualmente, expuso que los contratos innominados y atípicos no superan el déficit de protección, por diez razones: (i) esos contratos no modifican el estado civil, el cual es la materialización de un derecho fundamental a la personalidad jurídica de la parejas del mismo sexo; (ii) ninguno de los contratos innominados está registrado, sólo el matrimonio; (iii) las parejas del mismo sexo que busquen fijar residencia o establecer la nacionalidad en otros países, bien sea por voluntad propia o en condiciones de asilo o refugio, no podrán hacerlo mediante contratos distintos al matrimonio. El contrato solemne es una figura sin equivalente en el derecho internacional privado y no es reconocido por terceros países para efectos migratorios, lo cual traería como consecuencia que en países que tienen matrimonio igualitario las parejas del mismo sexo no podrían migrar ni fijar residencia en estos países, sólo hacerlo mediante el matrimonio; (iv) al privar del nombre matrimonio al contrato para proteger a las familias de parejas del mismo sexo, se les priva de otro nombre jurídico relevante, el de cónyuge, el cual es una expresión que establece un hiper vínculo con el fin de asignar derechos y deberes (pensión y salud). La discusión sobre el nombre de la instituciones, es también una discusión de efectos concretos de esas palabras; (v) un contrato innominado y atípico no establece una sociedad conyugal y no tiene efectos en los regímenes de sucesiones; (vi) tampoco establece deberes específicos de los cónyuges, que son indispensables para garantizar la vocación y permanencia y auxilio mutuo, las cuales son de tal entidad, que su grave e injustificado incumplimiento constituyen causal de divorcio.

En ese mismo sentido, expuso que: (vii) los contratos innominados no tienen la entidad de generar las protecciones estatales, como el derecho a

la no autoincriminación del cónyuge, o los tipos penales que protegen a la familia, como la inasistencia alimentaria, la malversación de bienes administrados en el ejercicio de la curaduría, entre otros, las cuales son normas que establecen consecuencias jurídicas que son de orden civil y penal, son de orden sancionatorio y de carácter taxativo; (viii) el contrato innominado y atípico no tiene previstas las competencias institucionales para resolver las controversias derivadas de la separación de bienes, el divorcio, la disolución del vínculo o las nulidades, lo cual constituye una ausencia de órganos estatales que garanticen el derecho de acceso a la administración de justicia; (ix) el contrato innominado no protege la moralidad administrativa e imparcialidad de la función pública, pues en efecto el matrimonio es una de las causales de impedimento y recusación para el ejercicio de varios cargos públicos, ya que en la legislación civil y penal se considera el cónyuge como un generador de conflictos de interés particular, por tanto la no existencia jurídica de las parejas del mismo sexo, lesiona su interés jurídico dentro del Estado; (x) la existencia de una diversidad de contratos innominados y atípicos genera una inseguridad jurídica y una desprotección mayor de las familias, por cuanto las múltiples interpretaciones que son susceptibles de derivarse de la parte resolutoria de la Sentencia C-577 de 2011, han obstaculizado la protección de las familias de parejas del mismo sexo; de esta forma, mantener la existencia de estos contratos podría generar incertidumbre en las normas de protección de la familia y de la pareja.

3.7. Defensoría del Pueblo

El doctor Jorge Armando Otálora, Defensor del Pueblo, intervino dentro de la Audiencia Pública sobre la posibilidad de que exista matrimonio igualitario en Colombia, resaltando que la decisión adoptada por la Corte constituye una oportunidad trascendental para la superación de los prejuicios que históricamente han afectado a la población LGBTI, y al respecto se pronunció de conformidad con los siguientes argumentos:

Sostuvo que *“así como las ideas impulsan acciones, el prejuicio motiva violencias”*. Señaló que algunas organizaciones sociales han denunciado ampliamente las agresiones que cotidianamente victimizan a las personas con orientación sexual o identidad de género diversas en Colombia. De esta manera, resaltó el papel que juegan las decisiones del juez constitucional, las cuales deben tener la vocación de impactar los imaginarios sociales y contribuir a la superación de esos estereotipos que tanto daño han hecho a la ciudadanía de nuestro país.

Afirmó que las instituciones en general, y el derecho en particular, han servido de vehículos para reproducir ambientes de discriminación y de

exclusión de las personas LGBTI. En este sentido, señaló que históricamente las leyes han institucionalizado un sentimiento de repugnancia nacido del prejuicio y que atenta contra toda persona que libremente decide desafiar las normas sociales que han sido impuestas como obligatorias.

Reiteró que compete al juez constitucional remover aquellos rastros de prejuicio, discriminación o exclusión que todavía existen en la legislación colombiana, debiendo tornar el derecho en una herramienta para luchar por los derechos de quienes son marginados y excluidos.

Presentó algunas razones que explican, en su concepto, por qué en un Estado democrático de derecho, el matrimonio igualitario debe prevalecer sobre el matrimonio excluyente, de la siguiente manera:

La primera razón alegada es histórica, puesto que el matrimonio es una institución que así como hoy en día excluye a las parejas del mismo sexo, hasta hace un tiempo excluía a las mujeres y a otros grupos poblacionales. A manera de ejemplo, señaló que en la época de la Colonia, con el fin de mantener una homogeneidad racial, estaba prohibido que los españoles se unieran con indígenas, negros, criollos o mulatos. De igual forma, para el mantenimiento de la clase, la Pragmática Real sobre Matrimonios de 1776 y luego el Código Penal de 1824, otorgaron a los padres un derecho de veto sobre las uniones desiguales de sus hijos y les permitía impedir matrimonios con personas de una menor fortuna, estatus o posición social. Igualmente, recordó que en el Código Civil de 1873 se negaba la voluntad de la mujer durante el matrimonio, puesto que el hombre asumía su representación legal y no se le permitía administrar los bienes comunes.

En este contexto, destacó que las mencionadas injusticias reproducidas por el matrimonio comenzaron a cambiar en el siglo XX, por lo que la normatividad dejó de discriminar a las mujeres, los indígenas, a los pobres y otros grupos sociales. Por lo anterior, consideró que en la actualidad se escribe un nuevo capítulo en la institución del matrimonio, en el cual la Corte Constitucional tendrá la posibilidad de avanzar en la garantía de una ciudadanía plena para las parejas del mismo sexo y proteger el derecho de todo individuo a casarse sin importar con quién.

Planteó como segunda razón, la filosofía política, pues en la actualidad la unión matrimonial es una decisión libre que desarrolla el plan de vida de dos personas. No obstante, sostuvo que esa libertad es anulada cuando la unión basada en el amor de dos individuos es obstaculizada por el propio Estado. Así, advirtió que cuando la ley impide la realización de un

proyecto de vida de dos individuos que buscan conformar una familia mediante el matrimonio, se aparta del principio esencial de no intervención estatal en la esfera privada de las personas.

En la misma línea de lo anterior, consideró que en defensa de un Estado Liberal como el colombiano, y en contra del autoritarismo, el juez constitucional tiene la responsabilidad de reivindicar la libertad social que las parejas del mismo sexo reclaman para vivir en matrimonio.

Invocó como tercera razón, la razón jurídica, la cual da lugar a afirmar que desde 1994 la jurisprudencia constitucional ha avanzado progresivamente en el reconocimiento y la protección de las personas LGBTI y de las parejas del mismo sexo, motivo por el cual, expresó su deseo de que la Corte guarde coherencia con sus precedentes de protección.

En ese mismo sentido, sostuvo que se vulneran los derechos de las parejas del mismo sexo cuando los Jueces o Notarios Públicos, como servidores públicos, se niegan a unir a dos personas del mismo sexo. Sobre este punto, señaló que unir en matrimonio a una pareja que acude a sus despachos, sin importar el sexo de los contrayentes, significa actuar con una comprensión integral y sistemática de la Constitución Política y de la jurisprudencia de la Corte. Celebrar matrimonios igualitarios es, en sí mismo, una garantía para los derechos de las parejas del mismo sexo y es el deber de todo servidor público tomar decisiones que favorezcan la protección de derechos de todo ciudadano o ciudadana bajo el respeto del derecho a la igualdad.

Frente al cuestionamiento sobre si las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio civil, enfatizó en una respuesta afirmativa. Sobre este punto, señaló que la sentencia C-577 de 2011 identificó un déficit de protección frente a las parejas homosexuales que quieren conformar una familia mediante un vínculo contractual y solemne. Sin embargo, consideró que la decisión adoptada en esa oportunidad por la Corte es abierta e indeterminada y se presta para diferentes interpretaciones, las cuales son un obstáculo para el goce efectivo de los derechos de estas personas.

Por lo anterior, aseveró que es necesario que la Corte aclare de forma definitiva este asunto, aclaración que en su criterio se satisface mediante el siguiente razonamiento lógico: (i) el Tribunal Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo tienen derecho a unirse mediante un vínculo contractual de naturaleza civil y solemne, que tenga los mismos efectos que tiene cualquier matrimonio civil; (ii) mientras el Congreso no

regule el asunto, el único contrato de esa naturaleza es el matrimonio civil; en conclusión: como el Congreso no legisló sobre la materia, las parejas del mismo sexo tienen derecho a unirse mediante matrimonio civil.

En este orden de ideas, aseveró que la Corte Constitucional tiene competencia para decidir sobre el matrimonio igualitario por las siguientes razones: (i) en primer lugar, porque las democracias contemporáneas no son sinónimo del reino de las mayorías; (ii) en segundo lugar, porque la experiencia comparada demuestra que, en la práctica, los Tribunales Constitucionales han sido protagonistas en la protección del “*matrimonio igualitario*”. Al respecto, afirmó que en países como Argentina, Canadá, Sudáfrica y Estados Unidos se han abierto las puertas al matrimonio de parejas del mismo sexo mediante una decisión judicial de un Tribunal Constitucional, sin que ello afecte la estabilidad de los ordenamientos jurídicos; (iii) en tercer lugar, porque en nuestro caso, la competencia de la Corte se encuentra justificada a partir de su propio ejercicio de autorestricción, ya que en el año 2011, este Tribunal, respetando la deliberación pública, otorgó al Congreso un término de dos años para legislar en la materia y solo, cuando éste no lo hizo convocó a este espacio para pronunciarse sobre este tema.

Sobre el alcance de la figura del vínculo contractual mencionado en la sentencia C-577 de 2011, opinó que es claro que un simple vínculo contractual no puede asimilarse a la figura del matrimonio civil, por lo que el ordenamiento jurídico colombiano condenaría a las parejas unidas mediante dicho vínculo contractual a asumir cargas y a perder beneficios que no son sufridos por quienes se casan mediante matrimonio civil.

En consecuencia, señaló que son muchas las limitaciones y tratos disímiles que genera la restricción del derecho a las parejas del mismo sexo a unirse mediante el matrimonio civil, tales como: (i) no tener un estado civil de casados; (ii) incertidumbre sobre la posibilidad de celebrar capitulaciones; (iii) la falta de claridad sobre la posibilidad de afectar sus bienes al régimen de vivienda familiar; (iv) no entrar en el orden sucesoral de los cónyuges; (v) no acceder a subsidios de vivienda de interés social como núcleo familiar; (vi) no beneficiarse del visado diplomático de su pareja; y (vii) no beneficiarse de la suscripción de la red de bibliotecas públicas de su compañero o compañera.

Refirió que no son simples diferencias retóricas las que existen entre el vínculo contractual y el matrimonio civil; por el contrario, son desigualdades profundas que no pueden ser ignoradas por el juez

constitucional, ni por aquellos que tienen la responsabilidad de promover y difundir institucionalmente la defensa de los derechos.

3.8. Human Rights Watch

El ciudadano José Miguel Vivanco, Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, intervino con la finalidad de presentar argumentos orientados a sugerir a la Corte Constitucional extender el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Para estos efectos, elaboró una reseña de estándares internacionales de derechos humanos, y dividió su intervención en tres puntos: el primero, frente a los derechos humanos a contraer matrimonio y tener una familia; el segundo, en relación con el hecho de que formar una familia está directamente relacionado con el derecho a la privacidad; y el tercero, a la necesidad de que la Corte Constitucional aplique un estándar muy riguroso para evitar violar el principio de no discriminación.

Frente al primer punto, sobre el derecho a contraer matrimonio y formar una familia, señaló que: (i) estos son derechos fundamentales reconocidos en virtud del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (ii) el derecho internacional no limita el reconocimiento de estos derechos a las parejas heterosexuales, pues no existe una definición que indique que el matrimonio deba celebrarse únicamente entre un hombre y una mujer, y diversos órganos internacionales de derechos humanos de la ONU, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU y el Comité de la CEDAW, han rechazado los modelos únicos de familia; y (iii) finalmente, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado específicamente que las parejas del mismo sexo tienen derecho a tener una familia.

Sobre el segundo asunto, relativo al derecho a contraer matrimonio y a formar una familia y su relación estrecha con el derecho a la privacidad, indicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el derecho a formar una familia está directamente vinculado con el derecho a la privacidad¹⁶⁴. También ha considerado, en reiteradas ocasiones, que estos derechos en conjunto exigen que los estados adopten medidas positivas para proteger a las familias.

Señaló que en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha establecido que el derecho a la privacidad exige a los Estados brindar un

¹⁶⁴ Corte IDH. *Atala Riffo Vs. Chile*, párr.169. Ver también *Artavia Murillo*, 28 de noviembre de 2012, párr. 145.

marco jurídico específico que otorgue reconocimiento y protección a las uniones entre personas del mismo sexo en su territorio. En este sentido afirmó que, para el caso colombiano, el Congreso no ha promulgado leyes en ese sentido y esto genera una situación de incertidumbre que atenta contra los derechos de las parejas del mismo sexo.

Frente al tercer asunto relacionado con el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, afirmó que diversos órganos y tribunales de derechos humanos, incluida la Corte IDH, el Comité DESC de la ONU, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el TEDH, coinciden en que la discriminación basada en la orientación sexual se encuentra prohibida por los tratados internacionales de derechos humanos.

En los anteriores términos sostuvo que no es suficiente que exista una relación lógica de causalidad entre la norma misma y el objetivo perseguido, sino que esta debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido que no exista otra alternativa menos lesiva.

3.9. Macarena Sáez Torres

La ciudadana Macarena Sáez Torres presentó su posición a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Centró su intervención en dos tópicos principales: el primero de ellos, respecto a si los miembros de una pareja del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio civil; y, el segundo, en cuanto a si es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Respecto al primer cuestionamiento, aseguró que el Estado Colombiano tiene la obligación de aceptar el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, en virtud de: (i) el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece el principio de igualdad y no discriminación; (ii) del artículo 17.2 de la misma Convención, que al reconocer el matrimonio al hombre y a la mujer, no admite restricciones legales al matrimonio que afecten el principio de no discriminación; (iii) del principio de interpretación pro persona desarrollado por la CIADH; y (iv) de la interpretación sistemática del sistema interamericano de derechos humanos.

En relación con el segundo *ítem*, sobre la atribución de esta Corte para conocer del asunto sometido a consideración, adujo que el Tribunal Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, debido a la existencia de un déficit de

protección constitucional del derecho a la igualdad de la comunidad LGBT.

La interviniente hizo mención de las sentencias de matrimonio entre parejas del mismo sexo proferidas por las Cortes de Canadá, México, Sudáfrica, Brasil, España y Estados Unidos, resaltando que en dichos pronunciamientos se exalta la función del matrimonio que tiene que ver con el apoyo mutuo y la protección.

3.10. Thiago Amparo

El ciudadano Thiago Amparo presentó ante esta Corporación escrito de intervención mediante el cual expuso sus consideraciones a favor del reconocimiento del matrimonio civil sobre parejas del mismo sexo.

Sostuvo que frente al reconocimiento legal de parejas del mismo sexo, Colombia presenta un contexto similar al de Brasil, toda vez que ambos países: (i) cuentan con un texto constitucional muy similar; (ii) han sufrido el silencio del legislador frente al reconocimiento de una figura que otorgue estatus jurídico a las parejas homosexuales; y (iii) en ellos se reconoce la pluralidad de entidades familiares, donde no existe certeza de cuál es la categoría aplicable para estas parejas.

Señaló que en Brasil la mejor forma de proteger la igualdad de los homosexuales fue lograr un fuerte reconocimiento nacional de la igualdad de condiciones para las parejas del mismo sexo. Agregó que el día 05 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal de Brasil decidió unánimemente que el artículo 1723 del Código Civil, el cual establece las uniones civiles entre hombres y mujeres, debía ser interpretado para incluir también a las uniones entre parejas del mismo sexo.

Indicó que los jueces de dicho Tribunal reconocieron y enfatizaron que las uniones del sexo opuesto, así como las del mismo sexo son entidades de familia sujetas a los mismos criterios de *“relaciones públicas, continuas y de larga duración con el propósito de la consolidación de una familia”*. Relató que este hecho llevó a que otras ramas judiciales, como el Tribunal Superior de Justicia y otros Tribunales de Apelación en el ámbito estatal reconocieran el matrimonio para personas homosexuales, lo cual culminó con la resolución nacional del Consejo Nacional de Justicia (Conselho Nacional de Justiça –CNJ), proferida en el año 2013, que ordena a todos los oficiales del Estado aceptar las solicitudes de matrimonio de las parejas del mismo sexo en todo el país.

Explicó que la historia brasilera muestra que el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica obligan a las Cortes Constitucionales a declarar nula la desigualdad en el matrimonio. Así las cosas, la falta de reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo las perjudica, pues las priva de un derecho que tienen en virtud de la propia Constitución.

3.11. Robert Wintemute

El ciudadano Robert Wintemute presentó escrito de intervención a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. En este sentido, expuso tres argumentos para dar respuesta a las preguntas planteadas por esta Corporación en el auto de convocatoria a audiencia pública del día 30 de julio de 2015.

Frente a las preguntas uno y dos, manifestó que dentro de las instituciones públicas que definen el matrimonio civil se presenta una discriminación por orientación sexual en relación con las parejas del mismo sexo. Sostuvo que los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como son los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido estándares mínimos de protección para estas parejas en los distintos países que los integran, los cuales pueden ser acogidos por las cortes nacionales de cada Estado.

Para sustentar su tesis presentó los siguientes casos: (i) *Joslin vs. Nueva Zelanda*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2002, en el cual se determinó que las parejas del mismo sexo deben contar con el derecho a contraer matrimonio civil; (ii) *Schalk & Kopf vs. Austria*, decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el año 2010, por el que se estableció que el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos –similar al artículo 17(2) de la Convención Americana de Derechos Humanos- ya no podía ser interpretado restrictivamente sólo para parejas de sexo opuesto, sino también para aquellas del mismo sexo, aunque un número insuficiente de Estados ha cambiado su legislación en ese sentido, pues de los 47 miembros del Consejo Europeo, sólo 14 han aplicado dicha interpretación; (iii) *Oliari et altri vs. Italia*, donde la Corte Europea concluyó que Italia había cometido una infracción a su obligación positiva de garantizar que las parejas del mismo sexo cuenten con una figura que les otorgue reconocimiento y protección de sus uniones; (iv) *Atala Vs. Chile*, analizado en el año 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del cual se indicó que la escasez de consenso frente a las uniones de parejas del mismo sexo no puede constituirse en un argumento válido para restringir la protección de sus

derechos humanos, ya que no puede restringirse o denegarse el acceso a un derecho bajo alguna circunstancia basada en la orientación sexual de las persona, pues constituiría una violación al artículo 17(2) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De esa forma, aseguró que la Corte Constitucional de Colombia podría evitar una violación al artículo 17 (2) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mediante una lectura abierta del artículo 113 del Código Civil y del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, en el sentido de interpretar que la decisión libre de un hombre y una mujer no es obstáculo para que personas del mismo sexo también puedan contraer matrimonio civil. Agregó que la Constitución de Colombia no es muy diferente a las Cartas Políticas de Brasil y España, donde las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Sostuvo que la Suprema Corte de los Estados Unidos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Suprema Corte de Canadá y la Corte de California realizan un examen estricto sobre las leyes que diferencian a las parejas del mismo sexo a raíz de su orientación sexual. En este sentido, citó el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, de la Corte Europea de Derechos Humanos; así como el asunto *Obergefell*, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos, mediante los cuales se declaró que para contraer matrimonio civil no se requiere alguna capacidad procreativa.

En relación con la tercera pregunta planteada en el Auto de convocatoria a audiencia pública, afirmó que esta Corte es competente para decidir sobre el reconocimiento del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Indicó que si bien es cierto que en la mayoría de los casos por fuera de los Estados Unidos se ha obtenido un reconocimiento legal mediante los órganos legislativos y no por las Altas Cortes, el tema sometido a consideración reviste una cualidad puramente constitucional. En este sentido, sostuvo que en los países con tradición de *common law*, como Reino Unido, las cortes no tienen poder constitucional para eliminar la discriminación del sistema legislativo, pues, para efectos de aceptar el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo se necesita un Acto del Parlamento; no obstante, en los países de tradición civilista, como Colombia, Francia, Italia y España, las Cortes tienen el poder constitucional para invalidar la discriminación legal.

En Europa, el patrón de acción legislativa empezó en Holanda, en el año 2000, seguido por otros países. Agregó que la decisión de una corte en un solo país puede empezar a revertir el constante de discriminación en este

tema. Para ello, citó a la Corte Constitucional de Portugal, que en el año 2010 determinó no introducir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, pero con una votación de 3-2; como también lo fue el reciente referendo realizado en Irlanda, llevado a cabo bajo inusuales condiciones políticas, y el cual además no era necesario, pues el legislativo y la Suprema Corte tenían las facultades para reconocer el derecho a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, sin necesidad de una enmienda.

Expuso que en el caso colombiano, la tradición ha mostrado que la Corte Constitucional no ha tenido problemas en introducir modificaciones o reformas en la lectura de una ley. Para estos efectos, señaló que en el año 1997, esta Corporación se pronunció sobre la eutanasia para personas que necesitan de asistencia médica, hecho frente al cual no esperó que existiera regulación alguna por parte del Congreso de la República o de algún otro tribunal internacional, y que a su vez inspiró el reconocimiento de este derecho por parte de la Suprema Corte de Canadá. Asimismo, aseguró que el Tribunal canadiense, mediante el reconocimiento del matrimonio civil para parejas del mismo sexo en el año 2004, también puede inspirar a la Corte Constitucional de Colombia en esta materia, así como lo puede ser la Corte Constitucional de Sudáfrica, con su pronunciamiento en el año 2005, por el que emitió un exhorto de un año al Parlamento con el fin de regular las uniones de parejas del mismo sexo, y en cuyo defecto quedarían automáticamente autorizadas para contraer matrimonio civil.

Sobre la cuarta pregunta, manifestó que si se reconoce el matrimonio civil para parejas del mismo sexo, la admisión de una figura alterna ya no sería necesaria. A su parecer, no existe precedente en el mundo donde se haya reconocido una figura especial para parejas del mismo sexo con un nombre distinto al de matrimonio civil. Por el contrario, las Cortes han ordenado que las parejas del mismo sexo deben tener la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio civil, especialmente cuando la legislatura ha fallado en garantizar este derecho, así como en crear una figura altera que les otorgue reconocimiento legal.

Concluyó su intervención mencionando que en el año 2005 el Parlamento español acabó con la humillación que sufrían las parejas del mismo sexo y determinó que podían tener acceso al matrimonio civil. De esta forma, en Colombia el Congreso de la República se ha mostrado reacio a dicho reconocimiento, pero la Corte Constitucional tiene el poder y el deber de acabar con la discriminación.

3.12. Nan D. Hunter

La ciudadana Nan D. Hunter solicitó que se accediera al reconocimiento del matrimonio igualitario, pues, a su juicio, crear una unión “*de segunda clase*” para las parejas del mismo sexo resulta insuficiente, confuso e injusto para esta población.

Adujo que, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, negar el reconocimiento del matrimonio igualitario a las personas homosexuales violaría sus derechos a la igualdad y a la dignidad. Indicó que el hecho de crear un estado civil nuevo, que ofrezca todos o casi todos los beneficios del matrimonio, como ocurrió en varios Estados de su país, vulnera el derecho a la igualdad de las personas homosexuales. Por ello, se refirió a dos principios que, a su juicio, se dejaron claros en la referida sentencia proferida por la Corte Suprema de los Estados Unidos: (i) una versión de unión de “*segunda clase*”, no puede sustituir en todos los derechos al matrimonio civil; y (ii) una Corte que tenga la función de interpretar la Constitución de un país, cuenta con la autoridad y el deber de leer sus disposiciones de la manera en que mejor se realicen los principios y espíritu de las normas constitucionales.

Afirmó que las uniones “*de segunda clase*”, como lo propone la sentencia C-577 de 2011, y que han tenido lugar en los Estados Unidos, han probado ser insuficientes para lograr la protección de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, pues han sido confusas e injustas, tanto para los hijos de estas parejas como para los adultos, pues no funcionaron en la práctica por tener distinta regulación entre Estados o naciones. Tales “*experimentos*” han creado más problemas que soluciones para las parejas que han deseado acceder, de forma plena, al matrimonio.

3.13. Diego López Medina

El ciudadano Diego López Medina presentó su intervención a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Aseguró que los Magistrados de la Corte Constitucional tienen consenso moral sobre el matrimonio de las parejas del mismo sexo, pero al mismo tiempo dudan de si esa convicción puede traducirse en una de carácter jurídico, lo cual es plenamente factible a la luz de la Constitución Política. Sostuvo que la *ratio decidendi* de la sentencia C-577 de 2011 puede ser extendida sin mayores dudas a favor de las parejas del mismo sexo, pero la Corte debe resolver dos problemas fundamentales, que radican en las preguntas 3 y 4 del cuestionario planteado.

Sobre la pregunta número tres, referente a si la Corte Constitucional tiene competencia para decidir sobre el asunto, explicó que en Colombia, así como en otras partes de América Latina, luego de muchos años de experimentar con el paradigma constitucional, hay un cierto cansancio y escepticismo producto del activismo en las decisiones de los jueces, el cual, a su vez, ha llevado a un retroceso del poder judicial, pues se ha perdido la importancia que tiene la representación y la discusión política para la toma de decisiones. En este sentido, señaló que existe una corriente teórica frente a los excesos del neo constitucionalismo de los años 80 y 90, el cual ha regresado a celebrar *“las virtudes de la legislación, la representación política como foro natural para la toma de las decisiones y por lo tanto en algún sentido también a celebrar las virtudes de algo que podríamos llamar la democracia “westminsteriana”*.

Expuso estar de acuerdo con un argumento que impida los excesos de la función judicial desbordada, aunque recordó que la Constitución colombiana no es una democracia *“westminsteriana”*, sino que la Carta Política establece una de naturaleza constitucional con control de constitucionalidad, donde se prevé con toda claridad que el legislador también puede ser violador de derechos fundamentales y, además, que a pesar de su representatividad política, tiene controles judiciales establecidos en la Constitución, los cuales deben obrar en caso que el legislador u otras autoridades del Estado -o privadas- violen derechos fundamentales.

Declaró tener mucha admiración por esa nueva literatura y compartir la desconfianza frente al poder desbordado de las cortes, pero al mismo tiempo recordó que el derecho positivo colombiano establece un control judicial a las violaciones de derechos fundamentales que cometa el legislador. En este sentido, mencionó que si esto es así, entonces la Corte tiene competencia para vigilar la violación de derechos fundamentales e impedir o remediar la violación de los mismos.

Indicó que la Constitución le otorga a la Corte la competencia para decirle al legislador, que violó la Carta Política mediante la acción pública. Desde el año 2007 se ha venido aumentando de forma significativa la protección de los derechos fundamentales de las personas y de las parejas homosexuales, por eso la Corte tiene una clara competencia para ello.

En relación con los criterios que utiliza gran parte de la doctrina para saber cuándo las intervenciones judiciales son adecuadas o no, cuando hay extralimitación o no por parte de las Cortes, citó a Alexander Bickel,

quien en 1963, expuso lo siguiente: *“los jueces deben ser cuidadosos antes de meterse con una decisión del legislador” los jueces cuando deciden en contra del legislador están enfrentando algo que el llamo la “objeción contramayoritaria”*. De esta forma, aseguró que deben ejercerse las virtudes pasivas, las cuales, desde un principio consistieron en no juzgar cosas abstractas, sino en esperar los conflictos concretos, donde personas reales trajeran a la Corte los problemas y los daños concretos que estaban sufriendo por la violación de los derechos fundamentales, no adelantarse al dialogo social, etc.

Adujo que la Corte tiene competencia, porque ha sido prudente en esperar un dialogo social y una respuesta del legislador al tema planteado, especialmente en la sentencia C-577 de 2011, pues, en términos de virtudes pasivas, el Tribunal Constitucional ha ejercido restricción, esperando un dialogo social que se ha venido dando no sólo en el foro legislativo, sino también a lo largo de la opinión pública.

Indicó que el obstáculo de la Corte Constitucional radica en algún sentido en el artículo 42 de la Constitución, pero esto parece reafirmar la ortodoxia, por lo cual cree que en la sentencia C-577 de 2011, la principal dificultad se encuentra en que hay una consagración legal de la heterosexualidad forzada en el referido artículo constitucional, argumento que no es suficientemente fuerte, toda vez que el inciso primero del artículo 42 de la Constitución no es el islote de la moralidad tradicional del Texto Fundamental de 1991. Al leer con cuidado la disposición, lo que desprende es la igualdad entre el matrimonio formal y las uniones maritales de hecho.

Expresó que la Constitución Política, en el artículo 94, dice que no se negarán aquellos derechos que, sin estar reconocidos en la Constitución, son inherentes a la dignidad humana, como lo es derecho a acceder a la institución matrimonial. Adicionalmente, expuso que con frecuencia se olvida y se escapa que esta discusión es sobre el matrimonio civil de las personas, no de aquellas que fueron ante un sacerdote o pastor de alguna iglesia solicitando el reconocimiento de un matrimonio eclesiástico o religioso. Indicó que esta es una acción de tutela que busca el reconocimiento de un matrimonio y un estatus civil ante una autoridad del Estado, lo cual es un sitio público por oposición a los matrimonios religiosos eclesiásticos, autorizados por comunidades o asociaciones religiosas que pueden estar gobernados por leyes teológicas o morales internas a éstas comunidades. Asimismo, estimó que el artículo 113 Superior, en algún sentido, no restringe marginalmente la entrada a esta plaza pública, simplemente dice que no pueden ejercer su derecho fundamental de escoger sus opciones personales.

3.14. Angélica Lozano Correa

La ciudadana Angélica Lozano Correa, miembro de la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia, expuso ante esta Corporación las razones por las cuales considera que la Corte debe acceder al reconocimiento y aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

Manifestó que *“la Corte Constitucional ha sido un referente de la protección de derechos fundamentales de miembros de la comunidad LGBTI, el trabajo de la Corporación se ha encaminado a garantizar que estos ciudadanos no sean considerados como de segunda clase”*. Linealmente, expresó que durante el tiempo que fue alcaldesa de Chapinero logró un hecho sin precedentes en América Latina, que consistió en la apertura del primer centro comunitario en favor de la lucha para defender los derechos de la comunidad LGBTI, lo cual puede tomarse como un punto de partida para la producción de avances regionales sobre la materia. Declaró que aún *“no existe una política pública de los derechos LGBTI a nivel nacional ni una puesta en marcha de una estrategia interseccional que permita atender los principales problemas de la población LGBTI que se derivan de vacíos legales, estereotipos y homofobia”*.

Arguyó que los asuntos LGBTI son tratados por el Ministerio del Interior por medio de un grupo especializado en minorías, en donde entran las comunidades negras, afro descendientes, palenqueras y raizales y todos los pueblos indígenas. Aseguró que el trato dado a las comunidades resulta siendo el mismo, lo que implica una incapacidad para dar solución a los problemas específicos de cada población. En este sentido, afirmó que debido a la revisión que ha efectuado la Corte Constitucional sobre la situación de discriminación legal en la que se encuentra la población LGBTI, se ha podido avanzar en la garantía de sus derechos fundamentales.

Mencionó que fue elegida como la primera representante a la Cámara abiertamente LGBTI, y que ha centrado su trabajo en *“corregir algunas de las omisiones legislativas en temas de igualdad”*. Indicó que, no obstante, existe un déficit de derechos que fueron reconocidos por la Corte Constitucional en el año 2011, el cual hasta el momento no ha sido resuelto por la Rama Legislativa. De esta forma, aseguró que la Constitución Política de 1991 asignó dos características especiales al Estado Social de Derecho, consistentes en el pluralismo y el respeto por la dignidad humana. Por lo tanto, el Constituyente otorgó a la Corte

Constitucional la obligación de proteger la Constitución Política, además el deber de determinar el *“alcance y contenido de los derechos fundamentales que se susciten con ocasión de la acción de tutela”*.

Señaló que, cuando el órgano legislativo no cumple con el deber asignado en la misma Constitución Nacional, es la Corte Constitucional quien debe actuar realizando un control de constitucionalidad por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, la cual tiene como finalidad analizar la omisión legislativa relativa. Por lo tanto, la Corte no es un mero legislador negativo, sino que además tiene el poder de interpretar la Constitución Política íntegramente.

Indicó que desde los inicios de la Corte Constitucional, ésta ha aplicado la teoría de la omisión legislativa *“para materializar en el ordenamiento jurídico los valores, principios y reglas vertidas en la Carta Política”*. Para demostrar esto, citó como ejemplo algunos fallos hito de la Corporación: Sentencia C-221 de 1994; C-239 de 1997; C-1433 de 2000; C-767 de 2014; y C-792 de 2014, entre otros. En este mismo sentido, puntualizó que en estos fallos, la Corte Constitucional *“adoptó decisiones por medio de las cuales amplió la órbita de disposiciones jurídicas y hasta desarrolló algunas instituciones jurídicas”*; en algunas ocasiones, de manera inmediata, interpretó la Constitución con efectos *erga omnes*, sin solicitar la intervención legislativa del Congreso, por lo cual este órgano judicial tiene la competencia para extender los efectos del contrato civil de matrimonio a las parejas del mismo sexo que deseen constituir esta unión solemne.

Sostuvo que la posibilidad de intervención de la Corte Constitucional en este tema específico, reza en la misma sentencia C-577 de 2011, ya que por medio de la misma se exhortó al Congreso de la República para que legislara la unión solemne de las parejas del mismo sexo. Así las cosas, transcurrido un término más que razonable (4 años) sin que se haya emitido una norma al respecto, la Corte Constitucional debe pronunciarse en favor de la protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI. Asimismo, aseguró que el Congreso de la República se ha destacado históricamente por su aversión para legislar sobre los derechos de la comunidad LGBTI, por lo cual esta comunidad ha encontrado en la Corte Constitucional el reconocimiento progresivo de sus derechos fundamentales, hecho que puede comprobarse en los proyectos presentados para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo desde 1992 al 2015, los cuales se han archivado y retirado, para un total de 18 proyectos, dentro de los que 17 se han archivado y 1 retirado.

Afirmó que *“más del 55% de las iniciativas legislativas no fueron puestas a consideración de la comisión constitucional para su deliberación y en algunos casos ni siquiera se rindieron las respectivas ponencias”*. Igualmente, señaló que con ocasión a la sentencia C-577 de 2011, se presentaron varios proyectos de ley que terminaron archivados, de manera que en este sentido es claro que en el Congreso de la República no se ha podido conformar las mayorías suficientes que permitan impulsar un proyecto de ley. Aseguró que existe un bloqueo institucional que está perpetuando una situación de desprotección para las familias conformadas por personas del mismo sexo.

Expresó que la Corte Constitucional no sólo está legitimada por la desidia legislativa del Congreso, sino que también está obligada a otorgar una respuesta que resuelva el déficit de protección de las parejas homosexuales. Alegó que desde la expedición de la sentencia C-577 de 2011, se constituyeron los elementos jurídicos suficientes para concluir que las parejas del mismo sexo tienen el derecho a escoger un vínculo contractual que les permita constituir una unión para la protección de su núcleo familiar. Asimismo, mencionó que en este mismo fallo, la Corte Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia, y con base en esta posición *“en la sentencia C-071 de 2015 se permitió la adopción del hijo biológico de la pareja homoparental”*.

3.15. Aroldo Quiroz Monsalvo

El ciudadano Aroldo Quiroz Monsalvo intervino en la audiencia pública realizada por la Corte Constitucional dentro del Expediente T-4.167.863 AC, con la finalidad de exponer sus puntos de vista sobre la materia.

Resaltó que a partir de la Constitución de 1991, el Estado colombiano se estructuró por las bases de un Estado Social de Derecho, con las consecuencias jurídicas, ideológicas y políticas que esto implica. Señaló que en este proceso se presentaron dos confrontaciones jurídicas principalmente: **(i)** la primera, que consistió en *“la derogatoria expresa y tacita de la legislación interna”* contraria al contenido ideológico y político que contenía; y **(ii)** la segunda, referente a la constitucionalización de todo el derecho, pues el mismo debe aplicarse *“mirando el faro de la constitución como carta magna que orienta la navegación de la aplicación del derecho en todos los casos que se requiera en la solución y aplicación del derecho. En consecuencia, a esto no tuvo ajeno el derecho de familia”*.

Manifestó que la constitucionalización del derecho de familia implicó la ruptura con las instituciones patriarcales contenidas desde 1873 en el

antiguo y vigente Código Civil, lo cual generó la derogatoria y modificación “*de tales ortodoxas instituciones familiares, que tenían como base que el derecho de familia giraba sobre la institución del [pater]-familia originado en el derecho romano y canónico. Por lo tanto, el origen de la familia va tener como fuente la unión de un hombre y una mujer a través de la figura del matrimonio*”.

Indicó que se debe preguntar “¿Cuál fue la preocupación del Constituyente de 1991 por elevar a canon constitucional el derecho de las familias?”, a lo cual respondió que esta inquietud se originó en el Código Civil, donde no se regulan las nuevas formas de familia por diversos motivos, entre los cuales se encuentran: (i) la evolución en los comportamientos de los miembros de la familia, donde se ha pasado de los desajustes en hábitos, costumbres y creencias; (ii) el tránsito de la familia patriarcal a la familia igualitaria y asociativa, en la cual los miembros están menos subordinados y hay más cooperación; (iii) la coexistencia de nuevos modelos de familia que pugnan con los modelos tradicionales, como un fenómeno sociológico de aculturación; (iv) la incorporación de la mujer al campo laboral¹; (v) el desarrollo del principio de género como herramienta para desintegrar las desigualdades de derechos especialmente entre hombres y mujeres; y (vi) los avances de la ciencia en el campo de la ingeniería genética para determinar el derecho a la filiación de una persona, como también los métodos terapéuticos de la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

En este orden de ideas, declaró que con la entrada en vigencia de la nueva Constitución se han protegido otros modelos de familia diferentes a las que se consagraron en el Código Civil, por lo que nuestra Carta Política “*reconoce y protege las familias conformadas por personas del mismo sexo*”, por cuanto la Corte Constitucional ha ampliado el concepto de familia al sostener que la misma es una “*(...) comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos*”¹⁶⁵.

De igual manera, afirmó que la sociedad colombiana es multicultural y pluralista, y que esta Corporación varió su precedente al reconocer que parejas del mismo sexo pueden ser familia a partir de la sentencia C-577 del 2011, ya que en dicha decisión se consideró que “*las parejas del mismo sexo si constituyen una familia y tienen una protección constitucional; [que] las uniones homosexuales configuran una familia*

¹⁶⁵ Colombia, Corte Constitucional, (2011), Sentencia C-577 de 2011, Bogotá.

estable, de conformidad con el artículo 42 superior, especialmente cuando establece por la voluntad responsable de conformarla, supuesto este en el que, tiene origen la unión marital de hecho, como también la familia conformada por dos personas del mismo sexo”.

Señaló que también se genera otra inquietud respecto al tema que se debate, y consiste en “¿Cuál es el sustento legal que tienen los notarios o jueces civiles municipales para celebrar el matrimonio entre parejas del mismo sexo?”. Sobre el particular, consideró que la propia Constitución de 1991 responde esta inquietud, ya que la misma “*protege a las familias constituidas por parejas del mismo sexo, sustentada en los principios de la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad de querer conformar una familia*¹⁶⁶; en consecuencia, en estos principios tendrán el respaldo constitucional notarios y jueces”.

Resaltó que para el desarrollo legal de esta institución se tendrán que observar para los requisitos sustanciales las disposiciones del Código Civil, esto es los artículos 115 y sucesivos, así como lo dispuesto en el Decreto 2668 de 1998, por lo que “*las parejas del mismo sexo tendrán que someterse a los requisitos que exige el código y la citada ley para la celebración del matrimonio de las parejas heterosexuales*”.

Por último, manifestó que los efectos que origina este tipo de matrimonio, son los mismos que nacen del matrimonio de parejas heterosexuales; en consecuencia, habrá un estado civil, surgirán los efectos personales como los patrimoniales, entre ellos, la sociedad conyugal.

3.16. Esteban Restrepo Saldarriaga

El ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga presentó razones dirigidas a demostrar que el vínculo contractual a que se refiere el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011, debe ser el matrimonio civil, en virtud que, a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente en materia de igualdad en Colombia, un arreglo distinto al matrimonio con el fin de proteger a las parejas del mismo sexo violaría las dimensiones formal y material de la igualdad que garantiza el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

Sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que, el principio de igualdad ante la ley y en la ley, se resuelve en la formula aristotélica según la cual es necesario tratar igual lo igual y

¹⁶⁶ Colombia, Constitución Política, artículo 42-1.

desigual lo desigual, de manera que, para determinar si existe un trato diferenciado establecido por las autoridades públicas, bien sea por la ley, por una autoridad judicial o ejecutiva, es necesario aplicar lo que se denomina un juicio de igualdad. En este sentido, mencionó que no debe olvidarse que en muchas decisiones de la Corte Constitucional se ha afirmado que antes de proceder a realizar el juicio de igualdad existe un paso previo, es decir, la Constitución manda tratar las situaciones de hecho iguales y manda tratar de manera desigual las situaciones de hecho desiguales. Si dos situaciones son iguales, hay que tratarlas con igualdad.

Afirmó que la orden o exhorto de la Corte al Congreso se encontraba dirigido a definir: “*¿Qué mecanismo contractual podía proteger de mejor manera a las parejas del mismo sexo como familia?*”, por ello si las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo están igualmente situadas, en tanto familia, frente al acceso al matrimonio, en principio no se observa razón para establecer un trato diferenciado. En esa medida, indicó que existe un mandato derivado del artículo 13 de la Constitución, de la visión puramente formal, según el cual, es necesario extender el matrimonio a ambos tipos de parejas.

Explicó que en el constitucionalismo comparado y, particularmente, en el de los Estados Unidos, se ha dicho que el juicio estricto de constitucionalidad es estricto en teoría, pero fatal en la práctica, es decir, que cuando un trato diferenciado se somete, o un tribunal anuncia que lo someterá, a un juicio estricto de constitucionalidad, significa que hay una presunción de inconstitucionalidad del trato diferenciado y que le corresponde a la autoridad pública demostrar: (i) que ese trato diferenciado persigue una finalidad imperiosa; (ii) que debe conducir de manera directa a esa finalidad; (iii) que debe ser el único medio, a disposición de la autoridad pública, para conseguir la finalidad; (iv) que el trato debe ser proporcional en sentido estricto.

En relación con la igualdad material, sostuvo que la Corte ha sostenido, en numerosas oportunidades, que es una cláusula de erradicación de las injusticias presentes, es decir, que las autoridades públicas no pueden establecer medidas que coloquen a las personas en posición de superioridad social, las autoridades públicas no pueden establecer sistemas de castas. Eso determina que las medidas deban ser miradas desde unas perspectivas histórica y sociológica, pues la historia del mundo muestra que el matrimonio ha sido utilizado en la historia como un instrumento de ingeniería social para incluir gente o excluirla, sobre lo cual hay dos ejemplos clarísimos: (i) Durante el Tercer Reich se prohibió el matrimonio entre judíos y arios en las leyes de Núremberg de 1935; (ii) el Estado Sudafricano prohibió, en 1949, el matrimonio entre negros

y blancos; y (iii) muchos Estados del sur de los Estados Unidos antes de la guerra civil y hasta el año de 1967 prohibieron el matrimonio entre afroestadounidenses y blancos, y lo penalizaban con cárcel.

3.17. Carlos Arturo Gómez Pavajeau

El ciudadano Carlos Arturo Gómez Pavajeau presentó intervención a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Su intervención se desarrolló de la siguiente forma: en primer lugar, la historia y la historicidad del derecho natural: la búsqueda de la justicia material como su cometido; en segundo lugar, la idea de progreso y mejora: su decantación mediante el principio de progresividad; y, en tercer lugar, el matrimonio como derecho que tienen hombres y mujeres, esto es, las personas; no solamente un hombre y una mujer.

La historia y la historicidad del derecho natural: la búsqueda de la justicia material como su cometido

En este punto, hizo referencia al derecho natural de manera general, e indicó que a partir de las ideas iusnaturalistas de libertad, justicia y reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano y de sus derechos inherentes, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispuso que éstos sean protegidos por un régimen de derecho, por ello, a su juicio, surge la preocupación en torno a los Derechos Fundamentales como reflejo de expresiones como las de dignidad de la persona y derechos inherentes a la misma, sean positivados o no, lo cual muestra la impronta genética que el *ius* naturalismo le imprimió a aquellos.

Con relación a lo anterior, indicó que “*así, queda develado el carácter histórico del Derecho Natural, por tanto entonces su constante y dinámica evolución, por lo que debe rechazarse una visión estática que lleve a una “eternización del presente” o a una “modernización del pasado”, constituyéndose el derecho positivo en su fórmula de estabilización, pero jamás de petrificación, en tanto el catálogo abierto de derechos fundamentales y la constante revisión y ampliación de los ya reconocidos por la norma jurídica positiva, muestran la siempre cambiante semblanza de las fórmulas jurídicas a través de las cuales son aprehendidos y por tanto reconocidos en diferentes épocas”*.

La idea de progreso y mejora: su decantación a través del principio de progresividad

En esta parte, citó la idea de progreso de Immanuel Kant, que según Bilbeny, tiene la calidad de principio y se enfoca tanto al progreso

técnico como al moral. De esta forma, agregó que *“la idea de progreso y de mejora que caracteriza la visión de los derechos fundamentales de la ilustración es el faro que ilumina la tarea de naciones y pueblos en el tratamiento de la materia, sin que los mismos se condicionen a algún tipo específico de derecho, pues tienen la calidad de universales”* y que *“la progresividad es particularmente propia de la naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal como se desprende del artículo 2 numerales 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*.

Asimismo, sostuvo que el principio de progresividad rige para los mecanismos judiciales y para la protección de los derechos, es decir, para la previsión de garantías judiciales que permiten hacer justiciables los derechos fundamentales en un faceta gestacional y de desarrollo progresivo. En este mismo sentido, afirmó que la unión de dos personas para convivir y ayudarse mutuamente es una expresión del principio de solidaridad, el cual se potencia si además, en vez de la procreación, tienen en mira la protección de otras personas que necesitan ayuda.

El derecho al matrimonio lo tienen todas las personas, no solamente un hombre y una mujer

Señaló que una interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política llevaría a pensar que el matrimonio es una institución que excluye a las parejas homosexuales, pues a su modo de ver, *“se redundante por los arcaicos intérpretes que allí se involucra sólo a un hombre y a una mujer”*. Añadió que si se repara en la consagración del derecho a la familia como derecho social, que trae el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Ley 74 de 1968- en la parte final del numeral 1º de su artículo 10, se evidencia que no *“hace ninguna distinción entre hombre y mujer, simplemente afirma que “el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”*.

En ese mismo sentido, adujo que no pueden hacerse cuestionamientos morales en nuestra sociedad frente al matrimonio entre parejas del mismo sexo, toda vez que la libertad puede ejercerse siempre que no afecte los derechos de los demás y el orden público.

Aseguró que los funcionarios judiciales y notariales no cometen ni delito ni falta disciplinaria cuando celebran matrimonios entre parejas del mismo sexo, toda vez que realizan un acto formal y materialmente justo, acorde con el Derecho y la Justicia Material.

3.18. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República

El ciudadano Guillermo Rivera Flórez, Consejero Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República, en escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015) presentó su intervención en el marco de la Audiencia Pública del expediente T-4.167.863 AC.

Reafirmó que el respeto a la vida y a la dignidad humana es la columna vertebral del Estado colombiano por lo cual es necesario garantizar a todos los colombianos el goce pleno de todos y cada uno de los derechos constitucionales y de tratados internacionales. Agregó que la población LGBTI ha sido discriminada debido a su identidad de género y/o su orientación sexual, debido a los prejuicios existentes. Dicha discriminación debe ser atacada por las entidades estatales, adelantando reformas políticas y jurídicas que permitan a esta población ejercer efectivamente sus derechos fundamentales.

Consideró que el matrimonio no es una institución rígida, la cual se encuentra en continua adaptación a las nuevas necesidades, evoluciones y desarrollos sociales. En sustento de ello, cita algunos casos como el de Estados Unidos, en donde hace unos años el matrimonio interracial era prohibido, actualmente dicha interdicción sería absurda; de igual manera, en este mismo país, la Corte Suprema estableció que el matrimonio también se podía llevar a cabo entre parejas del mismo sexo.

Afirmó que en Colombia es indiscutible la desprotección que sufren las parejas del mismo sexo al no poder solemnizar su unión a través de algún contrato jurídico, lo cual fue analizado y concluido en la sentencia C-577 de 2011, en la que la Corte Constitucional reconoció dicho déficit, el cual resulta en que un grupo significativo de personas no pueden gozar plenamente de sus derechos fundamentales a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía.

Reiteró que, en algunas ocasiones, la misma Corte ha considerado que las parejas homosexuales no pueden ser consideradas como familia. Dicha diferenciación ya no es jurídicamente admisible, teniendo en cuenta que la única razón que se encuentra para establecer un trato diferencial en relación con parejas heterosexuales, es su condición sexual, criterio que ha sido considerado por el Alto Tribunal como “*sospechoso*”.

En atención a los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Estados Unidos para efectos de reconocer el matrimonio igualitario, consideró

que la discusión giró en torno a la enmienda número 14 que establece las cláusulas del debido proceso e igualdad de los ciudadanos ante las jurisdicciones, indicó que el máximo Tribunal judicial fue enfático en señalar que el asunto de debate guardaba estrecha relación con la protección de los derechos a la igualdad y libertad, y concluyó que el matrimonio es un derecho del que deben gozar todos, incluso las parejas del mismo sexo.

Consideró que en Colombia, al igual que en Estados Unidos, existen niños y niñas que están bajo el cuidado, cariño y protección de familias conformadas por parejas homosexuales, y que esta es una situación que ya ha sido analizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-617 de 2014.

Sostuvo que, de conformidad con el concepto de “*constitución viviente*”, en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulta sostenible desde la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad. En este entendido consideró que la Corte Constitucional tiene competencia para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Refirió que si bien los escenarios democráticos deben ser la fuente principal para generar cambios normativos, esto no puede significar que un grupo de ciudadanos – al cual ya se le reconoció un déficit de protección- tenga que esperar a que las mayorías decidan la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos humanos; esto sería completamente contrario al propósito de la Constitución, ya que los derechos se deben garantizar de forma permanente a todos los ciudadanos y no pueden quedar suspendidos a la espera de las dinámicas públicas.

En atención a lo anterior, consideró que el juez constitucional no puede quedarse pasivo ante la inactividad del legislador, en detrimento de los derechos fundamentales de un grupo poblacional. Arguyó que la desprotección de las parejas del mismo sexo, sin duda excede los márgenes admisibles y por lo tanto, la labor de la Corte Constitucional debe ir más allá de señalarla o reconocerla; debe llenarla de contenido para poder superar una situación de vulneración de derechos fundamentales. El hecho de que la Corte haya establecido un término para que el legislador regulara la materia, es una muestra clara y

fehaciente de que le parece inadmisibles que esta desprotección perdure en el tiempo.

Afirmó que si bien la Corte Constitucional indicó que si al cumplirse el término el legislador no se hubiere pronunciado, las parejas tienen el derecho a acudir a jueces y notarios para formalizar y solemnizar su vínculo contractual, es necesario que se establezcan las consecuencias jurídicas del cumplimiento de dicha orden ya que de lo contrario, esta no estaría teniendo un efecto práctico y real en la finalidad última de las providencias de la Corte Constitucional; la cual es la protección de derechos fundamentales.

Dispuso que en el estado actual de las cosas, para que exista una efectiva protección de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, el vínculo contractual que debe ser celebrado en cumplimiento de la sentencia C-577 de 2011, es el matrimonio, pues al ser estos considerados como familia, merecen – como se señaló con anterioridad – la misma protección que cualquier otra familia de la sociedad colombiana.

Así entonces, las parejas homosexuales – al igual que las heterosexuales – tienen el mismo derecho para decidir libremente cómo conformar una familia, y esto incluye la posibilidad de poder escoger que sea a través de un vínculo jurídico contractual como el matrimonio. De tal manera, la mejor forma de garantizar la protección es bajo el entendido de que los jueces y notarios deben celebrar el contrato de matrimonio a las parejas del mismo sexo que así lo deseen.

Consideró que es mediante la celebración del contrato de matrimonio que se puede superar el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo, en tanto que no puede ser firmando un documento cualquiera ante notario o juez, sino que debe contener unos derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas claras, pues por más que se solemnice o protocolice un documento, el déficit de protección no será superado.

Enfatizó en que si bien la Corte dispuso que el Constituyente reconoció expresamente el matrimonio entre heterosexuales como una de las formas para conformar familia, no debe interpretarse que ésta le impuso o mencionó la imposibilidad de que el vínculo entre las personas del mismo sexo fuera el matrimonio. Así, los Jueces y Notarios Públicos que celebren el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo, lo están haciendo en cumplimiento expreso de los principios u mandatos constitucionales, en tanto la interpretación que se le deba dar a la

sentencia de la Corte Constitucional debe ser aquella que mejor garantice la protección de los derechos fundamentales de las personas y que permita verdaderamente superar el déficit de protección.

Sostuvo que aceptar que se celebre el matrimonio entre personas del mismo sexo, no desconoce de ninguna manera los derechos de las familias de parejas heterosexuales constituidas mediante matrimonio, en tanto éstos siguen siendo los mismos y gozan de la misma protección; en nada se ven afectados o menoscabos los derechos de las personas que contraen matrimonio entre personas de diferente sexo, si las personas del mismo sexo los celebran entre sí.

3.19. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

La profesora Diana Carrillo González, en representación de la Universidad Nacional de Colombia, presentó intervención ante esta Corte con la finalidad de sugerir la aplicación del principio de interpretación por analogía o una sentencia integradora, según lo ha desarrollado en precedentes anteriores, por medio de la cual *“el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal”*¹⁶⁷.

Indicó que en casos anteriores, como en sentencias C-831 de 2010 y C-291 de 2015, la Corte Constitucional logró superar el déficit de protección que existía sobre ciertos derechos como consecuencia de la omisión legislativa del Congreso de la República. Agregó que en esos asuntos, la Corte emitió sentencias integradoras que lograron identificar los supuestos de hecho que habían sido prescindidos por el legislador, con lo cual eliminó la desigualdad o la vulneración de derechos que se presentaba.

Adujo que mediante sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional, refiriéndose a las parejas del mismo sexo, sostuvo que *“hoy por hoy (...) no existen razones objetivas que justifiquen tratamiento diferenciado. Ocho años después todavía no existen, y cuando se esbozan, por norma del ius cogens, debemos revisarlas como sospechosas”*. Por esta razón, expuso que el debate debe aportar nuevos elementos que conduzcan al goce efectivo del derecho a la igualdad y a la protección del principio de no discriminación, pues considera que es un reto histórico para nuestra nación.

¹⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2015.

Declaró que el debate actual se centra en una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, la cual, según lo establece la sentencia C-120 de 2013, requiere de una interpretación constitucional “*democrática, justa y equitativa*”, para cumplir el deber de procurar el desarrollo legal necesario para hacer frente a esta discriminación, por ello, “*el órgano de control constitucional es el llamado a ajustar el contenido normativo a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador*”.

3.20. Universidad de Los Andes

Como representante de esta institución universitaria, se presentó la doctora Isabel Cristina Jaramillo, quien realizó su intervención a la luz de la dogmática jurídica del derecho de familia, especialmente en lo que se refiere a la importancia de considerar el contexto de interpretación doctrinal del contrato de matrimonio actual, en virtud del cual, se percibe a dicho contrato como excepcional, por lo menos en dos sentidos: (i) es el único que puede modificar el estado civil de las personas; y (ii) no puede someterse a ningún plazo ni condición.

Consideró que se puede estar en desacuerdo con la idea de que el contrato de matrimonio sea excepcional, pues “*lo importante es que la crítica a la excepcionalidad del contrato de matrimonio sí ha estado orientada a mostrar que la irracionalidad de las emociones es parte misma de lo que consideramos más racional, y que todas las relaciones involucran siempre unos aspectos racionales y unos aspectos irracionales*”.

Indicó que las relaciones de comunidad, ciudadanía y nacionalidad, son relaciones de tanta dependencia o interdependencia en las sociedades contemporáneas, como las relaciones mismas de la familia. “*En ese sentido, el contrato de matrimonio no tendría por qué verse como especialmente distinto de otros contratos que también involucran a otras comunidades, ya sean comunidades civiles o comunidades políticas*”.

Manifestó que “*estar en desacuerdo con la excepcionalidad del contrato de matrimonio, no es lo mismo que pensar que esa excepcionalidad no existe, o que no es parte del contexto de interpretación en el que va a aterrizar una cierta regla. Entonces, asumir la crítica de la excepcionalidad del contrato de matrimonio implicaría por ejemplo dejar en manos o aceptar que puede haber toda suerte de contratos innominados en el campo de las relaciones maritales, y por lo tanto aceptar que sean los mismos contratantes los que decidan si este es uno*

de esos contratos capaces de modificar el estado civil, si ese contrato va a ser sometido a plazos o va a ser sometido a condiciones, si ese contrato va a tener algunas consecuencias patrimoniales y de qué tipo van a ser”.

Finalmente, expresó su opinión personal respecto al tema, en el sentido de que *“este cambio me parece que no sería prudente, sería un cambio razonable y deseable probablemente, pero a la luz de las circunstancias que dan origen al caso no pareciera que la Corte tuviera suficientes elementos para tomar todas las decisiones que serían deseable que tomara a la hora de involucrarse en una transformación completa del régimen. De esa manera, lo más prudente sería adoptar la interpretación que ya muchos han hecho de sus sentencias, y es que si se va a aplicar a las parejas del mismo sexo todas las reglas que conciernen al matrimonio de las personas heterosexuales, entonces debemos decir que de lo que se trata es del matrimonio de las parejas del mismo sexo y de las personas con orientación sexual diversa. Esta garantía o este añadir la palabra matrimonio, no es irrelevante, es importante y es la única garantía que podría llevar a suplir el déficit de protección que la Corte ha identificado para las parejas del mismo sexo, y es la única solución que se corresponde con el contexto de interpretación, salvo que la Corte quisiera tomar la decisión de dar el salto de modificar el régimen de excepcionalidad del contrato de matrimonio para transformarlo en un régimen distinto”.*

3.21. Universidad Libre de Colombia

Los ciudadanos Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Gustavo Alejandro Castro Escalante, presentaron respuesta a los interrogantes planteados en el Auto de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015).

Afirmaron que las autoridades notariales y judiciales incurrirían en desacato frente a la sentencia C-577 de 2011, en aquellos supuestos en los cuales se nieguen a solemnizar las uniones entre parejas del mismo sexo, pues la Corte emitió órdenes directas a estas autoridades para reconocer dicho vínculo.

En relación con la vulneración de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, sostuvieron que la sentencia C-577 de 2011 reconoció con claridad el derecho que tienen las mismas de *“formalizar su unión mediante un contrato solemne”*, de manera que, al momento en que los jueces se niegan a perfeccionar esta figura, incurren en una violación de los derechos fundamentales de esas parejas, como a tener una familia que sea protegida por el Estado, así como *“el derecho a un*

trato igualitario frente a los otros tipos de familias existentes en nuestro país”.

Aseguraron que el derecho internacional reconoce para todos los seres humanos los mismos derechos sin distinción alguna, lo cual no es una concesión generosa, sino una garantía que permite a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio civil.

Declararon que a la Corte Constitucional le hizo falta contundencia al definir el derecho que le asiste a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, hecho que contribuyó a generar inseguridad jurídica cuando se trata de definir el contrato solemne. Expusieron que en la sentencia C-577 de 2011, la Sala Plena de esta Corporación indicó que, en virtud del artículo 42 Superior, no es posible aplicar el contrato de matrimonio a las parejas del mismo sexo, toda vez que por dicha norma se consagra la conformación familiar desde la base de la pareja heterosexual.

Señalaron que, no obstante lo anterior, la Corte indicó que ello no significaba que las parejas del mismo sexo no gozaran del reconocimiento de sus derechos.

Manifestaron que el Tribunal Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Frente al alcance del vínculo contractual solemne entre parejas del mismo sexo, dispuesto por la sentencia C-577 de 2011, adujeron que se encuentran reunidos los requisitos para realizar una aplicación por interpretación analógica de las normas concernientes al matrimonio civil.

Por último, hicieron un llamado a la Procuraduría General de la Nación para que no promueva acciones de tutela contra jueces para oponerse a las solicitudes de matrimonio civil realizada por personas del mismo sexo, sustentadas en el derecho fundamental al debido proceso.

3.22. Universidad Externado de Colombia

La ciudadana Magdalena Correa Henao¹⁶⁸, en su intervención dentro de la audiencia pública del treinta (30) de julio de dos mil quince (2015), trató dos temas fundamentales: en primer lugar, que la Corte Constitucional es competente para autorizar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo y esta decisión no debe trasladarse al Congreso;

¹⁶⁸ Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

y, en segundo lugar, que la única forma de superar el déficit de protección que enfrentan las parejas del mismo sexo es con el contrato de matrimonio civil. Por consiguiente debe aplicarse analogía a su favor.

Presentó las razones por las cuales a juicio de la universidad la Corte Constitucional es competente para autorizar que las parejas del mismo sexo formalicen su relación familiar con el contrato de matrimonio actualmente vigente en el ordenamiento colombiano y los motivos por los cuales a su juicio no debe delegar la toma de esa decisión al Congreso de la República. Sobre este punto señaló que como la función primordial de la Corte Constitucional es defender los derechos fundamentales de los grupos que han sido históricamente discriminados o marginados del proceso político, es competente para autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Señaló que el matrimonio civil es la única institución jurídica que permite dar lugar a una familia. De esta forma, al encontrar la familia definida como núcleo fundamental de la sociedad, se tiene que la misma se encuentra enmarcada por normas de orden público, lo cual implica que las partes involucradas no pueden modificar el contenido de dichas normas y su incumplimiento genera consecuencias previstas en el mismo ordenamiento. Así las cosas, aseguró que si se pretende excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio civil, sólo queda recurrir a contratos innominados o atípicos, los cuales desconocen las normas de orden público que regulan el derecho de familia y provocaría una desprotección de aquellas conformadas por parejas del mismo sexo, *“puesto que los deberes y derechos que surgen entre los miembros de este tipo de familias, quedan al arbitrio de los contratantes”*.

Resaltó que como las normas que regulan el matrimonio son de orden público por orientarse a la protección de la familia como institución básica de la sociedad, estas tiene efectos particulares de orden formal y material que no existirían de elegirse una *“figura contractual innominada o atípica”*, hecho que perpetuaría a su juicio *“la inseguridad jurídica y la discriminación a la que se encuentran sometidas actualmente las parejas del mismo sexo”*. En este sentido, agregó que:

Por último, expuso que la única diferencia entre las parejas compuestas por personas heterosexuales de las parejas del mismo sexo, es una cuestión que ha sido considerada como categoría sospechosa de discriminación, esto es, el sexo y la orientación sexual de los contrayentes. Ello implica que esa diferencia fáctica debe entenderse como irrelevante en un Estado que se llame democrático y de derecho.

4. INSTITUCIONES Y PERSONAS QUE, POR DIVERSAS RAZONES, ESTIMAN QUE LA CORTE DEBE NEGAR LAS ACCIONES DE TUTELA

4.1. Procuraduría General de la Nación

La Viceprocuradora General de la Nación, doctora Martha Isabel Castañeda Curvelo, aclaró que la finalidad de la intervención del Ministerio Público era en pro del interés general, considerado como la división de poderes, la supremacía de la Constitución, el respeto de los principios democrático, de legalidad y de soberanía popular. Por lo tanto, explicó que las acciones de tutela no se dirigían contra alguien, ni contra algún grupo en específico. En este sentido, presentó los siguientes argumentos para sustentar su tesis y dar respuesta a cada una de las preguntas formuladas por la Corte Constitucional.

¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

Indicó que los Jueces y Notarios Públicos que no celebran matrimonios entre personas del mismo sexo, no vulneran los derechos de las mismas, ya que actúan de conformidad al ordenamiento jurídico vigente. Señaló que si la Corte obliga a estos funcionarios a celebrar y registrar tales matrimonios se tergiversarían y eliminarían los elementos del matrimonio y los de la familia con sus respectivos resultados sociales.

Manifestó que el ordenamiento jurídico colombiano no establece el derecho a las personas del mismo sexo a contraer matrimonio y que la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional ha sido malinterpretada, porque dentro de la misma no existe pronunciamiento en ese sentido. Señaló que la sentencia C-577 de 2011, indica claramente que el matrimonio “*está reservado constitucional y legalmente para parejas heterosexuales*”, sin embargo, en este sentido la Corte declaró la existencia de un déficit en la protección jurídica de la población LGBTI, “*pues encontró que en las instituciones existentes en todo nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo por supuesto el matrimonio, no hay una que les dé la protección jurídica que se consideró que requieren*”.

Consideró que lo que se está buscando con la aceptación del matrimonio de parejas del mismo sexo, es la desintegración de la familia, tanto en la realidad practica como en el ordenamiento jurídico. De esta manera, aceptar el matrimonio de personas del mismo sexo no sería ampliar el

concepto de matrimonio, sino redefinirlo, y en este sentido, desnaturalizarlo.

Estimó que el hecho de aceptar la existencia del matrimonio de parejas del mismo sexo, conllevaría a dos presupuestos: (i) que el hombre y la mujer son idénticos y pueden sustituirse el uno al otro; y (ii) que no tiene ningún valor o, que, en todo caso, puede sustituirse el modelo en el cual los niños tengan un padre y una madre, hecho que provocaría la invalidez de toda idea de paternidad compartida y complementaria, porque simplemente se considerará suficiente con el simple supuesto de ser adultos.

¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?

Afirmó que la Corte ya realizó un pronunciamiento en la sentencia C-577 de 2011, y estableció que es el Congreso de la República el encargado de dar respuesta a esta solicitud. De esta manera, manifestó que si la Corte se arroga competencia para dar respuesta a este conflicto podría existir una extralimitación de la Rama Judicial, que llevaría como consecuencia, la vulneración al principio de separación de las ramas del poder público.

Indicó que se refuerza la postura consistente en que mediante una sentencia de unificación de tutela no sería dable desconocer los razonamientos jurídicos sobre la institución del matrimonio contenidos en los fallos de constitucionalidad indicados y predicar un alcance diferente y una competencia por fuera de la órbita del Congreso de la República. Por lo tanto, esta problemática no puede ser resuelta por medio de un fallo de tutela, así fuese una sentencia de unificación, teniendo en cuenta que esta clase de fallos tienen carácter de obligatoriedad sólo para las partes.

¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011?

Sostuvo que el vínculo contractual del que se habla en la sentencia C-577 de 2011, no corresponde al negocio jurídico matrimonial ya que precisamente dentro del fallo se refieren a una figura jurídica como un “vínculo contractual” realizando una distinción con la figura del matrimonio. Es evidente que la figura del matrimonio constitucionalmente, se encuentra reservada para las parejas heterosexuales.

4.2. Organización Alliance Defending Freedom

Neydy Casillas Padrón, Sofía Martínez Agraz y Natalia Callejas Aquino, representantes de la organización *Alliance Defending Freedom*, intervinieron en el proceso de la referencia para resaltar la importancia de conservar el matrimonio entre hombre y mujer de acuerdo a lo estipulado por la Constitución Política de Colombia en atención a las siguientes ideas centrales: la primera, en relación con la concepción histórica de la institución del matrimonio; la segunda, con respecto a la falta de poder constitutivo que tiene el Estado sobre la institución del matrimonio; la tercera, sobre la relación intrínseca entre el concepto de familia y el concepto de matrimonio; la cuarta, sobre las consecuencias que devienen de modificar la estructura social; la quinta, en relación con las diferencias biológicas que existen entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y su incidencia en la institución del matrimonio.

Indicaron que históricamente el matrimonio ha sido una promesa personal entre un hombre y una mujer con una finalidad pública, el cual constituye el fundamento de la familia que es génesis primario de la sociedad, preservado por los gobiernos para la perpetuación de la sociedad. En este sentido, señalaron que la institución social del matrimonio es natural, intrínseca y *a priori* de la constitución del Estado moderno que no tiene como finalidad la simple felicidad y placer de las partes, sino que implica una relación estrecha con la familia y el desenvolvimiento de la misma en sociedad.

Consideraron que si se entiende al matrimonio como una institución de carácter social, natural y previa al Estado, éste no puede tener un poder constitutivo sobre el mismo, por cuanto las leyes y él mismo únicamente reconocerán esta unión porque tienen un interés particular en protegerlo, pero no depende de ellos su definición. De igual forma, adujeron que cuando se habla de matrimonio resulta fundamental referirse a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en este sentido resaltaron que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales, que han establecido que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y es por ello que tiene derecho a la protección de la sociedad del Estado.”*

Afirmaron que se contempla el matrimonio sólo para la unión entre un hombre y una mujer debido a que a partir de ello existe la procreación. De igual manera indicaron que el Comité de Derechos Humanos de

Naciones Unidas ha sostenido que el derecho a casarse y fundar una familia, contemplado en el artículo 23 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, debe entenderse reservado exclusivamente para la unión del hombre y la mujer, en vez de “*todo ser humano*”, “*todos*” o “*para todas las personas*”, como lo hace en las disposiciones.

4.3. Fundación Marido y Mujer

El Presidente de esta fundación, Javier Armando Suárez, intervino en la audiencia pública realizada dentro del expediente T-4167863 (AC), donde respondió a cada una de las preguntas formuladas por la Corte Constitucional. Sobre el particular, sostuvo lo siguiente:

¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

Indicó que no existe ningún tipo de vulneración a los derechos fundamentales por cuanto éstos últimos solo pueden reclamarse si se cumplen los presupuestos normativos consagrados en las normas.

Resaltó que de conformidad con el artículo 42 Superior y los artículos 113 y 115 del Código Civil, para estar legitimado para celebrar el contrato de matrimonio es necesario que los contrayentes sean un hombre y una mujer. Aseguró que únicamente las personas individuales que cumplen con tales exigencias pueden acudir ante las autoridades para que apliquen el presupuesto normativo y hacer efectivo el goce de tales derechos.

Indicó que en todos los casos que hacen parte del proceso de la referencia ha participado la sociedad civil, en donde la Fundación Marido y Mujer ha sido su vocera, no se cumplen los presupuestos constitucionales o legales que le permitan a las autoridades judiciales o notariales formalizar el contrato de matrimonio. La recta interpretación de la Sentencia C-577 de 2011 y la aplicación del artículo 42 Superior y los artículos 113 y 115 del Código Civil, evidencian que las parejas del mismo sexo que acuden para celebrar un contrato típico como el de matrimonio, no cuentan con el requisito de capacidad que exige la ley.

¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?

Resaltó que para acceder a la institución del matrimonio, la Constitución, la ley civil y la jurisprudencia han establecido que se realiza mediante un contrato en el cual se exige a las partes unas condiciones determinadas para celebrarlo.

En ese mismo sentido, indicó que existen distintos tipos de vínculos, y relaciones jurídicas que las personas pueden establecer, en el ámbito del derecho privado, amparado por el Estado, y algunos que tienen trascendencia social como el caso del matrimonio, el cual por su función social por participar en él dos personas del sexo opuesto, ha sido tipificado en la ley con los requisitos, formalidades, efectos y obligaciones o derechos correspondientes. Indicó que la unión entre un hombre y una mujer “*para conformar una pareja*” tiene trascendencia en la sociedad, donde el Estado cuando establece su marco regulatorio.

¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?

Señaló que esta Corporación no es competente para tomar decisiones con valor normativo obligatorio sobre el contrato de matrimonio, y tampoco de la modificación del estado civil de las personas. Consideró que tales normas le corresponde dictarlas exclusivamente a los representantes del pueblo en el Congreso, mediante ley, dentro del sistema de la democracia representativa establecido en la Constitución de 1991. De acuerdo con el artículo 42 de la Carta, corresponde a la ley civil determinar lo relativo a las formalidades y deberes y naturaleza del matrimonio. Lo mismo en cuanto se refiere al estado civil de las personas.

¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011?

Afirmó que en Sentencia C-577 de 2011 el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho para expresar el consentimiento en sus acuerdos contractuales expresados ante un Juez o Notario Público para solemnizar y formalizar el vínculo contractual no se refiere al contrato de matrimonio. De igual manera, indicó que el alcance y características del referido vínculo contractual, exige que sean las partes quienes señalen en tal acuerdo los efectos correspondientes. Solamente el legislador podrá dentro de su libertad de configuración normativa señalar las precisas formalidades adicionales de esas

relaciones jurídicas para dotar de contenido o efectos a tales relaciones jurídicas.

4.4. Robert P. George

El ciudadano Robert P. George presentó intervención dentro del proceso de la referencia y expuso sus consideraciones a favor del concepto histórico y actual del matrimonio civil.

Expresó que se encuentra preocupado por la redefinición que la sociedad le ha dado al concepto de matrimonio, al abolirlo como categoría jurídica y al reemplazarlo por un nuevo concepto. En este sentido, explicó que el matrimonio, como una unión conyugal entre un hombre y una mujer, es un vínculo que únicamente se encuentra estructurado para la procreación y la educación de los hijos, tanto así, que el motivo por el cual las sociedades reconocen la institución del matrimonio, es porque quieren maximizar las oportunidades para que los niños sean educados dentro del vínculo marital de su madre y de su padre.

Expuso que en Estados Unidos, como resultado de una decisión reciente de la Corte Suprema, se cometió el error al redefinir el matrimonio como una forma de compañía sexual, romántica o sociedad doméstica, y se ha reasignado la etiqueta de “*matrimonio*” a ese nuevo objeto. En este sentido, aclaró que este nuevo objeto nunca podrá ser lo que es el matrimonio, y lo que ha sido históricamente, así como tampoco podrá ser la institución única en una sociedad que asegura, en la medida de lo posible, que los hijos sean educados en el vínculo amoroso y comprometido de una madre y un padre.

4.5. Marco Fidel Ramírez Antonio

El señor Marco Fidel Ramírez Antonio, Concejal de Bogotá, presentó intervención ante esta Corporación, mediante la cual dio respuesta al cuestionario planteado para el desarrollo de la audiencia y expuso las razones por las cuales considera que debe protegerse la institución actual del matrimonio.

Afirmó que por medio de la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “*un hombre y una mujer*” contenida en el artículo 113 del Código Civil, así como igualmente se declaró inhibida para pronunciarse respecto la expresión de “*procrear*” de la misma norma. En este sentido, aseguró que en este fallo la Corte exhortó al Congreso, para que antes del 20 de junio de 2013 legislara de manera organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, ante

cuyo defecto, podrían acudir ante el juez competente o ante el notario para formalizar y solemnizar su vínculo contractual. De esta forma, señaló que la Corte nunca mencionó que dicho vínculo consistía en la celebración del matrimonio.

Adujo que la jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos del vínculo contractual del matrimonio civil, donde se reconoce que éste es celebrado por parejas heterosexuales; así como también, se ha enfocado en el ámbito patrimonial de las parejas homosexuales y ha reconocido diferentes derechos contenidos dentro de la figura de la unión marital de hecho. Sostuvo que la única figura apta para el propósito buscado por las parejas del mismo sexo *“es la denominada unión civil o registrada, la cual difiere de la institución del matrimonio y de la unión de hecho”*, toda vez que en la sentencia C-577 de 2011, la Sala Plena de esta Corte reconoció la necesidad que existe de crear una figura legal y especial para las uniones de parejas del mismo sexo, a lo cual sólo quedaría la creación y regulación de la misma, función que se encuentra en cabeza del Congreso de la República.

Alegó que el hecho de haberse reconocido unos beneficios emanados de la figura de unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo, no implica que se haya autorizado la celebración de un vínculo de carácter matrimonial a las mismas.

4.6. Clara Lucía Sandoval Moreno

Dentro de su intervención ante los Magistrados de esta Corporación, la Concejal por Bogotá, Clara Lucía Sandoval Moreno, expuso consideraciones a favor de la institución histórica y actual del matrimonio civil, así como la obligación del Estado en protegerla. Sostuvo que deben respetarse las diferencias y el derecho a pensar distinto, como lo es el derecho a no estar de acuerdo con la utilización del concepto de matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

Aseguró que la Corte fue clara al referirse que las uniones conformadas por parejas del mismo sexo tienen un déficit de protección que debe ser subsanado, por ello la sentencia C-577 del 2011 exhortó al Congreso de la República a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales a través de la creación de una institución contractual, pero que la definición y especificación de la misma no es una labor que le corresponde a la Corte, por cuanto se debe responder al déficit de protección sin afectar el ordenamiento jurídico.

Explicó que dentro de la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 113 del Código Civil y exhortó al Congreso de la República a legislar sobre el tema. En este sentido, manifestó que los Notarios Públicos que se han negado a celebrar matrimonios de parejas del mismo sexo lo han hecho con base en la Constitución, la ley y la misma sentencia C-577 de 2011. En este sentido, sostuvo que a partir de esa advertencia es claro que no existe imperativo constitucional de darles tratamiento igual a las parejas del mismo sexo frente a las parejas de sexo opuesto, de manera que es importante establecer un vínculo contractual que le reconozca derechos a las primeras, pero en respecto a la institución del matrimonio.

Indicó que cualquier decisión dirigida a modificar la institución del matrimonio civil se encuentra en cabeza del Congreso de la República, pues así lo estableció el Constituyente Primario de 1991.

Expuso que la lucha por la institución matrimonial tiene una gran relevancia en nuestra sociedad, pues su configuración a través de la historia tiene un arraigo en el principio monógamo-heterosexual que busca fortalecer los lazos sociales y familiares. De esta forma, considerar que esta institución sea un concepto amplio o se vincule al *Poliamor*, plantearía no sólo un cambio al ordenamiento jurídico, sino una reestructuración social y cultural de la que todo un pueblo tendría que ser parte. “*¿Por qué no preguntarle al pueblo?*”.

Manifestó que con la audiencia pública se ha pretendido resolver a última hora un tema sobre el cual ya la Corte Constitucional se había pronunciado. Por esta razón, planteó las siguientes preguntas a todos los sectores presentes en el auditorio: “*¿Algunos de ustedes han hecho uso de la iniciativa popular legislativa para exigirle al congreso que legisle sobre lo ordenado por la sentencia de la Corte Constitucional?*”; “*¿Acaso el Ministro del Interior o el Ministro de Justicia presentes en esta audiencia han presentado algún proyecto de ley para la creación de ese vínculo que protege los derechos que dicen defender hoy?*”.

Sobre dichas preguntas, la Concejal respondió que nada se ha hecho, sino que de nuevo se acude a la instancia de la tutela, que tiene efectos interpartes, para abusar del derecho y pretender que esta Corte legisle sobre un tema a base de sentencias. En este sentido, aseveró que la Corte Constitucional no puede vaciar la competencia que es exclusiva del órgano Legislativo, sino que corresponde al Congreso de la República determinar la legislación respectiva en esta materia, como quedó consignado en la sentencia C-577 del 2011.

Indicó que es importante aclarar que el hecho de no aprobar el matrimonio entre personas de mismo sexo no desconoce el derecho a constituir o ser familia, ya que existe bastante jurisprudencia al respecto. Explicó que muchos de los intervinientes a favor de la aplicación de dicha figura legal a las parejas del mismo sexo, aseguraron que de no accederse a ello, se afectaría el derecho de las mismas a constituir familia, aunque este es un argumento desvirtuable, pues ya la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades que el matrimonio no es la única forma de constituir familia.

Agregó que es errónea la consideración según la cual el matrimonio entre un hombre y una mujer, dispuesto por el Código Civil, es discriminatorio, toda vez que el artículo 113 de dicho código no obliga a ninguna persona a renunciar a su orientación sexual o a contraer matrimonio, lo que no impide que se cree el vínculo contractual con igualdad de derechos y obligaciones a los establecidos en el matrimonio.

4.7. Jairo Ricardo Pinilla González

El ciudadano Jairo Ricardo Pinilla González, biólogo genetista de la Universidad Javeriana, expuso consideraciones a favor del concepto histórico y actual del matrimonio civil. Desarrolló su intervención en dos partes: en la primera, presentó la posición personal con respecto a los fallos de la Corte sobre la figura jurídica aplicable a las uniones entre parejas del mismo sexo, en la que hizo una precisión para que los Magistrados vieran las interpretaciones que hacen quienes se dedican a las ciencias básicas y a las ciencias positivas y empírico analíticas; y, en la segunda, presentó argumentos por los cuales consideró que el tema, como ha sido abordado, no responde a las necesidades y a los intereses del pueblo colombiano.

Destacó el papel de la Corte Constitucional como órgano de cierre encargado de ser el intérprete autorizado de la Constitución Política, así como máximo garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, función por la cual, en sus providencias, a la par de definir un problema jurídico, siempre dedica importantes líneas encargadas de precisar las facultades que tiene en un supuesto de hecho particular.

Precisó que la Corte ya fijó una postura contundente al ratificar que *“es al legislador a quien le corresponde la definición del modelo contractual que permita avanzar en déficit de posibilidades que hoy ostentan las parejas del mismo sexo para formalizar sus uniones, pero dejando claro que no se encuentra habilitada para decidir cuál (sic) vía, ni imponer el mecanismo que será empleado con este fin, pues para ello existe un*

órgano natural instituido en la Constitución, y como guardiana de la Carta Política debe reivindicar y reconocerlo”.

Reiteró lo señalado por la Corte Constitucional frente a las referencias en derecho comparado sobre el tema que se aborda, de lo cual expuso que la experiencia internacional demuestra en numerosos e importantes casos, que han sido los Congresos o Parlamentos de los países los que han avanzado en la configuración del marco normativo en estos temas, quedando para los tribunales constitucionales, en cumplimiento de su función de ente de control, verificar una vez ha sido proferida la ley, que no se hayan vulnerado los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

Por otra parte, advirtió que si se tiene en cuenta que el señalamiento de si la unión entre estas parejas será el matrimonio u otro tipo de contrato, lo cual ha sido una opción válida en el ámbito internacional, es claro, como lo ha indicado la Corte, que el debate no puede reducirse a *“un aspecto tan puntual como la constitución de la familia, porque cada una de esas figuras jurídicas comprende un elevado número de materias regulables, así como un sinnúmero de relaciones jurídicas proyectadas en distintas áreas del ordenamiento, más allá del derecho civil y del derecho privado en general”.*

Indicó que no existen dudas sobre la existencia de límites infranqueables de la Corte Constitucional, los cuales debe observar con rigor si se espera avanzar en el proceso de fortalecer la institucionalidad.

Explicó que todo conocimiento es positivo y, sin embargo, su aplicación puede no serlo, o incluso su ejecución puede ser *“perversa”*, por lo que es necesario procurar no repetir los mismos errores que ya ha cometido la humanidad.

4.8. Ilva Miriam Hoyos

La ciudadana Ilva Miriam Hoyos, Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia, presentó intervención ante la Corte Constitucional con el propósito de explicar, en calidad de académica, por qué no es conveniente aplicar el matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

Afirmó que la Corte Constitucional es competente para pronunciarse de fondo sobre acciones de tutela que se configuren en sentencias que permitan precisar y aplicar la manera de entender los preceptos constitucionales relativos al matrimonio, así como a la forma en que las

parejas del mismo sexo pueden unirse mediante un vínculo jurídico. Así también, para determinar el alcance de los numerales 4° y 5° de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011.

Sostuvo que la competencia de la Corte Constitucional es limitada, pues no puede invadir los aspectos esenciales de la institución matrimonial que el Constituyente se reservó, ni reemplazar al legislador en la regulación del contrato que formaliza la unión de parejas del mismo sexo.

Explicó que las notas de la heterosexualidad y de la procreación, que caracterizan constitucional y legalmente al matrimonio en Colombia, no deben entenderse como criterios sospechosos de discriminación de las parejas con orientación homosexual, sino que son una forma de distinguir las calidades y potencialidades contenidas en las diversas relaciones sociales, lo cual constituye una de las funciones del Estado frente al matrimonio y la familia. Adujo que esta regulación se basa en 3 principios: (i) la diferenciación de las relaciones sociales que exige distinguir el matrimonio de otras relaciones, (ii) el principio de gradación de la protección de las relaciones sociales, que implica la diversidad de la protección en la medida en que esas relaciones contribuyan a la coacción y a la supervivencia de la sociedad y (iii) el principio de no discriminación que permite un trato distinto en tanto que se dan supuestos distintos que no hacen posible su asimilación y excluye la analogía.

Sostuvo que el matrimonio y la familia son ejes esenciales de la sociedad que se ha reservado la Constitución. No son sólo vínculos de solidaridad, sino naturales y jurídicos que se amplían en los vínculos de filiación y parentesco, por ello el artículo 42 Superior hace referencia directa a la Constitucionalidad de la filiación y al parentesco. Asimismo, aclaró que el criterio que confiere al matrimonio el carácter de relación familiar, es la generación y actualización entre los cónyuges de un vínculo de engendrados y engendrados, pues de la relación padres e hijos e hijos y padres se genera la familia.

Señaló que si en los términos del artículo 42 se le confía a la Corte Constitucional la integridad y la supremacía de la Carta Política, ella misma debe respetar la reserva constitucional del matrimonio, pues de lo contrario incurriría en una sustitución de la Constitución y, a su vez, en una deconstrucción del matrimonio, con lo cual, no sólo se pondrían en entredicho las argumentaciones tradicionales sobre el concepto del matrimonio, sino que se reinterpretaría esta institución a través de un orden diferente de significado, que ya no tendría como punto de partida la distinción constitucional entre el hombre y la mujer y su

complementariedad, sino el déficit de protección a causa de la orientación sexual. Por esta razón, asegura que entre la institución deconstruida (matrimonio heterosexual) y la reconstruida (matrimonio homosexual) habría una relación asimétrica, pues una estaría situada en el plano de aquello que es condición de posibilidad de otra.

Indicó que los Jueces y los Notarios Públicos que no accedan a la celebración y al registro de un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo no vulneran derechos fundamentales, pues los solicitantes carecen de legitimación y los servidores públicos no tienen competencia para celebrar un contrato de esta naturaleza. Al respecto, sostuvo que la Corte Constitucional, en la sentencia C-577 de 2011, no asimiló el matrimonio con el vínculo jurídico que une a las parejas del mismo sexo, sino que por el contrario, declaró exequible, sin condicionamientos, el artículo que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, en virtud de la distinción de sexos opuestos. En este sentido, citó el aparte de dicha sentencia, por el cual la Sala Plena de la Corte explicó que “*el matrimonio aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual*” y, además, aclaró que la misma Corte determinó en el mismo fallo que no cabe la analogía entre el matrimonio y la unión de parejas del mismo sexo.

Alegó que si bien la Corte consideró necesaria la intervención del legislador para regular una nueva figura contractual que permita a las parejas del mismo sexo decidir autónomamente sobre la posibilidad de constituir familia y superar la omisión legislativa absoluta que genera un déficit de protección, no es menos cierto el hecho que ella misma delineó algunas de las características de ese vínculo, como lo son: el carácter contractual, la nominación jurisprudencial, los sujetos del vínculo, la singularidad, la especificidad, la distinción con otras relación, las solemnidades que dan origen al vínculo y los funcionarios competentes. Por esta razón, aclaró que este contrato fue nominado jurisprudencialmente, por lo cual no se presenta el presupuesto que permita aplicar la analogía.

4.9. Universidad Sergio Arboleda

Rodrigo González Quintero, Profesor de la Universidad Sergio Arboleda e investigador del Grupo Crear, indicó que correspondería al Congreso de la República, y no a la Corte Constitucional, reformar la definición de matrimonio contenida en el artículo 42. Su intervención la presentó en cuatro puntos: en primer lugar, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado; en segundo lugar, sobre la regulación constitucional del matrimonio; en tercer lugar, sobre la cosa

juzgada constitucional y la Constitución viviente; y, en cuarto lugar, sobre el matrimonio, el Congreso de la República y el principio de separación de poderes.

Expresó que en el caso *Obergefell vs. Hodges*, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que el debido proceso protegía “*aquellas libertades que se extienden a ciertas decisiones personales que son capitales para la dignidad humana y la autonomía, las cuales incluyen opciones íntimas que definen la identidad y creencias personales*”. Así, puntualizó que el derecho al matrimonio para personas del mismo sexo es parte de la libertad prometida por la Enmienda XIV.

Igualmente, se refirió a lo ocurrido en el caso español, y señaló que al desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley que permite contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo en ese país, el Tribunal Constitucional Español sostuvo la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, calificándolo simultáneamente tanto de “*institución garantizada por la Constitución*”, como de “*derecho constitucional*”.

Agregó que, en el plano del derecho de familia, desde la lectura del artículo 42 Superior, la Corte Constitucional superó el déficit de protección o exclusión que sufrían las parejas homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida, por lo que, a su juicio, la discusión fue solventada de acuerdo al vínculo familiar generado por la convivencia entre personas, como una realidad generadora de ciertos derechos, sin tener en cuenta la perspectiva de género.

Afirmó que “*en los casos rogados hoy, el asunto no se corresponde a una limitante normativa legal, en cuyo evento la Corte podría examinarla de acuerdo con las disposiciones de la norma fundamental-sino una limitante contenida en el artículo 42 de la Constitución*”. Así, adujo que de acuerdo con Gustavo Zagrebelsky, una cosa es decidir desde la Constitución (control de normas inferiores) y otra muy distinta, decidir sobre la Constitución.

Explicó que, desde el fallo C-577 de 2011, puede justificarse la negativa de Jueces y Notarios Públicos para acceder a la celebración y registro de matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, así como haber ofrecido la formalización del vínculo formal y solemne entre ellas, razón por la cual podría decirse que esos funcionarios han acatado la cosa juzgada constitucional como “*carácter inmutable de las sentencias*”.

Recordó que la Corte reconoció a la pareja homosexual la posibilidad de conformar una familia, entendiendo que dicha posibilidad habría de ser desarrollada no por dicha Corporación, sino por el Congreso. Pero, señaló que la definición de matrimonio tiene una limitación textual en el artículo 42 constitucional, cuya enmienda sólo compete al poder reformador de la Constitución. De esta forma, aseguró que *“no es ocioso considerar que el Congreso, fiel a su función Constituyente, llegue a reformar el artículo 42, pues de lo contrario se estaría atentando contra el diseño institucional colombiano de separación de poderes”*.

Por lo anterior, explicó que correspondería al Congreso de la República, y no a la Corte Constitucional, reformar la definición de matrimonio contenida en el artículo 42, pues de lo contrario se incurriría en lo que el Tribunal mismo ha calificado como una *“invasión al ámbito competencial”*.

4.10. Universidad de La Sabana

Los profesores Martha Miranda Novoa, Fabio Enrique Pulido y Vicente F. Benítez R., en representación de la Universidad de la Sabana, presentaron intervención dentro del proceso de la referencia y expusieron sus consideraciones a favor del concepto histórico y actual del matrimonio civil.

Aseguraron que una autoridad judicial o notarial no vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no acceden a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos, toda vez que según lo establecido en el artículo 113 del Código Civil, las uniones entre dos personas del mismo sexo no pueden celebrarse como un matrimonio civil, puesto que el *“matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*. En este sentido, advirtieron que esta norma fue declarada exequible en Sentencia C-577 de 2011, en la cual, la Corte Constitucional, de manera expresa, señaló que no es posible extender los efectos del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, puesto que el matrimonio, constitucionalmente, está previsto para las parejas heterosexuales.

Sostuvieron que en esa misma providencia, la Corte planteó que, ante la ausencia de una ley que proteja las uniones de personas del mismo sexo, la analogía es una posibilidad que debe descartarse, puesto que no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que a causa *“de la no semejanza de supuestos”*, es improcedente la analogía total, por lo

que al juez constitucional le corresponde actuar de manera singular y examinar los aspectos concretos de cada caso.

Concluyeron que, al no existir ley o jurisprudencia que avale la asimilación entre la unión de personas del mismo sexo y el matrimonio civil entre un hombre y una mujer, no puede asegurarse que existe vulneración de los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no acceden a la celebración o registro de un matrimonio civil entre ellos.

Respecto a determinar si los miembros de una pareja del mismo sexo tienen derecho a contraer un matrimonio civil, manifestaron que es indispensable realizar un análisis del artículo 42 Superior, el cual establece que la familia *“se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*, y reiteraron, a su vez, lo consagrado en el artículo 113 del Código Civil, que señala que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer, motivo por el cual, y de conformidad con la sentencia de constitucionalidad en cita, las parejas del mismo sexo no están autorizadas para realizarlo.

Indicaron que en la mencionada sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional se concentró en la disyunción entre familia constituida por vínculos jurídicos y la conformada por vínculos naturales, estableciendo que la Constitución limitó el alcance de los efectos jurídicos a las familias constituidas por el matrimonio, surgiendo entonces, la cuestión de establecer si el matrimonio es exhaustivo y excluyente respecto de los mecanismos constitucionalmente admisibles para constituir una familia por vínculos jurídicos.

Al respecto, destacaron que al interior de la Corte Constitucional existen dos tesis a saber: la primera, que sostiene que, a pesar de que la Constitución ordena una especial protección en relación con el matrimonio como mecanismo para constituir la familia por vínculos jurídicos, ello no excluye que el legislador contemple un mecanismo para que *“las parejas homosexuales”* conformen una familia por vínculos jurídicos. La segunda tesis, afirma que el artículo 42 Constitucional es suficientemente claro en torno a que la institución del matrimonio es exclusiva de las parejas heterosexuales, de manera que si las parejas del mismo sexo pretenden formar una familia deben hacerlo estableciendo otro tipo de vínculos distintos a los que surgen como consecuencia del matrimonio, sin embargo, la familia es un derecho constitucional que se debe reconocer tanto a las que son constituidas por relaciones jurídicas,

mediante el matrimonio, como a las que son constituidas por vínculos naturales.

Sobre el segundo punto, consideraron que la discusión está basada en una errada interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, fundada en el énfasis dado por la Corte a la distinción entre vínculos naturales y vínculos jurídicos como medios de constitución de la familia. De esta manera, advirtió que en realidad la diferencia fundamental establecida en la norma superior como medio para constituir una familia es “*la trazada en relación a) la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio y b) la voluntad responsable de conformarla.*”

Plantearon el siguiente interrogante: “*¿Cómo interpretar, entonces, la noción de vínculos jurídicos y naturales?*”, recalcando que estas nociones no apuntan a determinar la forma de constituir familia sino a tipos de relaciones que se generan entre las personas que forman parte de la familia. En este sentido, señalaron que “*al interior de una familia, cualquiera que sea su forma de constitución, se pueden generar vínculos de tipo jurídico (v.gr. entre cónyuges) o naturales (v.gr. entre hermanos)*”, por lo que “*la distinción entre vínculos jurídicos y naturales no apunta a la forma de constituir la familia sino al título o fundamento de los vínculos que se generan entre los miembros de la familia*”, los cuales independientemente de que sean naturales o jurídicos, deben ser protegidos y regulados por las normas jurídicas.

En relación con el interrogante sobre si la Corte Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o si ésta es una competencia del Congreso de la República, sostuvieron que el mismo puede resolverse desde dos perspectivas distintas que arrojarían respuestas opuestas, fijando de entrada que, en su opinión, la Corte no posee dicha competencia. Para abordar este punto, aseveraron que puede presentarse una respuesta a partir del derecho positivo y de una interpretación aislada, y una desde la teoría de la Constitución y una interpretación sistemática.

Sobre la primera respuesta, ofrecida desde el punto de vista del derecho positivo y desde una interpretación aislada, señalaron que podría considerarse que la Corte Constitucional, *prima facie*, sí estaría facultada para decidir sobre el asunto, por cuanto de conformidad con las funciones asignadas por el artículo 241 de la Constitución, tiene la competencia de revisar las decisiones judiciales producto de las acciones de tutela que presenten las personas para proteger sus derechos fundamentales. No obstante, consideró que “*esa lectura (francamente simple desde una perspectiva genuinamente constitucional) no tiene en cuenta otros*

factores y disposiciones Superiores que deben analizarse a la luz de la Teoría de la Constitución”.

Explicaron que la respuesta ofrecida desde la teoría de la Constitución y desde una perspectiva sistemática, el juez constitucional, intérprete autorizado de la norma superior, tiene entre sus manos una labor más activa, encaminada a *“hacer hablar a la Constitución”*, pero recordando siempre que es un órgano constituido y que, por tanto, se encuentra sometido a los límites establecidos en ella. En este sentido, plantearon que el eje central de su intervención gira en torno a determinar quién debería tener la última palabra o decidir los asuntos constitucionales discutidos, por oposición a qué se debería decidir de acuerdo con lo que es justo.

Afirmaron que el uso de una disposición constitucional cuyo contenido es dudoso o debatido, y que razonablemente puede dar lugar a interpretaciones opuestas, no puede ser considerado como la aplicación de la voluntad del pueblo sino *“de la mayoría que logró un consenso en la Corte respectiva”*. Por lo anterior, afirmó que en el caso que ahora conoce la Corte Constitucional, *“prime facie no es posible discernir una norma directamente autoaplicativa que señale que es posible o que es derecho que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio”*, por lo tanto consideró *“no es irrazonable pensar que ambas interpretaciones (la que permite y la que niega) puedan derivarse del texto constitucional”*, circunstancia que se evidenció en la sentencia C-577 de 2011, en la que hubo Magistrados que consideraron que de la Constitución sí se deduce la posibilidad de contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, y otros que coligieron lo contrario.

Desde este punto de vista, sostuvieron que al no existir unanimidad, el mecanismo adoptado por la Corte para la toma de una decisión es el voto mayoritario, esto es la postura que tenga más votos al interior de la Corporación, será la nueva ley suprema, la nueva Constitución. En este sentido, si la cuestión se reduce a votos, postuló el interviniente los siguientes interrogantes: *“¿Por qué no preferir que los asuntos constitucionales más esenciales se decidan por medio de mecanismos democráticos como el Congreso o por las mismas personas mediante una reforma constitucional con participación ciudadana? ¿No generaría esta alternativa una decisión más legítima que pueda ser más fácilmente aceptada por la ciudadanía? ¿Por qué debe imponerse una interpretación de la Constitución cuyo único punto diferenciador es que tuvo más votos que su opuesta? ¿No será mejor lograr una constitucionalización del Derecho “desde abajo”, con aceptación de los interesados?”*.

4.11. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

El ciudadano Juan Enrique Medina Pabón¹⁶⁹ presentó intervención dentro de la audiencia pública programada dentro del proceso de la referencia, por la cual señaló que al legislador le corresponde decidir cuál es la forma contractual que considera conveniente para las parejas del mismo sexo.

Indicó que el verdadero objeto de la discusión en este caso radica en el tema de protección de una población que, a su juicio, ha sido discriminada injustificadamente y con un notorio déficit de protección. Afirmó que es necesario que esta discriminación se termine, independientemente de si la decisión que se tome consista en establecer contrato marital –no innominado– que no sea matrimonio, o incluso si el Congreso de la República llegase a expedirse una ley en el mismo sentido. De esta forma, manifestó que lo que debe cambiar es la mentalidad y comportamiento de los conciudadanos, con el fin de aprender a rechazar las segregaciones a las personas diferentes por cualquier circunstancia y el irrespeto a los demás. Agregó que no le es posible compartir el argumento según el cual, es necesario que se consagre un matrimonio civil para la pareja del mismo sexo y, además, que se tenga que acudir a símbolos, imágenes y ficciones para alcanzar los propósitos perseguidos con estas medidas. De esta forma, señaló que la unión marital es digna y debe recibir sus derechos y el reconocimiento con un contrato marital propio para estas parejas.

Adujo que el matrimonio, más que un contrato, ha sido siempre una institución, que a su modo de ver, fue impuesta en cierta medida por la sociedad a los contrayentes y en este sentido no se permitió que las partes determinaran su régimen. En su opinión, con el contrato marital entre parejas del mismo sexo se procura dar respuesta jurídica a una forma de discriminación o déficit de protección de un sector de la población, es decir, reconocer los intereses mutuos de la pareja o como lo han sostenido los tribunales internacionales es un asunto de la intimidad y el reconocimiento de unión. Así, identificó *a priori* los elementos esenciales, naturales, accidentales, efectos y extinción del matrimonio y los comparó con aquellos del contrato marital de parejas del mismo sexo.

Se refirió sobre algunos elementos de la esencia del contrato de matrimonio civil, de lo cual expuso que el mismo se celebra entre dos personas de sexo opuesto. Al respecto, señaló que de aplicarse las reglas

¹⁶⁹ Profesor de Derecho de Familia de la Universidad del Rosario.

de este contrato a la unión solemne entre parejas del mismo sexo, este matrimonio sería inexistente.

Respecto de la forma y competencia del funcionario, aseveró que la Corte no especificó cuál era el funcionario competente, al indicar únicamente que el contrato marital entre parejas del mismo sexo se podía celebrar ante el juez o el notario.

En relación con los elementos de validez del contrato, expuso que para el matrimonio civil, la edad es de 14 años para ambos sexos, aunque si se contrae antes de la mayoría de edad se requiere el consentimiento de los padres, ascendientes o curadores, según el caso. Adujo que, en el contrato marital, quizás la edad para contraerlo deba ser la mayoría de edad, por la dificultad de reconocer si a una corta edad el sujeto ya ha tomado una decisión consciente y madura sobre su tendencia sexual, de modo que pasará a convertirse en un proyecto de vida. Asimismo, frente al consentimiento, especificó pueden aceptarse los errores en las calidades esenciales (los cuales no existen en el matrimonio civil), respecto de la orientación sexual, toda vez que los contrayentes tiene como finalidad de este contrato la *funcionalidad sexual*, que no hace parte del matrimonio.

Frente a los efectos del contrato marital, resaltó que, aunque un claro fin del contrato marital entre personas del mismo sexo sea la convivencia, no es determinante que tenga una vocación de permanencia de la unión que genere un deber y que ésta sea parte integral de los objetivos de las partes. De tal forma, añadió que es de prever que si las partes pretenden una expresión pública, oponible y respetable de su afecto e interrelación en el campo de la expresión de la sexualidad, cuando este afecto se acabe debería darse por terminada la unión, y tampoco se opondría a que se suspendiera y reanudara según el criterio de las partes. Agregó que sería necesario determinar si se mantiene el deber de convivencia, cuando se acabe la capacidad sexual funcional, que es el interés de los miembros de esta unión.

Señaló que podría pensarse que este contrato en mención generaría estado civil, aunque en un aspecto de régimen positivo solamente el matrimonio lo constituiría, pues esta materia es rigurosamente legal. Así también, en relación con la sociedad patrimonial universal, aseveró que las uniones afectivas prolongadas en el tiempo presuponen realizar una cantidad de esfuerzos económicos por los miembros de la pareja, tendientes a la satisfacción de las necesidades y multiplicación económica, por lo cual, es natural que lo repartan como un presupuesto que se cumple en el contrato marital.

Sobre la separación de cuerpos, sostuvo que como el matrimonio era permanente y no debía disolverse, se permitía que por razones de dificultad real de convivencia se suspendiera la vida marital sin afectar el vínculo. En el contrato marital, afirmó, *“esta posibilidad es prácticamente inaplicable, porque como se dijo, nada hace pensar que sea un propósito social la permanencia de las parejas del mismo sexo, que se tornaría una imposición injustificada e inútil, ya que como se dijo la convivencia es asunto ligado al vínculo puramente afectivo que debe durar tanto como dicho vínculo se mantenga”*.

Para concluir, estableció que el contrato al que se refiere la sentencia C-577 de 2011, no sólo es un contrato especial que no se trata de un matrimonio civil, sino que no admite por asimilación dicho calificativo, toda vez que, salvo los elementos comunes explícitos en la sentencia, el régimen del matrimonio civil no se ajusta al contrato de unión entre personas del mismo sexo.

ANEXO III

INTERVENCIONES NO PRESENCIALES

Quienes fueron invitados a participar en la audiencia pública del treinta (30) de junio de dos mil quince (2015) y no lograron comparecer a ella, enviaron sus escritos de intervención para expresar sus consideraciones al respecto. En ese mismo sentido, diversos ciudadanos y organizaciones interesadas allegaron a la Secretaría General de esta Corporación escritos de intervención.

A. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

1. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex para América Latina y el Caribe (ILGALAC)

El Director Ejecutivo de esta organización, Pedro Paradiso Sottile, consideró que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario, de conformidad con las siguientes temáticas que incluye en su intervención: la primera, relacionada con los principios de igualdad y no discriminación como valores fundantes de nuestra comunidad política y como limitantes a las potestades del Congreso; la segunda, con respecto a las objeciones que se han empleado tradicionalmente en relación con el matrimonio igualitario; la tercera, sobre la distinción por la orientación sexual como un criterio que no es legítimo para definir distinciones en el goce de los derechos; y la cuarta, en relación con el reconocimiento del derecho a casarse en normas nacionales y supranacionales.

Señaló que el principio de igualdad y no discriminación son valores fundantes de nuestra comunidad política y núcleo fundamental del sistema constitucional, que han sido consagrados y reconocidos desde el comienzo mismo de las naciones. Adujo que el derecho a casarse sólo puede ser entendido como el derecho libre a decidir con quién casarse, y la orientación sexual constituye una característica inmutable de la personalidad que no puede ser la base para la negación de un derecho fundamental como el matrimonio civil.

Sostuvo que no es la primera vez que el principio de igualdad y no discriminación se enfrenta a una norma que niega el derecho a decidir con quién casarse en base a un criterio prohibido; dicho desafío jurídico ya tuvo lugar en el año 1967 en los Estados Unidos cuando la Corte Suprema de ese país sostuvo que una ley que prohibía el matrimonio interracial violaba la cláusula constitucional de igualdad ante la ley.

Consideró que los principios generales de razonabilidad, igualdad y no discriminación constituyen una fuerte limitación a las potestades del Congreso, y son estándares obligatorios que se deben respetar cuando se regula o reglamente un derecho de jerarquía constitucional, como el derecho fundamental a formar una familia y contraer matrimonio, por lo que tales principios prohíben alterar con la ley los derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

Adujo que constituye una plena convicción democrática y un acto de nobleza, reafirmar que todos los habitantes de Colombia gocen de los mismos derechos, estén sujetos a los mismos deberes y se encuentren tutelados por las mismas garantías, sin ningún tipo de discriminación. Se preguntó si existe alguna base racional para negarle el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo y al respecto se refiere a las objeciones que se han empleado en relación con este tema:

Sobre la tradición de la institución, consideró que este concepto viene ligado a la idea del matrimonio como institución religiosa y no secular, y en consideración al Estado laico en el que vivimos y a la consagración del principio de igualdad de cultos, el exponente afirmó que no es necesario adentrarse en ésta discusión.

En relación con la incapacidad de procrear que señala a las parejas del mismo sexo como un riesgo o peligro para el interés superior de los niños, sostuvo que no puede bajo ninguna perspectiva definirse la posibilidad de procreación como la finalidad esencial y única del matrimonio, y tampoco puede negarse dicho derecho por la falta de capacidad reproductiva de los contrayentes; en efecto, el Estado no exige una negación sobre la capacidad o intención de los cónyuges de ser padres y madres, justamente porque el matrimonio es un derecho fundamental para todas las personas.

Indicó que el compromiso con la igualdad y la no discriminación tiene fundamentalmente un nivel de jerarquía jurídica, no sólo internamente, ya que las convenciones de derechos humanos lo consagran como una directriz básica para analizar las leyes del Congreso y como una pauta interpretativa fundamental para los Estados.

Sostuvo que la orientación sexual no es un criterio legítimo para establecer distinciones en el goce de los derechos reconocidos por el Estado. Consideró que la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales a los fines del reconocimiento del matrimonio no persigue un fin estatal legítimo, mucho menos urgente o imperioso, ya que los

fines alegados para realizar tal distinción no requieren la marginación y estigmatización de las personas homosexuales.

Señaló que la negación del matrimonio a las parejas del mismo sexo es inconstitucional, en tanto que constituye una discriminación inaceptable basada en la orientación sexual de las personas, violatoria además del derecho a la autonomía personal y el derecho a contraer matrimonio.

Dispuso que las normas nacionales e internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de las parejas a contraer matrimonio, y dicha normativa debe prevalecer sobre la ley interna que regula el matrimonio civil. Adujo que el derecho a casarse reconocido en normas constitucionales y supranacionales, garantiza a las parejas del mismo sexo los mismos derechos constitucionales sustantivos que a las parejas heterosexuales a elegir al compañero de vida y a unirse con esa persona en un compromiso oficialmente reconocido y a formar una familia protegida que disfrute de todos los derechos constitucionales del matrimonio civil.

Sostuvo que las leyes que imponen un tratamiento diferencial sobre la base de la orientación sexual deben verse como constitucionalmente sospechosas de conformidad con la cláusula de igual protección y las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en los pactos internacionales de derechos humanos.

Concluyó que las personas tienen un derecho humano fundamental a contraer matrimonio que no puede ser negado por el Estado; derecho de crucial significación para su felicidad y bienestar, que ha sido reconocido y garantizado por normas supralegales y constitucionales y que sin lugar a dudas debe ser reconocido por la Corte Constitucional de Colombia.

2. Fundación Freedom to Marry

El Fundador y Presidente de la organización “*Freedom to Marry, the campaign to win marriage nationwide*” consideró que la Corte Constitucional debe garantizar el derecho al matrimonio igualitario, pues Colombia, al ser un Estado Democrático, debe velar por que a cada uno de sus ciudadanos le sean garantizados los derechos humanos y las libertades básicas, y se refirió en su intervención a la siguientes temáticas: la primera relacionada con la decisión que adoptó la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tendiente a reconocer el matrimonio igualitario; y la segunda con respecto al rol que debe desempeñar la Corte Constitucional frente al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo y frente a las mayorías.

Señaló que países como Colombia y los Estados Unidos comparten un mismo compromiso ante el imperio de la ley, de la democracia, de la igualdad de todos los ciudadanos y de los derechos humanos. Además, señaló que los valores constitucionales que comparten estas dos naciones requieren terminar con la exclusión que han tenido que sufrir las parejas homosexuales.

Adujo que estas parejas comparten los mismos deseos y necesidades que cualquier otra pareja comprometida, tanto por razones tangibles como por motivos intangibles, en razón de los cuales un país como los Estados Unidos terminó con la mencionada exclusión, siendo esa una nación con los mismos valores constitucionales que imperan en Colombia.

Hizo referencia a la decisión de la Corte de Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, y señaló que la preponderancia de los jueces que apoyaban el matrimonio entre parejas del mismo sexo refleja que no existe razón válida dentro de un sistema constitucional para que se continúe negando el derecho solicitado por las parejas del mismo sexo.

Enfatizó en que no existe justificación alguna para que se siga excluyendo a estas parejas, ni para que se les niegue el derecho a la igualdad. Recordó el rol de la Corte Constitucional en la cuestión debatida, e indicó que el mismo implica que existe un deber de buscar afirmar y garantizar los derechos humanos y las libertades básicas como el derecho a casarse. Añadió que el papel que debe asumir la Corte no es el de forzar a ciertos ciudadanos para que logren obtener un permiso con el fin de ejercer un derecho, aun cuando se trate de una minoría.

Citó lo afirmado por el Juez Kennedy en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida en el caso *Obergefell vs. Hodges*, quien indicó que la dinámica del sistema constitucional permite que los individuos pueden invocar la protección de sus derechos cuando sientan que los mismos les han sido vulnerados, por lo cual un derecho fundamental no puede estar sujeto a un voto o depender de él.

Afirmó que con dichas palabras, las cuales también fueron acogidas por la mayoría de los jueces en ese entonces, se evidenció que los gobiernos democráticos deben: (i) velar por que a cada uno de sus ciudadanos le sea garantizado su derecho a la igualdad y (ii) no permitir que las libertades fundamentales sean limitadas, a menos de que exista un necesidad o una razón justificada, ninguna de las cuales ha tenido lugar en Colombia verdaderamente. Así, concluyó que es deber de una Corte Constitucional afirmar y realizar las garantías establecidas en la Constitución y

asegurarse de que las mismas le sean protegidas a todos los ciudadanos y no solamente a aquellos que pertenecen a la mayoría.

3. David Norris

El ciudadano David Norris presentó intervención a favor de crear el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, para lo cual describió el proceso que se vivió en Irlanda y que tardó cuarenta años en desarrollarse.

El primer paso consistió en deshacerse de las leyes penales que prohibían las relaciones sexuales entre hombres, objetivo que fue perseguido por el movimiento gay de finales de los años sesenta y principios de los setenta, el cual, además de prestar servicios legales para aquellos hombres imputados por ofensas sexuales, estaba determinado a remover la ley penal referida. En este sentido, narró que las leyes por las cuales se prohibían las relaciones sexuales entre hombres tuvieron origen en el siglo XVI, cuando Enrique Séptimo (Rey de Inglaterra e Irlanda) incautó los monasterios para tomar el poder sobre las Cortes Eclesiásticas. Expuso que para aquella época, los comportamientos homosexuales habían sido considerados como pecados y por ello su competencia correspondía a las autoridades eclesiásticas. Sin embargo, años después, dichas conductas pasaron de considerarse pecados a ser delitos.

Los prejuicios en contra de los comportamientos homosexuales se originaron por los hijos de Israel en el Antiguo Testamento, los cuales posteriormente se expandieron a partir de ahí a cada una de las tres religiones monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo. De esta forma, el Imperio Inglés tuvo fuertes intenciones en expandir esta situación legal a todo el mundo, aunque esta legislación permaneció en Irlanda por casi todo el siglo veinte y consistió de dos Actos; Delitos contra la Persona (1861) y la Enmienda de Labouchere (1885).

4. Pierre de Vos

El ciudadano Pierre de Vos presentó sus consideraciones a favor de la aplicación del matrimonio civil sobre las uniones entre parejas del mismo sexo, las cuales sustentó de la siguiente manera:

Manifestó que testificó ante el Parlamento sudafricano en el año 2005, cuando se consideró adoptar legislación tendiente a extender los derechos legales para las parejas del mismo sexo. Indicó que esta legislación fue diseñada para darle pie a una sentencia de la Corte Constitucional en el caso de *Minister of Home Affairs v. Fourie*.

Señaló que, subsecuentemente, el Parlamento adoptó la Ley de la Unión Civil, que aseguró el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. En este sentido, mencionó que durante las audiencias que se llevaron a cabo ante el Parlamento, logró explicar por qué era importante proteger la dignidad de los homosexuales, de manera que recomendó adoptar dos medidas: (i) extender todos los derechos legales asociados al matrimonio a las parejas del mismo sexo; y (ii) asegurar que esto se hiciera de manera que le confiriera a las parejas del mismo sexo el mismo estado simbólico asociado al matrimonio tradicional.

Indicó que a la Corte Constitucional le correspondió decidir si excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, era discriminatorio o no en los términos de la Constitución. Así las cosas, sostuvo que dicho Tribunal determinó que: (i) la exclusión de las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio civil era contrario a los fundamentos de la historia Sudafricana, pues durante el periodo del “*Apartheid*” se limitaron drásticamente los derechos de los individuos para comprometerse y para tener relaciones íntimas reconocidas por el Estado, como por ejemplo, la Ley de la Inmoralidad, la cual criminalizaba las relaciones sexuales entre personas de raza negra y de raza blanca; o la Ley de Prohibición a los Matrimonios Mixtos, que proscribía los matrimonios entre personas negras y blancas; (ii) la decisión libre de casarse era merecedora de protección constitucional, al encontrar que la institución del matrimonio es importante y única, y que constituye mucho más que un “*pedazo de papel*”; y (iii) el matrimonio es la única fuente de beneficios socioeconómicos tales como el derecho a heredar, la cobertura de seguros médicos, la adopción, la legitimidad procesal para demandar civilmente la muerte del otro, entre otros.

Refirió que, por otro lado, la Corte también argumentó que el matrimonio se trataba de algo más que de obtener acceso legal a los beneficios socioeconómicos, pues confiere beneficios intangibles para las parejas que lo conforman; además le permite a las personas celebrar su compromiso en un evento público, así como conmemorar el mismo a lo largo de sus vidas. Asimismo, el tribunal adujo que negar a las parejas del mismo sexo la elección de casarse, “*sería negar su derecho a la autodefinición en el sentido más profundo (...) el mensaje es que a los gays y a las lesbianas les falta la humanidad inherente para tener familias y vidas de familia en esas relaciones del mismo sexo que también son respetables y protegibles*”.

Aseguró que la Corte encontró que la negación del derecho a casarse para las parejas del mismo sexo constituía una hiriente, cruel y seria invasión de la dignidad de los homosexuales.

Concluyó su intervención señalando que la Corte encontró que los derechos que otorga la institución del matrimonio y su régimen existente, tanto en sus consecuencias prácticas, como legales y simbólicas, deben extenderse a las parejas del mismo sexo, por lo que le ordenó al legislador Sudafricano resolver el problema.

5. Grupo de Inversiones Suramericana S.A.

Mediante apoderado judicial, la aseguradora intervino con el propósito de apoyar la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo, toda vez que ello permite imprimir mayor capacidad y potencial para la competitividad del mercado.

Manifestó que el problema de ineficacia jurídica de los derechos de las parejas del mismo sexo impone una carga innecesaria e injustificada de inseguridad jurídica a la interviniente para realizar negocios en el país. Esto, por cuanto es forzada a establecer esquemas diferenciales para garantizar la protección y oportunidades iguales a trabajadores miembros de la población LGBTI o incluso participar en acciones judiciales, creando confusión y tensión que finalmente causan una disminución en el ánimo y moral de los trabajadores y cargas transaccionales a cargo de los empleadores.

Expuso que en este momento no existe un marco jurídico claro, operante y de obligatoria observancia por todas las personas, respecto de los derechos igualitarios de las parejas del mismo sexo, a pesar de lo señalado en las sentencias C-029 de 2009 y C-577 de 2011. De esta forma, indicó que la aplicación extensiva de derechos a las parejas homosexuales está supeditada a interpretaciones por parte de funcionarios y personas, ocasionando discusiones jurídicas en las que se corre el riesgo de que esos derechos sean negados. Agregó que esta incertidumbre jurídica, además de conllevar tiempo y costos administrativos innecesarios para comprenderla, causa daños en las relaciones empleador-empleado.

Concluyó que la Corte Constitucional debe tomar las medidas necesarias para que las familias homosexuales sean tratadas de manera idéntica a sus equivalentes heterosexuales, poniendo de esta manera, fin a una violación sistemática de derechos constitucionales y humanos, e

implementando jurídicamente las posturas, valores y voluntades corporativos de compañías como la interviniente.

6. Sociedades y oficinas de abogados

Por intermedio de Santiago Gutiérrez Borda, las sociedades Lloreda Camacho & Co, Contexto Legal S.A., Macías Gómez y Asociados Abogados, Baker & McKenzie S.A.S., Durán & Osorio Abogados Asociados, Godoy & Hoyos Abogados S.A.S., Correa Merino & Co. Abogados, Brigard & Urrutia Abogados S.A.S., Duarte García Abogados S.A.S. y Cavelier Abogados presentaron escrito de intervención conforme al Auto del 1° de abril de 2014.

Hicieron referencia al interés de las empresas para intervenir. Señalaron que son empleadores que comparten principios y valores organizacionales para tener un ambiente de trabajo diverso e inclusivo que atraiga y mantenga en la fuerza de trabajo personas talentosas. Manifestaron que el problema de ineficacia jurídica de los derechos de las parejas del mismo sexo impone una carga innecesaria e injustificada de inseguridad jurídica a los intervinientes para realizar negocios en Colombia. Lo anterior, por cuanto son forzados a establecer esquemas diferenciales para garantizar la protección y oportunidades iguales a trabajadores miembros de la población LGBTI o incluso participar en acciones judiciales, creando confusión y tensión que finalmente causan una disminución en el ánimo y moral de los trabajadores y cargas transaccionales a cargo de los empleadores.

Expusieron que como empleadores dentro de una economía globalizada, es fundamental atraer, contratar y mantener en las fuerzas de trabajo el mejor personal disponible, con independencia de su género, orientación sexual, origen familiar, raza, etc. Agregaron que en este momento no existe un marco jurídico claro, operante y de obligatoria observancia por todas las personas, respecto de los derechos igualitarios de las parejas del mismo sexo, a pesar de lo señalado en las sentencias C-029 de 2009 y C-577 de 2011. Indicaron que, en consecuencia, la aplicación extensiva de derechos a las parejas homosexuales está supeditada a interpretaciones por parte de funcionarios y personas, ocasionando discusiones jurídicas en las que se corre el riesgo de que esos derechos sean negados. Esta incertidumbre jurídica, además de conllevar tiempo y costos administrativos innecesarios para comprenderla, causa daños en las relaciones empleador-empleado.

B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

1. Ryan T. Anderson

El ciudadano Ryan T. Anderson solicitó que se preserve la institución del matrimonio como una unión permanente y exclusiva entre un hombre y una mujer. Para estos efectos, dividió su intervención en tres puntos: en primer lugar, el concepto de lo que es el matrimonio; en segundo lugar, argumentos de por qué la definición de la institución del matrimonio es importante para las políticas públicas; y, en tercer lugar, las consecuencias de redefinir el concepto de matrimonio.

Sobre la pregunta ¿qué es matrimonio?, explicó que consiste en la unión entre un hombre y una mujer, como esposo y esposa, para que sean padre y madre de los hijos que produzca esta unión. Sostuvo que esta definición se encuentra basada: (i) en una realidad biológica, conforme a la cual el hombre y la mujer son distintos y se complementan; (ii) en el hecho antropológico que a través de la evolución se estructuró biológicamente la reproducción como un fenómeno que requiere de un hombre y una mujer; y (iii) en la realidad social, conforme a la cual, los niños necesitan de un padre y una madre.

Adujo que la cuestión cultural y jurídica se reduce a determinar si el padre estará cerca de su hijo, así como saber por cuánto tiempo lo hará. De esta manera, señaló que el matrimonio es una institución que se ha desarrollado para maximizar la probabilidad en la solidez del compromiso que adquiere el padre con la mujer, así como imprimir en ambos la responsabilidad de cuidar a sus hijos. En este sentido, indicó que el hombre y la mujer aportan diferentes aspectos a la crianza de los niños, pues la diferenciación de géneros es un punto imprescindible en la “*empresa de crianza*”.

Frente al punto de por qué la definición de la institución del matrimonio es importante para las políticas públicas, citó al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Barack Obama, quien expresó:

“De conformidad con las estadísticas, los niños que crecen sin un padre tienen cinco veces más probabilidades de vivir en pobreza y de cometer crímenes, nueve veces más probabilidades de dejar la escuela, y veinte veces más probabilidades de acabar en prisión, es más probable que tengan problemas de comportamiento, que huyan de sus casas o de que se conviertan en padres adolescentes, y las bases de nuestra comunidad serán más débiles a causa de esto”.

Sostuvo que el Presidente Obama se encuentra en lo correcto, ya que existe evidencia social y científica que demuestra cómo desde hace cincuenta años el concepto de familia se ha venido colapsando, por ello en la actualidad es posible observar una gran cantidad de niños obligados a crecer sin una familia y destinados a sufrir consecuencias muy graves para ellos, así como para la sociedad en general.

Señaló que el interés del Estado en el matrimonio no tiene relación con la vida romántica o amorosa de las parejas, sino que busca asegurar que los niños tengan padres involucrados en su vida para garantizar una sociedad estable. Por esta razón, resalta la importancia social que surge por definir una institución matrimonial correcta por parte del Estado, para de esta forma asegurar que los hombres y las mujeres se comprometan entre ellos, como así también que tomen responsabilidad por sus hijos.

Por otro lado, afirmó que no es necesario redefinir la institución del matrimonio para garantizarle a todas las personas los derechos patrimoniales, de herencia y demás garantías que devienen de dicha institución, pues los mismos pueden ser obtenidos a través de otras vías.

Explicó cuáles son las consecuencias de redefinir el concepto de matrimonio. Sobre el particular, ilustró como en la actualidad existe una necesidad de orientar la institución del matrimonio hacia las necesidades de los niños, en lugar de orientarla hacia los deseos de los adultos. Así las cosas, sostuvo que la redefinición del concepto de matrimonio trae como consecuencia tres problemáticas:

Indicó que en la actualidad uno de los inconvenientes sociales más grandes se materializa en la ausencia de los padres, por ello *¿cómo puede insistirse en que los padres son esenciales si la ley redefine el matrimonio para volver a los padres opcionales?* Por esta razón, considera que al redefinir el matrimonio, va a hacer más difícil mantener a los padres en sus hogares.

Manifestó que al redefinir el matrimonio se daría lugar a otras opciones u elementos que lo continuarían desnaturalizando. De esta forma, se preguntó *¿cómo se van a mantener los otros elementos característicos de ésta figura: la monogamia y la permanencia?*

Afirmó que se afectará también la libertad religiosa. Para explicar este efecto, ilustró la problemática actual que viven diversos Estados federados con la negación por parte de las agencias de adopción cristianas, católicas y evangélicas de entregar niños huérfanos a parejas del mismo sexo, al considerar que esto atenta contra su conciencia y

contra su moral. Además, describió que las jurisdicciones de los distintos Estados que se han visto sumergidos en esta problemática, han resuelto obligar a las agencias de adopción referidas a entregar a los niños a parejas del mismo sexo, vulnerando así su derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa.

2. Ciudadano Hernán Corral Talciani

El ciudadano Hernán Corral Talciani presentó intervención con el propósito de dar respuesta a las preguntas planteadas por esta Corporación dentro del cuestionario expuesto para el desarrollo de la audiencia pública. Sobre el particular, expuso sus argumentos de la siguiente forma:

Precisó que, al no dominar el derecho constitucional y civil colombiano, sus consideraciones se basan en las nociones generales del derecho civil y derecho Internacional de los derechos Humanos, por lo cual, limita sus respuestas a las preguntas 1 y 2, aunque invirtió el orden teniendo en cuenta que consideran que la segunda depende de lo que se conteste en la primera. En este sentido, sobre la pregunta: *¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?* Explicó que cuando se habla del derecho a contraer matrimonio civil de quienes integran las parejas del mismo sexo, se alude a un clase de matrimonio que se contraiga entre los miembros de la pareja, de manera que, “[n]o hay duda que los componentes de una pareja del mismo sexo no están imposibilitados por ese hecho para contraer matrimonio con terceros que sean del sexo opuesto al suyo”.

Sostuvo que la pregunta podría reformularse del siguiente modo: *¿Tienen las personas naturales el derecho de contraer matrimonio con otra de su mismo sexo?* Sobre el particular, explicó que para responder este interrogante, es necesario aclarar qué se entiende por matrimonio, pues, una vez definido el término, podrá determinarse con precisión si las personas tienen derecho al mismo y bajo qué condiciones. En este sentido, expuso que dicho concepto “*deberá derivarse de las funciones que la referida institución cumple en el orden social y las razones por las cuales es objeto de un estatuto jurídico especial tanto de derechos como de deberes y obligaciones*”.

Sobre la complementariedad sexual y la potencia procreativa del matrimonio, argumentó que la razón fundamental y esencial que otorga al matrimonio civil un status jurídicos institucional, se encuentra justamente en el carácter complementario que reviste la unión entre un hombre y una mujer, a través de la cual, “*de manera pública y permanente, se produce*

la transmisión de la vida y de la cultura humana. Es lo que se ha dado en llamar la 'orientación a los hijos' lo que explica que el matrimonio sea una relación no sólo privada sino de carácter público e institucional”.

En relación con el argumento concerniente a los matrimonios infértiles, indicó que existe una diferencia esencial entre la pareja heterosexual – incluso infértil- y la pareja homosexual. Sobre el particular, explicó que esta diferencia radica en que solamente la primera de ellas puede realizar el acto calificado como *Cópula Conyugal*, que consiste en la penetración pene-vaginal, y que a su vez es el único acto que tiene potencia generativa o procreadora, pero que también permite a las parejas de sexo opuesto realizarlo sin ánimo reproductivo. De esta forma, aseguró que, a pesar del marido y la mujer no llegar a tener hijos, ello no les obstruye cumplir “*con la vocación procreativa al realizar actos que son naturalmente adecuados para la concepción de un hijo, aunque este, por una patología o anormalidad, no llegue a concebirse”.*

Aclaró que las parejas del mismo sexo se encuentran inhabilitadas para realizar el acto natural de *Cópula Pene-Vaginal*, propia y esencial del matrimonio. Asimismo, indicó que otro tipo de interacciones o contactos sexuales no son concebidos como actos reproductivos, ni siquiera de manera potencial, ya que además, “*en verdad, tampoco realizan la unión corporal que se logra (incluso anatómicamente) en el coito conyugal”.*

Así también, expuso que, además, al derecho le asiste la razón cuando no niega el derecho al matrimonio de las parejas infértiles, pues realizar un diagnóstico certero y definitivo de esa infertilidad resulta una labor demasiado compleja. De esta forma, expuso que son incontables los casos de matrimonios que, luego de años en búsqueda de la procreación y después de haberse decidido a adoptar un niño, han terminado engendrando hijos biológicos. Agregó que la misma incertidumbre se da en los matrimonios celebrados “*en artículo de muerte”.*

Sobre el matrimonio en el Código Civil y la Constitución Política de Colombia, indicó que, como observador externo, puede inferir que notoriamente se observa el matrimonio como la fórmula clásica que fue redactada por Andrés Bello, la cual se aproxima a la misma concepción chilena. Adujo que de esta definición se destaca que el matrimonio es una unidad con el fin, no sólo de vida en común, sino de auxilio y procreación. Igualmente, expresó que en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, el concepto de matrimonio tiene respaldo en el artículo 17.2 de dicha convención, así como también en su número 5º, donde habla de los hijos nacidos dentro del matrimonio, lo cual justifica la exigencia de la heterosexualidad de la unión conyugal.

Sobre la discriminación por orientación sexual, sostuvo que un nuevo concepto de matrimonio significaría asimilarlo *“a una mera certificación oficial de la afectividad entre dos personas que hacen vida en común”*. Sobre este punto, afirmó que si la institución del matrimonio se redujera a ese trámite, seguramente se presentaría exclusión negativa al exigir que fuera solamente entre un hombre y una mujer; no obstante, dicha exigencia es justificada y por ende no existe discriminación, además, por cuanto a la comunidad matrimonial le ha sido encargada la misión de unirse sexualmente, engendrar y criar hijos. Por lo tanto, aseguró que si el propósito del matrimonio es construir una comunidad familiar que sirva de núcleo fundamental de la sociedad, a través del cual se produzca la generación y socialización de nuevos individuos, entonces, la heterosexualidad no sólo es justa, sino *“indispensable”*.

C. Institución que presenta una situación jurídica

1. Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, por intermedio de la Directora Nacional de Registro Civil, intervino en el proceso de la referencia y desarrolló las siguientes ideas centrales: la primera de ellas relacionada con el concepto de matrimonio según el ordenamiento jurídico vigente; en segundo lugar, profirió respuesta a cada uno de los interrogantes planteados por la Corte Constitucional, relacionados con los efectos que produce el *“vínculo contractual”* que autoriza la sentencia C-577 de 2011 en el estado civil de los contratantes.

Señaló que el matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre un hombre y una mujer, tal y como lo determina la Constitución y la ley, por cuanto reconoce como tal, la unión de un hombre y una mujer abiertos a tener hijos con plena protección a la familia y a los derechos patrimoniales que se establecen entre los cónyuges, efectos que igualmente son regulados por la ley, concretamente conforme a lo establecido por los artículos 5 y 42 de las Constitución en concordancia con el artículo 113 del Código Civil.

Respondió los interrogantes remitidos por esta Corporación en los siguientes términos:

“¿Cuál será el estado civil de las personas que celebren el contrato que autoriza la sentencia C-577 de 2011?”

Manifestó que el estado civil de las personas del mismo sexo, que a partir del 20 de junio de 2013 acudan ante Notario o Juez a formalizar y solemnizar su vínculo contractual de conformidad con la Sentencia mencionada, será el último que se registre o que aparezca en el Registro del Estado Civil, toda vez que el acto que modifica el estado civil o el estatus (SIC) de soltero a casado es el acto jurídico del matrimonio civil o religioso celebrado entre un hombre y una mujer, en virtud del precepto constitucional establecido en el artículo 5 y 42 en concordancia con el artículo 113 del Código Civil.

Resaltó que el estado civil es la situación jurídica de la persona frente al Estado, la familia y la sociedad, tal y como lo indica el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 y que el registro civil es el único documento público que legalmente prueba el estado civil de una persona ante su familia, la sociedad y el Estado. A partir de la inscripción de los hechos y actos jurídicos en el registro civil a cargo del Estado, se demuestra la situación jurídica que tiene la persona frente a la sociedad en orden a sus relaciones de familia, de la cual derivan sus derechos y obligaciones desde su nacimiento hasta su muerte, conforme a lo estipulado en el Decreto Ley 1260 de 1970, artículos 1, 5 y 107.

Agregó que según el artículo 22 ibídem, los hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil y la capacidad de las personas, distintos de los nacimientos, los matrimonios y las defunciones, deberán inscribirse en el registro del estado civil, por lo tanto el acto jurídico del matrimonio se inscribirá en el registro civil de matrimonio y lo atinente a sus efectos personales y patrimoniales, deberán anotarse tanto en el folio del registro de matrimonios, como en el registro de nacimiento de los cónyuges.

Indicó que el matrimonio podrá inscribirse según el artículo 68 de la misma disposición legal, a solicitud de cualquier persona, acto jurídico que debe acreditarse con copia fidedigna de la respectiva acta de partida parroquial en cuanto a matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes en el caso de los matrimonios civiles.

“Para la Registraduría Nacional del Estado Civil ¿El contrato que celebren las parejas del mismo sexo en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 577 de 2011 modifica el estado civil de los contratantes?”

Indicó que el Congreso de la República no ha legislado ni se ha pronunciado sobre la reglamentación de la unión entre parejas del mismo

sexo, así como tampoco las ha elevado ni asimilado a la categoría del vínculo matrimonial, en observancia al principio de legalidad o primacía de la ley que determina la seguridad jurídica que rige las relaciones en torno al Estado, la sociedad y la familia, el contrato celebrado entre estas en la forma señalada por la Corte Constitucional no modifica el estado civil, en tanto no existe disposición legal que así lo ordene.

“De llegar a ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior ¿Cómo deberá anotarse o consignarse el contrato que celebren las parejas del mismo sexo en virtud de la sentencia C-577 de 2011 en el registro civil de nacimiento de los contratantes (es decir bajo que apelativos)?”

Señaló que como no se afecta el estado civil de las personas, no se hace ninguna inscripción o anotación en el registro civil de nacimiento, toda vez que no se trata de una actuación jurídica sujeta a registro; lo anterior, fundado en el artículo 5 del decreto 1260 de 1970.

Consideró que como el Congreso de la República no legisló sobre las uniones del mismo sexo, no hay ley ni órgano democrático constitucionalmente facultado para adoptar este tipo de decisión, tal y como lo señaló la Corte en la citada sentencia C-577 de 2011.

Finalizó expresando que, como se desprende de la Sentencia, sus órdenes de la misma se concretan en asignar competencia a los Notarios o Jueces para formalizar y solemnizar la unión de parejas del mismo sexo, sin que con ello exista acto a ser objeto de registro civil ante los funcionarios que tienen asignada la función de registro.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	2
1. EXPEDIENTE T- 4.167.863	3
1.1. Solicitud	3
1.6. Hechos	3
1.7. Argumentos jurídicos de la tutela	4
1.8. Traslado y contestación de la demanda	5
1.8.1. Respuesta de la Superintendencia de Notariado y Registro	5
1.8.2. Respuesta de la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali	5
1.9. Decisiones judiciales	6
1.5.1. Decisión de primera instancia	6
1.5.2. Impugnación	7
1.5.2.1. Los accionantes	7
1.5.2.2. Procuraduría General de la Nación	8
1.5.2.3. Fundación Marido y Mujer	9
1.5.3. Decisión de segunda instancia	10
1.6. Pruebas documentales obrantes dentro del expediente	10
2. EXPEDIENTE T- 4.189.649	11
2.1. Solicitud	11
2.2. Hechos	12
2.3. Argumentos jurídicos de la tutela	12
2.4. Traslado y contestación de la demanda	13
2.4.1. Respuesta del Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C.	13
2.4.2. Intervención del señor William Alberto Franco Castro	14
2.4.3. Intervención de la Fundación Marido y Mujer	15
2.5. Decisiones judiciales	16
2.5.1. Decisión de primera instancia	16
2.5.2. Impugnación	17

2.5.3	Intervención de la Procuraduría General de la Nación	18
2.5.4.	Impugnación presentada por los señores William Alberto Franco Castro y Julio Albeiro Cantor Borbón	18
2.5.5.	Decisión de segunda instancia	20
2.5.6.	Solicitud de aclaración de sentencia presentada por la Fundación Marido y Mujer	20
2.5.7.	Incidente de nulidad interpuesto por la Fundación Marido y Mujer	21
2.6.	Pruebas documentales obrantes dentro del expediente	22
3	EXPEDIENTE T-4.309.193	22
3.1.	Solicitud	22
3.2.	Hechos	23
3.3.	Argumentos jurídicos de la acción de tutela	23
3.4.	Traslado y contestación de la demanda	24
3.4.1	Respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil	24
3.4.2.	Respuesta de la Notaría Tercera (3) del Círculo de Bogotá D.C.	25
3.5.	Decisiones judiciales	25
3.5.1.	Decisión de instancia única	25
3.6.	Pruebas documentales	25
4.	EXPEDIENTE T-4.353.964	26
4.1.	Solicitud	26
4.1.	Hechos	26
4.2.	Argumentos jurídicos de la acción de tutela	26
4.3.	Traslado y contestación de la demanda	27
4.3.1.	Respuesta de la Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá D.C.	27
4.3.2.	Intervención de la Procuraduría General de la Nación	28
4.3.3.	Intervención de Colombia Diversa	28
4.4.	Decisiones judiciales	29
4.4.1.	Decisión de primera instancia	29
4.4.2.	Impugnación	29
4.4.3.	Decisión de segunda instancia	29

4.5. Pruebas documentales	29
5. EXPEDIENTE T – 4.259.509	30
5.1. Solicitud	30
5.2. Hechos	30
5.3. Argumentos jurídicos de la petición de amparo	31
5.4. Traslado y contestación de la demanda	32
5.4.1 Respuesta del Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá	32
5.4.2 Intervención de las ciudadanas Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo	33
5.4.3 Intervención de la Fundación Marido y Mujer	33
5.5. Decisiones judiciales	33
5.5.2 Decisión de primera instancia	33
5.5.3 Impugnación	34
5.5.4 Decisión de segunda instancia	34
5.6. Pruebas documentales aportadas al expediente	35
6 EXPEDIENTE T – 4.488.250	35
6.1. Solicitud	35
6.2. Hechos	35
6.3. Argumentos jurídicos de la petición de amparo	36
6.4. Traslado y contestación de la demanda	37
6.4.1 Respuesta del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas	37
6.4.2 Respuesta de la Fiscalía General de la Nación	38
6.4.3 Respuesta de la emisora La Voz de La Dorada	38
6.5. Decisiones judiciales	38
6.5.1 Decisión de primera instancia	38
6.5.2 Impugnación	39
6.5.3 Decisión de segunda instancia	39
6.6. Pruebas documentales aportadas al expediente	40
II ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN	40

1. Intervenciones presentadas en cumplimiento del Auto del 1º de abril de 2014	41
C. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	41
D. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	43
E. Institución que se limita a describir un estado de cosas	44
2. Audiencia pública celebrada en la Sala de Audiencias del Palacio de Justicia el 30 de junio de 2015	44
E. Accionantes	45
F. Autoridades judiciales y notariales accionadas	46
G. Instituciones y expertos que consideran que la Corte debe amparar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	47
H. Instituciones y personas que, por diversas razones, estiman que la Corte debe negar las acciones de tutela	50
3. Intervenciones no presenciales durante la audiencia pública	51
D. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	51
E. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	52
F. Intervención que se limita a exponer una situación jurídica	53
II. CONSIDERACIONES	
3. La protección de las minorías como presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional	53
4. Problemas jurídicos	61
5. Subreglas constitucionales	63
3.1. El derecho a contraer matrimonio civil en condiciones de dignidad, libertad e igualdad	63
3.2. Existencia de un trato discriminatorio entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en materia de celebración de matrimonio civil	63
3.3. Ejercicio de funciones judiciales, notariales y registrales en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo	63
3.4. Funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación en relación con la formulación de acciones de amparo	64
6. Procedencia del amparo contra providencias judiciales, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil. Reiteración de jurisprudencia	65

4.1.	Acción de tutela contra providencias judiciales.	65
4.2.	Acción de tutela contra notarios.	67
4.3.	Acción de tutela contra Registradores del Estado Civil.	67
7.	Ausencia de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación para formular acciones de tutela encaminadas a evitar la realización de matrimonios igualitario.	68
6.	Importancia de la filosofía del lenguaje y de la historia en la determinación del significado de la palabra “matrimonio”	71
7.	En la actualidad, la sexualidad y la procreación son fines más no elementos esenciales del matrimonio	79
8.	Los derechos de las parejas del mismo sexo en el derecho comparado	79
8.1.	Estados que aprobaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo por decisión judicial	80
8.1.1.	Canadá (institución fundamental)	81
8.1.2.	Sudáfrica (derecho constitucional)	81
8.1.3.	Israel	82
8.1.4.	México (derecho fundamental)	83
8.1.5.	Brasil (derecho fundamental)	84
8.1.6.	Estados Unidos (derecho fundamental)	86
8.2.	Países que han aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo por decisión del respectivo órgano legislativo	89
8.2.1.	Holanda	89
8.2.2.	Bélgica	90
8.2.3.	España (derecho constitucional)	91
8.2.4.	Noruega	91
8.2.5.	Suecia	92
8.2.6.	Islandia	93
8.2.7.	Portugal	93
8.2.8.	Argentina	93
8.2.9.	Dinamarca	94
8.2.10.	Inglaterra y Gales	94
8.2.11.	Francia	95
8.2.12.	Uruguay	95

8.2.13. Escocia	95
8.2.14. Luxemburgo	95
8.2.15. Finlandia	96
8.2.16. Eslovenia	96
8.3. Aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo vía referendo (El caso singular de Irlanda)	96
8.4. Estados que reconocen a las parejas del mismo sexo figuras alternas al matrimonio	96
8.5. Estados que tipifican los actos sexuales y las uniones entre personas del mismo sexo como delito	97
9. Los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	98
9.3. Los derechos individuales de la población LGTBI	99
9.3.1. Cambio de sexo	99
9.3.2. Manifestaciones de afecto en público de personas del mismo sexo: Comercial de televisión titulado "Sida-referencia-Beso-duración 40"	100
9.3.3. Besos en espacio público	101
9.3.4. Prácticas homosexuales en la Policía Nacional	103
9.3.5. Acceso y no discriminación en el derecho a la educación	104
9.1.6. Visitas en establecimiento carcelario	107
9.1.7. Donación de sangre	109
9.1.8. La homosexualidad no puede constituir una causal de mala conducta para los docentes	110
9.1.9. Personas transgénero	112
9.2. Derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	116
9.2.1 Denegación de reconocimientos jurisprudenciales de las parejas del mismo sexo	117
9.2.2. Reconocimiento de la Unión Marital de Hecho para parejas del mismo sexo	120
9.2.3. Afiliación a salud como beneficiario de compañero/apermanente del mismo sexo	123
9.2.4. Pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo	125
9.2.5. Deber-derecho de alimentos entre compañeros/as permanentes del mismo	129
9.2.6. Otros derechos a parejas del mismo sexo -civiles, políticos, penales y sociales-	130

9.2.7. Porción conyugal	132
9.2.8. Herencia para compañeros permanentes del mismo sexo	134
9.2.9. Familia	135
9.2.10. Adopción biológica y plena entre parejas del mismo sexo	136
9.2.11. La sentencia C-577 de 2011	140
10. Los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual	146
11. Efectos jurídicos de considerar que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio)	155
12. Los jueces civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial	156
IV. ÓRDENES A IMPARTIR.	158
A. Resolución de los casos concretos	158
1. Acción de tutela contra providencia (Exp. 4.488.250). Se demanda en concreto un Auto, proferido por un juez civil municipal, mediante el cual se anuló el matrimonio celebrado entre un transgenerista y una mujer	158
Expediente T-4.488.250.	158
1.1. Examen de los requisitos generales de procedencia del amparo contra sentencias.	161
1.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia del amparo contra sentencias: el juez civil incurrió en varios defectos en su providencia	162
1.3. Improcedencia de la compulsa de copias a la justicia penal.	164
2. Acciones de tutela formuladas por la Procuraduría General de la Nación contra Autos proferidos por jueces civiles, quienes acogieron solicitudes de celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo.	166
2.1. Expediente T-4.189.649.	166
2.2. Expediente T-4.259.509.	169
3. Parejas del mismo sexo a quien un notario se niega a casar. Amparo contra particulares que ejercen una función pública	171
3.1. Expediente T-4.167.863.	171
3.2. Expediente T-4.353.964.	173

4. Negativa de un Registrador Auxiliar de registrar un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo. Acción de tutela contra una omisión de un funcionario administrativo.	176
Expediente T-4.309.193	176
B. Declaratoria de efectos inter pares y otras órdenes	177
V. SÍNTESIS	182
RESUELVE	201
ANEXO	
ANEXO I	1
INTERVENCIONES REALIZADAS EN CUMPLIMIENTO DEL AUTO DEL 1º DE ABRIL DEL 2014, PROFERIDO POR EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR	1
1. Intervenciones en el sentido de que la Corte debe amparar los derechos fundamentales de los accionantes	1
1.1. Universidad Autónoma de Bucaramanga	1
1.2. Universidad Industrial de Santander	2
1.3. Ministerio del Interior y de Justicia	2
1.4. Matrimonio Igualitario, México	3
1.5. Carlos Alberto Rocha	3
1.6. Diego López Medina	4
1.7. Comisión Colombiana de Juristas	5
1.8. Universidad de Cartagena	6
1.9. Universidad del Cauca	6
1.10. Universidad Nacional de Colombia	7
1.11. American University Washington College of Law	8
1.12. Grupo Glip de la Universidad del Norte	9
1.13. Grupo Rosarista de Interés en las Identidades Sexuales (GRIIS)	9
1.14. Programa de Derecho a la Salud del Centro de Docencias e Investigaciones de México	10
1.15. Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –DEJUSTICIA-	10
1.16. Universidad ICESI de Cali	12
1.17. Universidad de Los Andes	13
1.18. Integrantes de la Comunidad LGTBI	13

1.19. Universidad de Nariño	14
1.20. American Sociological Association –ASA-	15
3. Instituciones y personas que, con base en diversos argumentos, consideran que la Corte debe negar los amparos invocados	15
2.1. Procuraduría General de la Nación	15
2.2. Universidad de La Sabana	18
2.3. Universidad El Bosque	18
2.4. José Francisco Ordóñez Ordóñez	19
3. Instituciones que se limitan a describir un estado de cosas	19
3.1. Registraduría Nacional del Estado Civil	19
ANEXO II	20
AUDIENCIA PÚBLICA DEL 30 DE JUNIO DE 2015	20
1. Accionantes	21
1.1. Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas	21
1.2. William Alberto Castro y Julio Cantor Borbón	22
1.3. Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño	23
1.4. Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero	24
1.5. Procuraduría Delegada en Asuntos Civiles	25
2. Autoridades judiciales y notariales accionadas	28
2.1. Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá	28
2.2. Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá	30
2.3. Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá	31
3. Instituciones y personas que consideran que la Corte debe amparar los derechos fundamentales de los accionantes	35
3.1. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia	35
3.2. Albie Sachs	38
3.3. Ministerio del Interior	41
3.4. Ministerio de Justicia y del Derecho	45
3.5. Colombia Diversa y DEJUSTICIA	49
3.6. Mauricio Albarracín Caballero	54
3.7. Defensoría del Pueblo	57

3.8. Human Rights Watch	61
3.9. Macarena Sáez Torres	62
3.10. Thiago Amparo	63
3.11. Robert Wintemute	64
3.12. Nan D. Hunter	67
3.13. Diego López Medina	68
3.14. Angélica Lozano Correa	71
3.15. Aroldo Quiroz Monsalvo	73
3.16. Esteban Restrepo Saldarriaga	76
3.17. Carlos Arturo Gómez Pavajeau	77
3.18. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República	80
3.19. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia	83
3.20. Universidad de Los Andes	84
3.21. Universidad Libre de Colombia	86
3.22. Universidad Externado de Colombia	87
4. Instituciones y personas que, por diversas razones, estiman que la Corte debe negar las acciones de tutela	88
4.1. Procuraduría General de la Nación	88
4.2. Organización Alliance Defending Freedom	91
4.3. Fundación Marido y Mujer	92
4.4. Robert P. George	94
4.5. Marco Fidel Ramírez Antonio	95
4.6. Clara Lucía Sandoval Moreno	96
4.7. Jairo Ricardo Pinilla González	98
4.8. Ilva Miriam Hoyos	99
4.9. Universidad Sergio Arboleda	101
4.10. Universidad de La Sabana	103
4.11. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	107
ANEXO III	110
INTERVENCIONES NO PRESENCIALES	110

A. Intervenciones a favor de que el Tribunal Constitucional ampare los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	110
1. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex para América Latina y el Caribe (ILGALAC)	110
2. Fundación Freedom to Marry	113
3. David Norris	114
4. Pierre de Vos	115
5. Grupo de Inversiones Suramericana S.A.	117
6. Sociedades y oficinas de abogados	118
B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	119
1. Ryan T. Anderson	119
2. Ciudadano Hernán Corral Talciani	121
C. Institución que presenta una situación jurídica	124
1. Registraduría Nacional del Estado Civil	124