

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.

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

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

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 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

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 proscribed 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 (...)

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.

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.

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.

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.

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

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 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 4º 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.

⁴¹ *Ibidem*.

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

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”, arrió 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

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.

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 (pânitu); 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 palabra “synoikein” (habitar con) y sus derivados “synoikisia” y

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.

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 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.

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).

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

- 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.
- 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.

¹⁴ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

¹⁵ Sentencia T-658-98

¹⁶ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

¹⁷ Sentencia T-522/01

- 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

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?

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”.

“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.

¹¹ 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.

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 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

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 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.

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

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”*.

*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.

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:

³ *Ibidem*.

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

- 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.

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

- 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

- 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. Indican 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 reconocido 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:

- 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.

- 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 maritales 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

grado acierta en explicar que la compulsión 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.

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 profiriera 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

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.

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 Cíviles-, 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

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.

- 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 Republica, tal y como lo ordenó la Corte Constitucional.

Asimismo, el accionante manifiesta que contra la decisión adoptada las

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

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

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 a 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

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

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*

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

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 1° 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 10° 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.

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.

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:

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

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

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

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 derecho 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.

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.

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

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

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
9.1. Los derechos individuales de la población LGTBI	99
9.1.1. Cambio de sexo	99
9.1.2. Manifestaciones de afecto en público de personas del mismo sexo: Comercial de televisión titulado "Sida-referencia-Besoduración 40"	100
9.1.3. Besos en espacio público	101
9.1.4. Prácticas homosexuales en la Policía Nacional	103
9.1.5. 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

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 1° de abril de 2014	41
A. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	41
B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	43
C. 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
A. Accionantes	45
B. Autoridades judiciales y notariales accionadas	46
C. Instituciones y expertos que consideran que la Corte debe amparar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	47
D. 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
A. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	51
B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo	52
C. Intervención que se limita a exponer una situación jurídica	53
II. CONSIDERACIONES	
1. La protección de las minorías como presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional	53
2. Problemas jurídicos	61
3. Subreglas constitucionales	63
3.1. El derecho a contraer matrimonio civil en condiciones de dignidad, libertad e igualdad	63

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

