

judicial, entraña desconocimiento flagrante del imperativo general de los funcionarios públicos de cumplir la Constitución, las leyes y las decisiones judiciales.

ANEXO II

AUDIENCIA PÚBLICA DEL 30 DE JUNIO DE 2015

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

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

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

“¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?

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

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

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

2.2. Universidad de La Sabana

Por medio de escrito de intervención presentado el día 24 de abril de 2014, el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, manifestó lo siguiente:

Expresó que ha habido una incorrecta interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, al considerar que la Corte Constitucional autorizó la celebración de matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, ya que un correcto entendimiento de lo decidido, y sus consideraciones conduce a que, una vez vencido el plazo para que el Congreso de la República regulara el tema, los notarios y jueces quedaban autorizados para solemnizar contratos de convivencia, que dieran lugar al reconocimiento de las consecuencias jurídicas que pueden derivar de dicha clase de expresiones del consentimiento, sin que estas solemnidades revistan la denominación de matrimonio, reservada por el derecho para otra clase de uniones.

Consideró conviene reconocer las diferencias entre el matrimonio y las uniones homosexuales.

2.3. Universidad El Bosque

El día 2 de mayo de 2014, la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad El Bosque, por conducto de los doctores Carlos Escobar Uribe y Luz María Sánchez Duque, expresó lo siguiente:

Aseguró que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-577 de 2011, establece que las parejas del mismo sexo están en un déficit de protección en relación a las parejas heterosexuales, al no existir una figura jurídica estable y formal por la cual puedan conformar una familia. Sin embargo, este déficit no puede ser reparado por vía de control de constitucionalidad, en cuanto el concepto de matrimonio de la Constitución Política de Colombia está ligado a la pareja heterosexual. Indicó que esta circunstancia implica que haya una prohibición para que el legislador considere otra institución contractual o que extienda el matrimonio civil a parejas del mismo sexo.

Indicó que la legitimidad por activa para los agentes del Ministerio Público está dada por el artículo 277 numerales 2, 3 y 7 de la Constitución Política y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que mediante sentencia T-293 de 2013 reconoció que la Procuraduría General de la Nación se encuentra legitimada para formular acciones de tutela, si con ellas pretende la protección y defensa de los derechos fundamentales.

Manifestó que las actuaciones jurisdiccionales en la etapa previa del matrimonio se encuentran en cabeza del funcionario respectivo, y por lo tanto, no existe ningún camino procesal que permita enjuiciarlas o impugnarlas, por lo cual, la acción de tutela se torna procedente y de esa manera se estaría cumpliendo con el requisito de subsidiariedad.

Sostuvo que el amparo procede para cuestionar el acto jurídico matrimonial celebrado entre parejas de mismo sexo debido a: (i) la incertidumbre de acciones ordinarias para la impugnación, debido a que no se cuenta con una acción para atacar la existencia del negocio jurídico celebrado por personas del mismo sexo; y (ii) la relevancia constitucional del tema a tratar deja a un lado la acción de nulidad por inexistencia, entendida como el posible camino procesal de la jurisdicción ordinaria.

Advirtió que, por la importancia del tema, esta controversia corresponde a la jurisdicción constitucional, que mediante Sentencia C-577 de 2011 permitió a las parejas del mismo sexo formalizar una unión contractual solemne distinta del matrimonio.

Aseguró que los accionantes del proceso T-4.167.863, mediante escrito del 31 de enero de 2014, solicitaron al Tribunal Constitucional la declaración de la existencia de un hecho superado, pues ya no conforman una pareja sentimental.

Al respecto, añadió que en el presente caso no existe un hecho superado y por el contrario se presentó la figura del desistimiento de la acción de tutela, dado que a los accionantes no les asiste el deseo de contraer matrimonio civil. Sin embargo, en sede de revisión el desistimiento no es aplicable, precisamente porque lo que se persigue es la consecución de una finalidad superior, en virtud del interés general y público.

Argumentan que el logro de algunos matrimonios igualitarios ha sido una conquista frente a la persecución y el rechazo del que han sido víctimas por parte la comunidad y el Estado, en la medida en que este último ha sido responsable de trabas jurídicas que han impedido el respeto a sus derechos.

Exponen que están supeditados a los criterios del juez de turno y, a su vez, obstaculizados en el logro de su proyecto por la interferencia de la Procuraduría General de la Nación.

1.19. Universidad de Nariño

El Centro de Investigaciones y Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad de Nariño presenta las siguientes consideraciones a favor del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Ante la omisión legislativa por parte del Congreso, los principios de libre configuración legislativa y conservación del derecho, le permiten a la Corte Constitucional realizar en estos momentos una sentencia moduladora en aras de *“evitar el desmantelamiento del tejido normativo, preservando la voluntad legislativa, la cual se considera, en principio, acorde con la voluntad Constituyente”*, de manera que no se puede permitir por parte del juez constitucional, el menoscabo de los derechos fundamentales ya adquiridos.

Describen que el contexto del mundo actual se caracteriza por el apogeo de grandes reivindicaciones sociales, especialmente de grupos poblacionales que han sido víctimas de discriminación histórica, como grupos feministas o de tendencia sexual distinta. Agrega que estos movimientos forjaron nuevas formas de concebir el mundo, de establecer relaciones entre hombres y mujeres, colocando como premisa *la necesidad de consolidar igualdad entre los géneros, las diferentes formas de concebir la familia y las relaciones de pareja*, a partir de la visibilización y aceptación. Destaca que en 1990 la Asamblea General de la OMS suprimió la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales para con ello reivindicar los derechos de éste grupo poblacional.

Sostienen que hoy en día la familia ha modificado sus estructuras y sus interrelaciones en dirección a la heterogeneidad, por cuanto las

Estiman que la nulidad de matrimonio pretendida por el Ministerio Público dentro del expediente T-4.189.649, no se encuentra llamada a prosperar por cuanto: (i) la nulidad sólo puede ser declarada por un juez de familia en virtud del régimen de competencias; (ii) no se evidencia la constitución de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio; (iii) no se agota el requisito de subsidiariedad, en cuanto existían recursos ordinarios por los cuales hacer valer su pretensión; y (iv) no existe vía de hecho alguna, ya que el juez civil que celebró el matrimonio lo puede hacer, en cuanto es una de las interpretaciones de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011.

1.16. Universidad ICESI de Cali

El ciudadano Jerónimo Botero, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICECSI, pone a consideración los siguientes argumentos a favor del matrimonio civil de parejas del mismo sexo:

Expone que con base en la doctrina del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional se encuentra facultada para introducir conceptos derivados del estándar internacional sobre no discriminación y protección a la familia, para considerar la extensión del matrimonio civil a parejas del mismo sexo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye el principio de no discriminación, a partir del cual se puede concluir que se deben garantizar las mismas oportunidades de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo. Lo anterior, en tanto la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por dicha Convención, la cual proscribiera cualquier acto o norma discriminatoria contra las mismas.

En relación con el concepto de familia, aduce que la Corte Constitucional ha reconocido esta definición como un fenómeno sociológico anterior al derecho que encuentra reconocimiento político y jurídico con la Constitución de 1991. De esta forma, estima que la heterosexualidad no es una característica requerida para constituir un matrimonio, razón por la cual no existe justificación para impedir a las parejas del mismo sexo formalizar su unión bajo esta institución.

Indicaron que la Procuraduría General de la Nación no contaba con el interés necesario para formular la acción de tutela en el caso *sub examine*, en cuanto la competencia asignada por el Decreto 2591 de 1991, para ejercerla como agente oficioso, está limitada por los intereses del titular de los derechos fundamentales.

1.14. Programa de Derecho a la Salud del Centro de Docencias e Investigaciones de México

El 24 de abril de 2014, la señora Edith Maritza Ochoa García, ciudadana colombiana, remitió a esta Corporación el escrito de intervención preparado por los señores Alejandro Madrazo Lajous y Estefanía Vela Barba, integrantes del programa de Derecho a la Salud, del Centro de Docencias e Investigaciones de México.

Adujeron que en México la doctrina constitucional establece que el matrimonio implica el ejercicio de dos derechos separados, a saber: el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la familia. A partir de esta precisión, alegan que las personas tienen el derecho a elegir con quién conforman una familia y con quién desean tener una vida en común, es decir, existe la libertad de decidir con quién casarse y la misma se encuentra respaldada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Agregaron que a pesar de la facultad que tiene el legislador de limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, como lo es aquel de matrimonio, la misma debe encontrarse limitada a una justificación mediante la cual se dé por razonable la restricción del derecho en un caso específico. Afirman que para poder limitar el derecho al matrimonio civil de las parejas

1.15. Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –DEJUSTICIA-

Por medio de intervención presentada el día 24 de abril de 2014, el grupo Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –Dejusticia-, expresaron:

Además, sostiene que la inhabilidad para procrear nunca debería constituir un obstáculo para que las parejas del mismo sexo acudan al matrimonio.

Estimó que sobre la materia existe una omisión legislativa por parte del Congreso, en cuanto incumplió el deber legal de asumir la competencia para regular la misma y, con ello, dio lugar para que la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, permitiera la aplicación analógica del matrimonio civil a parejas del mismo sexo.

1.11. American University Washington College of Law

El día 24 de abril de 2014, la Directora Académica de esta universidad, a solicitud de la ciudadana colombiana Julieta Lemaitre Ripoll, presentó escrito en el que sostuvo:

Bajo un análisis de derecho comparado ha existido un avance jurisprudencial en torno a decisiones relacionadas con el matrimonio de parejas del mismo sexo, del cual se evidencia el uso del concepto de dignidad humana como elemento central en la determinación de los derechos de las parejas del mismo sexo. A su vez, al análisis de este concepto se le ha dado tres usos distintos: (i) dignidad como igualdad, (ii) dignidad como autonomía, y (iii) dignidad como estatus derivado del matrimonio.

Mencionó que varias decisiones internacionales han aplicado la interpretación progresiva del ordenamiento jurídico para ajustarlo a la realidad moderna. En este sentido, jurisdicciones de Estados como México, Canadá y Portugal han llegado a negar la heterosexualidad como elemento esencial del matrimonio bajo el supuesto que la esencia del mismo es el apoyo mutuo.

Concluyó que es vital analizar la rigidez o movilidad de conceptos constitucionales como aquel de familia, en busca que los mismos no se utilicen para forzar a las personas a ajustarse a la voluntad de las mayorías, sino se encaminen a la defensa de derechos como la igualdad, la autonomía y dignidad humana.

1.8. Universidad de Cartagena

El señor Jorge Olivero Verbel, Vicerrector de Investigaciones de la Universidad de Cartagena, argumentó lo siguiente:

La Constitución del 1991 introdujo una visión más amplia de familia que superó el concepto clásico del derecho civil, que tradicionalmente la ha definido como el producto de la unión entre un hombre y una mujer bajo la institución del matrimonio. La actual Carta Política reconoció la familia como núcleo fundamental de la sociedad y con ello admitió nuevas formas de integrarla, como es el caso de las uniones de parejas del mismo sexo.

Argumentó que el matrimonio es una institución que reconoce derechos y modifica el estado civil de las personas, así como también genera efectos jurídicos en ámbitos como la seguridad social, la salud, filiación, adopción, etc., los cuales se encuentran dirigidos a la protección de la pareja y de la familia. Por lo tanto, afirma que la privación de esta institución a parejas del mismo sexo implica un déficit de derechos, en comparación con las parejas heterosexuales unidas por matrimonio.

Sostuvo que el reconocimiento de estos derechos implicaría un avance en materia de inclusión de grupos minoritarios, como es el caso de las parejas del mismo sexo, por cuanto es un paso importante en la construcción de un Estado tolerante, solidario y participativo.

1.9. Universidad del Cauca

El día 25 de abril de 2014, la señora María Fernanda Figueroa Gómez, docente del departamento de Derecho Público y miembro del grupo de Investigación en Derechos Humanos y Problemas Regionales de la Universidad de Cauca, presentó escrito de intervención.

Aseguró que Colombia ha ratificado diversos tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen derechos como el matrimonio, la intimidad y la igualdad. En virtud de estas disposiciones, las personas se encuentran en libertad de elegir si contraen o no matrimonio con todas las consecuencias que se derivan del mismo, de manera que una prohibición en materia de estos derechos a parejas del

análisis de constitucionalidad del artículo 1723 del Código Civil Brasileiro, relativo a la institución del matrimonio.

Manifestó que el Tribunal sostuvo que las uniones civiles entre hombres y mujeres debían extenderse también a uniones del mismo sexo, toda vez que las mismas deben ser consideradas como entidades públicas sujetas a los mismos criterios de “*relaciones públicas continuas de larga duración con el propósito de consolidación de una familia*”.

Afirmó que el Tribunal consideró el derecho a la libertad sexual como un elemento esencial de la dignidad humana, la autonomía y la personalidad. Bajo este entendido, asevera que no existe razón para establecer una diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales, y tampoco para que las personas heteroafectivas se opongan a la igualdad de las parejas del mismo sexo.

1.6. Diego López Medina

El ciudadano Diego López Medina presentó escrito de intervención ante esta Corporación el día 24 de abril de 2014, en el cual expuso varias razones a favor del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Arguyó que en Colombia hay una fuerte resistencia hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario, la cual, en su parecer, se encuentra sustentada en una ideología religiosa que refleja un gran arraigo cultural; muestra de ello fue la resistencia que presentó el Congreso frente al exhorto de la Corte para regular la materia.

Adujo que el artículo 42 de la Constitución Nacional no puede ser objeto de una interpretación en virtud de la cual se prohíba el matrimonio entre parejas del mismo sexo, puesto que es articulador de ideas de igualdad y pluralismo. Lo anterior es incompatible con la idea según la cual el artículo 42 de la Constitución contiene un principio de heterosexualidad, bajo el cual debe edificarse la familia colombiana.

Sustentó que la figura de vínculo solemne, creada por la Corte Constitucional para superar el déficit de protección a parejas del mismo sexo, tan solo busca formalizar el vínculo de estas parejas, sin estimar que no supera el déficit en el que se encuentran por el trato discriminatorio,

obstaculizar el reconocimiento del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo mediante intervenciones y afirmaciones desobligantes.

1.2. Universidad Industrial de Santander

Mediante escrito de intervención presentado el día 23 de abril de 2014, la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, por intermedio de su Grupo de Investigación Politeia, presentó las razones por las cuales actúa a favor del reconocimiento del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Aseguró que las finalidades de auxilio, fidelidad, socorro y ayuda mutua, que se buscan mediante la conformación de una familia, no se limitan al matrimonio entre parejas heterosexuales, ya que las mismas pueden presentarse en el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Manifestó que la figura del matrimonio no puede ser interpretada desde la perspectiva religiosa de la mayoría de la sociedad, ya que la idea de matrimonio como la unión entre parejas de distinto sexo es exclusiva de la doctrina religiosa.

1.3. Ministerio del Interior y de Justicia

El día 23 de abril de 2014, el Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, Pedro Santiago Posada Arango, presentó escrito de intervención en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, con la finalidad de expresar los motivos por los cuales se hace necesaria la defensa y la protección del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Respecto a las solicitudes de tutela y los fallos de instancias de los procesos T- 4.167.863 y T- 4.189.649 manifestó que, a la luz de una interpretación constitucional, no cabe duda de la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico.

Expuso que en el ámbito de sus competencias, el Ministerio del Interior y de Justicia tiene como objetivos la formulación, adopción y seguimiento de las políticas públicas relativas a los derechos humanos y asuntos de la


MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General P06.206.

SENTENCIA SU-21416

de unificación tiene carácter vinculante, con efectos *inter pares*, en los términos de la parte motiva de esta providencia.


DÉCIMO SEGUNDO. ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que adopten medidas de difusión entre los Jueces, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011, proferida por la Corte Constitucional.

Por la Secretaría librense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese y archívese el expediente.


MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

con adopción de voto


LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

con salvamento de voto


ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

Con adopción de voto

la impedir la celebración del matrimonio civil entre los señores Julio Albeiro Cantor Borbón y William Alberto Castro (**Expediente T- 4.189.649**). En su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** de la tutela invocada.

CUARTO. REVOCAR el fallo de tutela proferido el veintinueve (29) de marzo de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación, del derecho fundamental al debido proceso, contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, dirigido a la impedir la celebración del matrimonio civil entre las señoras Elizabeth González Sanabria y Sandra Marcela Rojas Robayo (**Expediente T- 4.259.509**). En su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** del amparo solicitado.

QUINTO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el treinta (30) de agosto de 2013 por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Cali, la cual negó el amparo de los derechos fundamentales a la protección de la familia, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad de los señores Luis Felipe Rodríguez Rojas y Edward Soto, vulnerados por la Notaría Cuarta del Círculo de Cali (**Expediente T-4.167.863**). En su lugar, **DECLARAR** la carencia actual de objeto, debido a que los accionantes manifestaron que, a la fecha, ya no le asiste voluntad de contraer matrimonio civil.

SEXTO. REVOCAR la sentencia del veinticinco (25) de abril de 2014, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del once (11) de marzo de 2014, pronunciado por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Civil Municipal de Bogotá, que negó la solicitud de protección constitucional impetrada (**Expediente T-4.353.964**). En su lugar, **AMPARAR** el derecho a contraer matrimonio civil de los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero. En consecuencia, **ORDENAR** al señor Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá celebrar el matrimonio civil, conforme a la solicitud elevada por los accionantes y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, proceder a registrar el correspondiente matrimonio civil.

administrativo de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón, frente a la negativa de la Notaría Tercera de Bogotá y la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo de inscribir su matrimonio civil en el Registro del Estado Civil. En su lugar, ampara el derecho a contraer matrimonio civil de los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón; y, declara la carencia actual de objeto por cumplimiento del fallo de tutela, al haberse inscrito el matrimonio civil en el Registro del Estado Civil.

9.2. Declaratoria de efectos *inter pares* y otras órdenes. Con el propósito de: (i) superar el déficit de protección reconocido en la Sentencia C-577 de 2011, en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (ii) garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extiende los efectos de su Sentencia de Unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.

De igual manera, la Corte declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 del 20 de junio de 2011. Para la Corte, los Jueces de la República que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, actuaron en los precisos términos de la Carta Política, de conformidad con el principio constitucional de autonomía judicial, previsto en el artículo 229 de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En igual sentido, esta Corporación advierte a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos y a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos *inter pares*, en los términos de la parte motiva de la providencia.

efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género.

9. Órdenes a impartir.

9.1. Resolución de casos concretos

Expediente T-4.488.250 (acción de tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión de anular su matrimonio igualitario). La Corte confirma parcialmente la sentencia del día nueve (9) de mayo de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la acción de tutela formulada por Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada, Caldas, mediante la cual se amparó el derecho fundamental al debido proceso, en tanto el fallador carecía de competencia para anular un matrimonio civil celebrado entre parejas del mismo sexo (Expediente T-4.488.250). De igual manera, la Corte revoca la Sentencia proferida por el Tribunal, en relación con la orden de compulsar copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación. En su lugar, ampara: (i) a los señores Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño Cruz en su derecho a contraer matrimonio civil; y (ii) al señor Elkin Alfonso Bustos su derecho fundamental a la identidad de género. En consecuencia, deja sin efectos la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Expediente T-4.189.649 (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo). La Corte revoca el fallo de tutela proferido el veintitrés (23) de marzo de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se negó el amparo del derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, encaminado a la impedir la celebración del matrimonio civil entre los señores Julio Albeiro Cantor Borbón y William Alberto Castro. En su lugar, declara improcedente la acción de tutela.

Expediente T-4.259.509 (acción de tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y

Sexto fundamento: Efectos jurídicos de considerar que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio). La Corte considera que interpretar que las parejas del mismo sexo deben realizar un contrato solemne, que no configura un matrimonio civil conduce, entre otros, a los siguientes resultados inadmisibles: (i) no constitución formalmente de una familia; (ii) no surgimiento de los deberes de fidelidad y mutuo socorro; (iii) los contratantes no modifican su estado civil; (iv) ausencia de una sociedad conyugal; (v) los contratantes no ingresan en el respectivo orden sucesoral; (vi) imposibilidad de suscripción de capitulaciones; (vii) falta de claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes; (viii) de llegar a establecer su residencia en otros países, las respectivas autoridades no les brindarían a la unión solmne, la protección legal que tienen los cónyuges, ya que éstas no les reconocen los efectos que tienen en nuestro sistema jurídico; y (ix) en materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente. En conclusión, ningún contrato solemne innominado o atípico, celebrado entre parejas del mismo sexo, podría llegar a producir los mismos efectos personales y patrimoniales que un matrimonio civil. De allí que los contratos civiles innominados, o que buscan solemnizar y formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011.

Séptimo fundamento: Los Jueces Civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial. El artículo 228 Superior consagra los principios de autonomía e independencia judiciales, elementos esenciales para el ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho.

Desde sus primeros fallos, la Corte Constitucional ha construido una sólida línea jurisprudencial en torno al concepto de función judicial, sus características e implicaciones¹⁴⁹, reconociendo que los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial,

¹⁴⁹ Entre muchos fallos ver: T-006 de 1992, C-1195 de 2001, C-1027 de 2002, T-224 de 2003, T-114 de 2007, T-117 de 2009 y T-238 de 2011.

La definición del concepto de familia ha evolucionado, lo cual ha permitido que las parejas del mismo sexo puedan conformarla¹⁴⁷, superando parcialmente el déficit de protección detectado con anterioridad; máxime si este Tribunal Constitucional admitió que aquéllas pueden adoptar niños, niñas y adolescentes¹⁴⁸, teniendo en cuenta el interés superior del menor y la inexistencia de razones que justifiquen un trato diferenciado entre las diversas parejas en Colombia.

En el contexto de las decisiones judiciales que, de manera constante, pacífica y reiterada han amparado el derecho fundamental a la igualdad de las personas discriminadas por motivos de orientación sexual, la posibilidad de unirse formal y solemnemente para contraer matrimonio civil, constituye un avance trascendental en la tarea del juez constitucional de proteger los derechos de un grupo minoritario.

Quinto fundamento: En virtud de los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual. La autonomía que tiene el ser humano de contraer matrimonio civil, sin distingos sociales, étnicos, raciales, nacionales o por su identidad sexual es un predicado de la dignidad humana. De allí que, constitucionalmente sólo resulten admisibles las limitaciones jurídicas referidas a ciertos grados de consanguinidad, edad, ausencia de consentimiento libre o existencia de otro vínculo matrimonial.

La libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas “matrimonio”.

¹⁴⁷ Sentencia C-577 de 2011

¹⁴⁸ Sentencias SU-617 de 2014, C-071 de 2015 y C-638 de 2015.

Líbano, Omán, Qatar, Siria, Afganistán, Bangladesh, Bután, Maldivas, Pakistán, Sri Lanka, Corea del Norte, Brunéi, Indonesia, Malasia, Myanmar, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Samoa. En siete (7) naciones, de manera extrema y contraria a la vida y a la dignidad humana, es causal de pena de muerte: Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Mauritania, Somalia, Sudán del Sur y Yemen.

El derecho comparado ofrece elementos de juicio que permiten a la Corte constatar que toda sanción, restricción, discriminación o trato diferenciado fundado en la orientación sexual, tiene origen o arraigo eminentemente cultural, teocrático, dictatorial o religioso, objetivamente vulneradores de principios de libertad individual, dignidad e igualdad y, así mismo, evidenciar que en los Estados de Derecho neoconstitucionales se ha convertido en una tendencia global el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

En materia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, este reconocimiento se ha efectuado con sustento en diversas aproximaciones. En algunos Estados es un derecho fundamental, como es el caso de Brasil, México y Estados Unidos; en otros, se ha determinado que se trata de una institución fundamental, como ocurrió en Canadá o de un derecho constitucional, tal y como lo consideraron los Tribunales Constitucionales de Sudáfrica y España. Por su parte, los países que han reformado sus legislaciones, en su gran mayoría lo conciben como un derecho civil que no puede ser objeto de restricciones fundadas en la orientación sexual¹³⁴.

Cuarto fundamento: Los derechos constitucionales fundamentales de las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Los precedentes de esta Corporación han garantizado, de manera constante y uniforme, los derechos constitucionales fundamentales de los **integrantes de la comunidad LGTBI**, al considerar la orientación sexual como una categoría sospechosa usualmente empleada con fines discriminatorios. Este enfoque, que busca superar un secular déficit de protección que afecta a estos ciudadanos, ha conducido a amparar derechos individuales en ejes temáticos referentes a: cambio de sexo¹³⁵, visitas

¹³⁴ Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Uruguay (2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2010), Francia (2013), Nueva Zelanda (2013), Finlandia (2014), Luxemburgo (2014), Inglaterra, Gales y Escocia (2014).

¹³⁵ Sentencia T-594 de 1993

comunidad de vida. El objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad, aspecto sobre el cual conviene precisar que los fines del matrimonio no son exclusivamente el desarrollo de la sexualidad o la procreación, sino en esencia la consolidación de lazos de voluntad o convivencia, que permiten conformar una familia. De lo contrario, a las parejas heterosexuales, que de manera libre deciden no procrear o aquellas personas con alguna limitación física para la reproducción, les estaría vedado contraer matrimonio. Del mismo modo, las personas que no se encuentran en capacidad de desarrollar una vida sexual plena se les impediría casarse.

Tercero fundamento: Avances del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en el derecho comparado. En un período de tan sólo quince años la humanidad, de forma gradual y progresiva, ha reconocido diversos derechos de las parejas del mismo sexo, entre ellos, el derecho a contraer matrimonio civil. De los ciento noventa y cuatro (194) Estados oficialmente reconocidos por la ONU, a la fecha veintitrés (23) han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, eliminando todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual.

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

De los veintitrés (23) Estados que permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo, en seis (6) es el resultado de decisiones judiciales, en dieciséis (16) son consecuencia de leyes aprobadas por los respectivos órganos

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

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

- La Procuraduría General de la Nación carece de legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 del 20 de junio de 2011, el orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Toda vez que la protección, defensa y restitución de derechos fundamentales fundados específicamente en la dignidad, la libertad individual y la igualdad no pueden soslayarse bajo la supuesta defensa del orden jurídico, dispuesta por el artículo 277 Superior.

10. Fundamentos de las subreglas constitucionales. La construcción de las referidas subreglas constitucionales tiene los siguientes fundamentos:

un ejercicio válido de autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana?

7. Problemas jurídicos concretos. Los seis (6) expedientes de amparo que revisó la Corte plantean diversos problemas jurídicos específicos:

- ¿La Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 de 2011, el orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso? (Exp. T- 4.189.649 y T- 4.259.509).
- ¿Se cumplen los requisitos genéricos de procedencia del amparo contra providencias judiciales?; y ¿la autoridad judicial incurrió en algún defecto al momento de adoptar su decisión? (Exp. T-4.488.250)
- ¿Los Notarios Públicos que se negaron a realizar matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, desconocieron los derechos fundamentales de los peticionarios? (Exps. T-4.167.863 y T-4.353.964).
- ¿un Registrador Auxiliar el Estado Civil puede negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado entre una pareja del mismo sexo, alegando estar cumpliendo con la sentencia C-577 de 2011? (Exp. T-4.309.193).

8. Reiteración de jurisprudencia sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, ejercicio de funciones públicas Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil. En la resolución de los seis (6) expedientes de amparo, la Corte reiteró numerosos precedentes sobre la procedencia del amparo contra providencias judiciales (causales genéricas y específicas); particulares que ejercen funciones públicas (Notarios Públicos); y funcionarios registrales.

9. Subreglas constitucionales construidas para la resolución de los casos concretos. Para resolver de los diversos problemas jurídicos, la

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

4. El fallo de unificación se encuentra en perfecta consonancia con lo decidido en Sentencia C-577 de 2011. La Corte en Sentencia C-577 del 20 de julio de 2011, siguiendo sus líneas jurisprudenciales referentes al déficit de protección en que se encuentran las minorías sexuales en Colombia, consideró que: *“la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de personas de orientación sexual diversa... conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano deber tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja de personas del mismo sexo.”*

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

En igual sentido, esta Corporación advertirá a las autoridades judiciales, a los notarios y a los registradores del país, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante.

Por último, se exhortará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que difundan entre los jueces, notarios y registradores del estado civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011.

Valga aclarar que es propósito de la Corte Constitucional en esta sentencia unificar la jurisprudencia y dar pautas en la defensa de los derechos fundamentales de un grupo minoritario. Razón por la cual, todos los jueces de la República deben acogerla como regla de derecho en tanto integrantes de la jurisdicción constitucional.

V. SÍNTESIS

1. Selección y acumulación de expedientes. La Sala Plena de la Corte, en sesión del día 14 abril de 2016, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, así como los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, asumió la revisión constitucional de las decisiones judiciales de las acciones de tutela en seis (6) expedientes acumulados, así: (i) T-4.488.250 (tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión de anular su matrimonio igualitario); (ii) T- 4.189.649 (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo); (iii) T-4.259.509 (tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una solicitud de matrimonio igualitario); (iv) T-4.167.863 (pareja del mismo sexo, integrada por sujetos de derecho a quienes un Notario Público se negó a casar); (v) T-4.353.964 (denegación de un Notario Público a celebrar un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo); y (vi) T-4.309.193 (negativa de un Registrador del Estado Civil de registrar de un matrimonio igualitario).

inconstitucionalidad.

De conformidad con el Auto 071 de 2001, quedan cobijados por los efectos *inter pares* de la providencia, aquellos casos semejantes en los cuales los jueces de tutela no apliquen las reglas de reparto de la acción de tutela contenidas en el Decreto 1382 de 2000 y, en su lugar, se fundamenten en el mandato constitucional establecido en el artículo 86, según el cual el recurso de amparo puede ser interpuesto ante cualquier juez, en cualquier momento y en todo lugar.

“cuando concurren las condiciones anteriormente enunciadas la excepción de inconstitucionalidad aplicada por esta Corporación tiene efectos inter pares, es decir, entre todos los casos semejantes, logra conciliar todas las normas constitucionales en juego. En todos los casos en los cuales deba decidirse una acción de tutela, los jueces quedan cobijados por los efectos inter pares de esta providencia, lo cual asegura que el principio de supremacía constitucional sea efectivamente respetado y que los derechos fundamentales que requieren por mandato de la Carta “protección inmediata” (artículo 86 de la C. P.), no se pierdan en los laberintos de los conflictos de competencia que impiden que se administre pronta y cumplida justicia en desmedro de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C.P.). Los efectos inter pares también aseguran que, ante la evidencia del profundo, grave, generalizado y recurrente perjuicio que para el goce de los derechos fundamentales ha tenido la aplicación de normas administrativas contrarias a la Constitución, la Corte Constitucional como órgano del Estado al cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, cumpla su misión de asegurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales”.

Con ocasión de la Sentencia C-577 de 2011 y el persistente déficit de protección constitucional en el ejercicio de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, han tenido lugar diversas interpretaciones acerca de cuál es el vínculo contractual idóneo para formalizar y solemnizar uniones de parejas homoafectivas. Precisamente, esta indefinición legal en la constitución de la familia diversa ha ocasionado que algunas parejas del mismo sexo no hayan podido válidamente formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

En consecuencia, la Corte Constitucional encuentra que procesalmente

Con todo, en algunos casos, dada la existencia de un universo objetivo de personas que se encuentran en la misma situación de los accionantes, la Corte los ha modulado, con el fin de asegurar el ejercicio del derecho a la igualdad.

Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario tendiente a evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales de las partes en el proceso. Este supuesto se presenta cuando su protección incide en los mismos derechos fundamentales de terceras personas no tutelantes. Teniendo en cuenta que el amparo constitucional no puede contrariar su naturaleza y razón de ser en la protección de derechos fundamentales de otros sujetos que se hayan circunstancias similares, el juez de tutela dispone de los efectos *inter comunis* e *inter pares* con el objeto de amparar, con la misma fuerza vinculante, los derechos constitucionales fundamentales de quienes no habiendo acudido directamente a este medio judicial requieren de igual protección. Claro está, siempre que los terceros se encuentren en condiciones comunes o iguales a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de amparo dada por el juez constitucional repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no vinculados.

Los efectos *inter comunis* se refieren a situaciones que se extienden a una comunidad determinada por unas características específicas. En la Sentencia SU 1023 de 2001, la Corte extendió por primera vez los efectos *inter comunis*, en un caso en el cual los accionantes solicitaban el pago de mesadas pensionales a cargo de una entidad en liquidación obligatoria que no disponía de recursos suficientes para garantizar los mismo. Como problema jurídico, la Corte se preguntó si frente a una empresa que se encuentra en estas condiciones, la orden de pagar mesadas pensionales a quienes instauraron acción de tutela ¿vulnera el derecho a la igualdad de participación que les asiste a los demás pensionados no tutelantes?

Para resolver el asunto, se decretaron efectos *inter comunis* con respecto a los pensionados de la Flota Mercante Gran Colombiana a los cuales se les adeudaban varias mesadas pensionales para que la orden de la sentencia que pretendía proteger los derechos fundamentales de los accionantes, se extendiera también a todos los exfuncionarios de la entidad accionada que se encontraran en la misma situación:

En este orden de ideas, la Sala procederá a revocar la sentencia del 25 de abril de 2014, proferida por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del 11 de marzo de 2014, pronunciado por el Juzgado 63 Civil Municipal de Bogotá, que negó la solicitud de protección constitucional impetrada. En su lugar, amparará el derecho de los accionantes a contraer matrimonio civil. En consecuencia, ordenará al señor Notario 37 de Bogotá acceder a la solicitud de celebración de matrimonio igualitario, elevada por los señores Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, proceder a registrar el correspondiente matrimonio civil.

4. Negativa de un Registrador Auxiliar de registrar un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo. Acción de tutela contra una omisión de un funcionario administrativo.

Expediente T-4.309.193

Los señores William Alberto Castro Franco y Julio Albeiro Cantor Borbón interpusieron acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Tercera de Bogotá, por negarse a inscribir su matrimonio en el correspondiente registro civil.

Alegan que el 20 de septiembre de 2013 contrajeron matrimonio civil ante el Juez 48 Civil Municipal de Bogotá. Acto seguido, intentaron registrarlo en la Notaría Tercera de Bogotá, siendo su solicitud negada por cuanto se requería un “certificado especial” expedido por el juez.

El Juez 48 Civil Municipal le indicó a los accionantes que la única formalidad legalidad para registrar un matrimonio civil era la correspondiente acta, la cual ya existía.

Ante la negativa de la Notaría, los peticionarios acudieron ante la Registraduría Auxiliar de Teusaquillo, entidad donde se les indicó que resultaba imposible registrar su matrimonio, por tratarse de dos hombres.

La Notaría Tercera de Bogotá respondió en el sentido de que la “posición del gremio de notarios (Unión Colegiada del Notariado Colombiano) en concordancia con la sentencia C-577 de 2011, numeral quinto, es la de formalizar y solemnizar un vínculo contractual”.

sexo”, por mandato jurisprudencial; (vi) no se trata de un contrato innominado; y (vii) en el presente caso resulta improcedente aplicar el método de interpretación analógico.

En el trámite de la petición de amparo intervino la Procuraduría General de la Nación alegando que el matrimonio sólo puede celebrarse entre individuos de distinto sexo. En tal sentido, el juez no puede abrogarse una competencia que es del legislador.

El Juzgado 63 Civil Municipal de Bogotá, mediante Sentencia del 11 de marzo de 2014, resolvió negar el amparo solicitado. En el texto de su breve fallo se lee lo siguiente:

“la conducta del notario no luce arbitrario (sic) o totalmente desacertado (sic), igualmente en los términos de la Sentencia C-577 de 2011, no es válido al juez utilizarla como criterio de interpretación y aplicación para solemnizar el vínculo de las parejas del mismo sexo, más cuando no hay parámetros en la propia sentencia, razones suficientes para denegar el amparo solicitado”.

El Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia del 25 de abril de 2014, resolvió confirmar el fallo del *a quo*. Estimó el juez que, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011, de forma alguna se autorizó a los jueces o notarios a tramitar matrimonios entre personas del mismo sexo; dicha potestad está en cabeza del legislador y no de los jueces.

La Sala revocará el referido fallo de tutela y amparará el derechos de los peticionarios a contraer matrimonio civil, con base en las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo, las cuales se sintetizan en lo siguiente:

- La Sentencia C- 577 de 2011 exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, “*según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas*”.

No obstante lo anterior, advierte la instancia que lo que los accionante pretenden es que se le dé trámite a su solicitud de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo y la celebración de dicho contrato, de conformidad con las normas procesales y sustanciales del Código Civil y demás leyes que lo reforman o desarrollan, no siendo esto lo ordenado en la sentencia de control de constitucionalidad tantas veces referida”

El 31 de enero de 2014, los señores Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto radicaron un escrito ante la Corte desistiendo de su petición de amparo. Sus argumentos fueron los siguientes:

“Nuestra persistente lucha jurídica por disfrutar de los mismos derechos fundamentales que tienen todos los y las colombianas repercutieron negativamente en nuestra vida personal y de pareja, al punto que hoy en día no conformamos más una familia.

En otras palabras, para la fecha los suscritos accionantes ya no conformamos una pareja sentimental y un núcleo familiar, y por consiguiente, en este momento nos asiste más la voluntad libre de contraer matrimonio civil”.

En consecuencia, solicitaron a la Corte declarar la existencia de un hecho superado. Esta petición fue coadyuvada por la ONG Colombia Diversa.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el desistimiento sólo procede cuando se encuentran comprometidas las pretensiones individuales del actor¹²⁷, toda vez que no cabe la renuncia a la petición cuando el tema que se aborda involucra elementos que despiertan el interés general:

“[T]ambién debe insistirse en el carácter público que adquiere el trámite de la tutela cuando se refiere a puntos que, como en el presente caso, afectan el interés general. Ese el motivo para que esta Sala halle inadmisibles el desistimiento de la acción o de la impugnación correspondiente se en su decisión, como aquí ocurre, están comprometidos aspectos relacionados con el bien colectivo, pues en tales situaciones, por aplicación del principio consagrado en el artículo 1º de la Carta, debe

¹²⁷ Ver sentencias T-550 de 1992; T-433 de 1993 y T-297 de 1995.

formato vigente de REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO, sin que sa óbice para ello el registro de sexo o género de las mismas, a fin de cumplir con lo de su cargo en cuanto al registro solicitado (art. 228 CP)”.

La autoridad accionada respondió en el sentido de actuar en el ámbito de su autonomía judicial y crítica a la Procuraduría General de la Nación por actuar supuestamente en defensa del orden jurídico.

A su vez, los contrayentes se opusieron alegando que la Procuraduría General de la Nación carecía de legitimación activa para formular una solicitud de amparo y que ni siquiera es titular de un interés jurídico “*que le hubiera permitido participar en mi trámite de matrimonio*”.

El Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de octubre de 2013, resolvió tutelar el derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación, y en consecuencia le ordenó a la Juez 44 Civil Municipal dejar sin efecto toda la actuación adelantada, en relación con la solicitud de matrimonio elevada por las accionantes.

Las contrayentes impugnaron el fallo invocando la falta de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal Superior de Bogotá, en Sentencia del 29 de octubre de 2013, resolvió revocar el fallo del *a quo* y en su lugar, negar el amparo al derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal estimó que se incumplía el requisito de la subsidiariedad, por cuanto si lo pretendido por el Agente del Ministerio Público era dejar sin efectos un matrimonio civil celebrado entre personas del mismo sexo, tal competencia se encontraba asignada a los jueces de familia.

Un examen del fallo de segunda instancia evidencia que el fallador consideró, a semejanza del *a quo*, que la Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para interponer una acción de tutela, actuando en defensa del ordenamiento jurídico e invocando la violación del derecho fundamental al debido proceso. Sin embargo, el amparo se negó por incumplir el requisito de subsidiariedad, ya que la

que la Corte en definitiva decantó es que las personas involucradas tienen derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual solemne y formal ante un juez o notario.”

El Juez 48 Civil Municipal de Bogotá impugnó el fallo de amparo, alegando desconocimiento de la Sentencia C- 577 de 2011, en tanto los contrayentes lo hicieron invocando la falta de legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sentencia del 23 de octubre de 2013, resolvió revocar el fallo del 1º de octubre de 2013, y en su lugar, negar el amparo al derecho fundamental al debido proceso, invocado por la Procuraduría General de la Nación.

El *ad quem* consideró que lo pretendido por el Ministerio Público era defender el ordenamiento jurídico y buscar que el Juzgado accionado aplicara la ley y la jurisprudencia constitucional,

“que regula lo relativo a la unión formal y solemne entre personas del mismo sexo, no cabe duda que la acción de tutela resulta improcedente no sólo porque ésta protege derechos de tipo individual y concreto, más no colectivos, sino porque a través de la misma no es posible hacer valer derechos originados en la interpretación de unas normas”.

Adicionalmente, el Tribunal estimó que se incumplía el requisito de la subsidiariedad, por cuanto si lo pretendido por el Agente del Ministerio Público era dejar sin efectos un matrimonio civil celebrado entre personas del mismo sexo, tal competencia se encontraba asignada a los jueces de familia.

Un examen del fallo de segunda instancia evidencia que: (i) el fallador consideró, a semejanza del *a quo*, que la Procuraduría General de la Nación contaba con legitimación activa para interponer una acción de tutela, actuando en defensa del ordenamiento jurídico e invocando la violación del derecho fundamental al debido proceso; (ii) sin embargo, el amparo se negó por cuanto se pretendía hacer valer derechos originados de una interpretación de las normas legales; y (iii) adicionalmente, la acción de tutela fue rechazada por incumplir el requisito de subsidiariedad,

2. Acciones de tutela formuladas por la Procuraduría General de la Nación contra Autos proferidos por jueces civiles, quienes acogieron solicitudes de celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo.

2.1. Expediente T-4.189.649.

El señor Gustavo Trujillo Cortes, actuando en su calidad de Procurador Judicial II de la Delegada para Asuntos Civiles, formuló acción de tutela contra el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, a efectos que se declarara la nulidad de lo actuado, en relación con la aceptación de solicitud de matrimonio civil formulada por los señores Julio Albeyro Cantor Borbón y William Alberto Castro. El Agente del Ministerio Público afirma actuar en defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos fundamentales, en especial, al debido proceso.

Los hechos del caso se relacionan con una petición de matrimonio civil presentada el 22 de julio de 2013 por los señores Julio Albeiro Cantor Borbón y William Alberto Castro ante el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, la cual fue admitida el 25 de julio de 2013.

El Procurador Judicial II de la Delegada para Asuntos Civiles formuló oposición, alegando que el matrimonio civil heterosexual es el único que rige en nuestro ordenamiento jurídico y que la familia surge del vínculo matrimonial o la unión marital de hecho conformada por un hombre y una mujer. En consecuencia, sostuvo que la solicitud de matrimonio debía negarse. Al respecto, alega que el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá incurre con su actuar en los siguientes defectos: (i) orgánico, por falta de competencia para solemnizar un vínculo jurídico entre parejas del mismo sexo; (ii) sustantivo, por aplicar a una petición el trámite fijado para el matrimonio (art. 113 del Código Civil); y (iii) desconocimiento del precedente fijado en la sentencia C- 577 de 2011.

El Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, mediante Auto del 22 de agosto de 2013, rechazó la oposición al matrimonio civil, señalando estar actuando en los términos de la Sentencia C- 577 de 2011.

El Agente del Ministerio Público interpuso recurso de reposición alegando el resquebrajamiento del ordenamiento jurídico “al desconocer el mandato

el juez decidió con base en normas inexistentes o inconstitucionales dado que la “igualdad de sexo” de la pareja heterosexual contrayente no es un impedimento para contraer un matrimonio.

Finalmente, dicho servidor judicial se apartó de los precedentes de la Corte que protegen la dignidad humana, la orientación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, la familia diversa y la identidad de género como un criterio sospechoso de discriminación.

1.3. Improcedencia de la compulsión de copias a la justicia penal.

Especial mención merece para la Sala Plena, la orden de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación en relación con los señores Elkin Alfonso Bustos Cabezas y Yaqueline Carreño Cruz, decretada mediante Auto número 0937 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de la Dorada, Caldas (T- 4.488.250), por la supuesta comisión de los delitos de fraude procesal y falso testimonio.

Téngase presente que los accionantes actuaron siempre de buena fe, en el sentido de no ocultar su orientación sexual al momento de celebrar su matrimonio civil. De hecho, en el texto del referido Auto se lee lo siguiente:

“Se pudo constatar que el registro civil de nacimiento con indicativo serial 34226717, expedido por la Notaría 16 de Bogotá a nombre de ELKIN ALFONSO BUSTOS CABEZAS, persona nacida el 06 de noviembre de 1977, aparece como de sexo femenino y al final del mismo documento una nota marginal de fecha 30 de marzo de 2010 sobre cambio de nombre, reemplazando al que aparece al serial No. 3047331, sin precisar cuál era el nombre que se reemplazó; igualmente en la fotocopia de la C.C. No. 52.518.871 a nombre de ELKIN ALFONSO BUSTOS CABEZAS aparece en la parte posterior del documento la letra F, indicativa del sexo femenino”¹²⁶.

De tal suerte que los contrayentes, en momento alguno presentaron documentación falsa relacionada con su género.

¹²⁶ Visible a folio 67 del cuaderno principal

- b. En relación con la subsidiariedad, los accionantes aclararon que se pretendía un amparo transitorio, ante la existencia de un perjuicio irremediable, motivo por el cual no interpusieron ningún recurso¹²² ante la decisión judicial de anular su matrimonio. Al respecto, la Corte considera que efectivamente los accionantes se encontraban ante un perjuicio irremediable, dada la inminencia del inicio de una investigación penal en su contra y la afectación del derecho a la intimidad de ellos y sus hijos, ante la divulgación por los medios de comunicación locales de la anulación de su matrimonio.
- c. Se cumple con el requisito de la inmediatez, ya que la decisión judicial cuestionada es del 18 de diciembre de 2013 y la petición de amparo fue presentada el 7 de marzo de 2014.
- d. Los accionantes identificaron, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos fundamentales desconocidos.
- e. No se trata de una sentencia de tutela.

1.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia del amparo contra sentencias: el juez civil incurrió en varios defectos en su providencia

Las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. *“Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce (sic) como un hombre trans”*¹²³.

¹²² Visible a folio 178 del expediente.

¹²³ T-099 de 2015 // En Sentencia T- 314 de 2011 la Sala Quinta de Revisión avanzó en la comprensión de las múltiples manifestaciones de la diversidad de género y en el estudio de las discriminaciones históricas a que ha sido sometida la población transgénero incluso por parte del mismo entorno homosexual y bisexual. Con base en esta constatación y reiterando que esta opción de vida está amparada constitucionalmente, fijó la identidad de género como un criterio sospechoso de discriminación.

de su matrimonio civil. De igual manera, se le ordenó a la Fiscalía General de la Nación archivar la investigación en su contra, así como aquellas que se adelanta contra los testigos de su matrimonio civil.

Los defectos en los cuales incurrió el Juzgado Primero Municipal de La Dorada, fueron los siguientes:

- Orgánico: por cuanto un juzgado municipal carece de competencia para pronunciarse sobre la nulidad de un matrimonio.
- Procedimental absoluto: ya que el momento procesal válido para rechazar la solicitud de matrimonio era la admisión de la solicitud y no después de haber extendido el acta de matrimonio.
- Violación directa de la Constitución: debido a que si el Congreso se abstuvo de legislar, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011, “nosotros consideramos que ya estábamos civilmente casados”.
- Defecto sustantivo: por cuanto el mismo Juzgado reconoce que el error fue de él, ya que revisó toda la documentación aportada.

El Juzgado 2º Civil del Circuito de La Dorada, Caldas, mediante Sentencia del 21 de marzo de 2014 negó el amparo solicitado, en esencia, debido a que los peticionarios no agotaron el recurso de reposición contra el Auto por el cual se decretó la nulidad de su matrimonio civil.

Los peticionarios no impugnaron el fallo alegando que:

“no sabíamos que podíamos reponer porque no somos abogados y porque esto no se informaba en el auto interlocutorio, y por otra parte, al recibir el oficio que compulsaba copias a la Fiscalía, lo que más nos preocupaba era la investigación penal y no la anulación del matrimonio como tal. Esto sin mencionar que en La Dorada el tema de mi identidad de género diversa no era conocido por nadie y esto implicaba dos obstáculos grandes para acceder a la justicia efectiva.

Primero. La Dorada es un municipio pequeño, con una población relativamente pequeña y dado que ambos somos funcionarios públicos, gran parte del pueblo sabe quiénes somos. Por tanto, no teníamos a quién

En tal medida, en los casos concretos, la Registraduría Nacional del Estado Civil desconoció los derechos a la dignidad, la libertad personal y a la igualdad de las parejas del mismo sexo, garantizados por los jueces de la República, al negarse a cumplir con su deber de inscribir en el registro civil los matrimonios igualitarios.

De igual manera, la Corte considera que los Notarios Públicos que se negaron a celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, si bien son particulares que ejercen una función pública, y por ende no están amparados por el principio de autonomía judicial, también lo es que realizaron una interpretación equivocada de la Sentencia C-577 de 2011 y de la Constitución. De allí que, con posterioridad al 20 de junio de 2013, no podían negarse a celebrar un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, ni tampoco conformarse con formalizar otra clase de contratos civiles entre aquéllas, por cuanto estos acuerdos de voluntades no son aptos para superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C-577 de 2011.

IV. ÓRDENES A IMPARTIR.

A. Resolución de los casos concretos

1. Acción de tutela contra providencia (Exp. 4.488.250). Se demanda en concreto un Auto, proferido por un juez civil municipal, mediante el cual se anuló el matrimonio celebrado entre un transgenerista y una mujer. Expediente T-4.488.250.

El señor Elkin Alfonso Bustos Cabezas es un hombre transgenerista o con identidad de género diversa. Su pareja sentimental es la señora Yaqueline Carreño Cruz. Su núcleo familiar está conformado por AA y BB (ambos hijos de Elkin); la niña CC de 10 años y el niño DD de 8 años (hijos de Yaqueline).

Actualmente Elkin es Director de Comunicaciones de prensa de la Alcaldía de La Dorada y Yaqueline es Rectora del Colegio público “La Quiebra”.

El 18 de noviembre de 2013, Elkin y Yaqueline formularon solicitud de matrimonio ante la Oficina de Servicios Administrativos de la Rama

En este orden de ideas, interpretar que las parejas del mismo sexo deben realizar un contrato solemne, que no configura un matrimonio civil conduce, entre otros, a los siguientes resultados: (i) no se constituye formalmente una familia; (ii) no surgen los deberes de fidelidad y mutuo socorro; (iii) los contratantes no modifican su estado civil; (iv) no se crea una sociedad conyugal; (v) los contratantes no ingresan en el respectivo orden sucesoral; (vi) resulta imposible suscribir capitulaciones; (vii) no se tiene claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes; (viii) de llegar a establecer su residencia en otros países, las respectivas autoridades no les brindarían la protección legal que tienen los cónyuges a la unión solemne, ya que éstas no les reconocen los efectos que tienen en nuestro sistema jurídico; y (ix) en materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente. En conclusión, ningún contrato solemne innominado o atípico, celebrado entre parejas del mismo sexo, podría llegar a producir los mismos efectos personales y patrimoniales que un matrimonio civil.

En conclusión, los contratos civiles innominados, o que buscan solemnizar y formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo, diferentes al matrimonio civil, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En otras palabras: *“Las parejas del mismo sexo están relegadas a una inestabilidad que muchas parejas de sexo opuesto considerarían intolerable en sus propias vidas.”*¹¹⁹

12. Los jueces civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial

El artículo 228 Superior consagra los principios de autonomía e independencia judiciales; elementos esenciales para el ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho.

Desde sus primeros fallos, la Corte Constitucional ha construido una sólida línea jurisprudencial en torno al concepto de función judicial, sus características e implicaciones¹²⁰, reconociéndole el carácter de derecho

¹¹⁹ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sentencia del de 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015), traducción libre.

¹²⁰ Entre muchos fallos ver: T-006 de 1992, C-1195 de 2001, C-1027 de 2002, T-224 de 2003, T-114 de 2007, T-117 de 2009 y T-238 de 2011.

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

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

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

Aunado a lo anterior, el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer. De esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que no lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también.

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

A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo.

igualitario por parte del legislador. Seguidamente se establece si en los planos fáctico y jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Por último, se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado.

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

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

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

Aunado a lo anterior, en materia de bloque de constitucionalidad, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es un derecho

¹¹⁵ Ver sentencia C-203 de 2011.

fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad, dispersos en el texto constitucional, que actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.

Otra particularidad de la igualdad es que, a diferencia de otros principios y derechos fundamentales, no protege un ámbito específico de libertad o de acceso a una prestación concreta, sino que puede ser alegado ante cualquier tratamiento diferenciado que se considere injustificado. De allí una de sus características más importante: su carácter relacional.

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

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

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

El control de constitucionalidad en estos casos no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012.

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

humana entendida como derecho fundamental autónomo.” (Sentencia T-881 de 2002)

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

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

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

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

La libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres

estas parejas se acercaron a las autoridades civiles y de familia competentes para cumplir lo señalado por la Corte en el numeral quinto de la **Sentencia C-577**, esto es, “*formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”. Esta situación conllevó a que se presentaran diferentes interpretaciones acerca de lo que significaba aquella solemnización, pues algunos jueces y notarios realizaron una figura de unión civil nueva, sin que se cambiase el estado civil; mientras que otros, decidieron tomar el contrato civil de matrimonio como una figura de aplicación razonable a lo decidido por la Corte Constitucional.

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

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

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

En palabras de Kant: “*la dignidad es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da*”. Por lo tanto, “*la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana*”¹⁰².

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

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

reconocida. Sin embargo, afirmó que debía ser el legislador el encargado de regular una figura similar o igual para este tipo de parejas:

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

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

En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”⁹⁸.

Con base en lo anterior, la Sala expresó que en contra de lo señalado por los actores, en lo que se refiere al matrimonio, no es cierto que el artículo 113 del Código Civil esté afectado por una omisión legislativa de carácter relativo, pues se limita a regular el matrimonio entre heterosexuales de un

⁹⁷ Cfr. Sentencia C-507 de 2004.

⁹⁸ Ibidem.

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

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

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

Los efectos patrimoniales y las relaciones sexuales que pueden darse o no, están determinadas por las condiciones personales de una unión que se funda y se mantiene en razón del afecto y la solidaridad de quienes le han dado origen, pues, con palabras que, aunque expuestas respecto del matrimonio, son aplicables a los compañeros y compañeras heterosexuales u homosexuales, la unión “comporta una entrega personal” orientada “a conformar una comunidad de vida y amor” y, si es del caso, a “una participación mutua en la sexualidad”⁹⁵.

⁹⁵ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

régimen de alimentos, y todos aquellos estudiados en la sentencia C-029 de 2009.

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

9.2.11. La sentencia C-577 de 2011

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

Para llegar a esta decisión, la Sala realizó las siguientes consideraciones. Advirtió que además del artículo 42 superior, existen diversas disposiciones constitucionales sobre la familia, como por ejemplo: (i) el artículo 5º de la Carta, mediante el cual se le confía al Estado la misión de proteger “*a la familia como institución básica de la sociedad*”; (ii) el artículo 13º, en el cual se prohíbe discriminar por razones de origen familiar; (iii) el artículo 15, que establece el derecho a la intimidad familiar; (iv) el artículo 28, sobre el derecho de todos a no ser molestados “*en su persona o familia*”; (v) el artículo 33, que prohíbe obligar a declarar

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

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

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

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

La Corte al examinar si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulneran el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (art. 44 CP),

de junio de 2013 regulara de manera integral y sistemática *“sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”*. // *“...Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”*.

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

9.2.10. Adopción biológica y plena entre parejas del mismo sexo

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

Para llegar a aquella conclusión, la Sala estableció que a pesar de que las decisiones de las autoridades administrativas eran razonables y ajustadas a la ley, en la medida en que sólo se contempla la adopción para aparejas heterosexuales, consideró que cuando se excluye la posibilidad de la

Constitucional. Por tanto, la Sala Plena exhortó al Congreso para que legislara de manera “*sistemática y ordenada*” sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo.

9.2.8. Herencia para compañeros permanentes del mismo sexo

En la sentencia **C-238 de 2012**⁹⁰, en la cual la Corte estudió la inconstitucionalidad de la expresión “cónyuge”, contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil referentes al régimen de herencia. El demandante estimaba que la privación de los derechos de herencia a los compañeros permanentes en el marco de una unión marital desconocía la protección integral de la familia. La Sala Plena consideró que las diferencias entre el matrimonio y la unión marital no pueden dar lugar a aceptar prima facie, que todo trato diverso deba ser aceptado. Afirmó que la organización de la vocación sucesoral obedece, a un claro criterio familiar y, siendo de esta manera, el reconocimiento al cónyuge de la vocación hereditaria no agota la protección constitucionalmente ordenada a favor de la familia y de sus miembros, pues si bien es cierto que la familia conformada por la pareja que ha celebrado el contrato de matrimonio debe ser protegida, también lo es que la Carta no limita a ella el mandato de protección, sino que comprende en él a otros tipos de familia. En el caso de las uniones maritales conformadas por parejas del mismo sexo, la Corte precisó que no existía un fundamento válido para dar un trato diferente a estas parejas, pues al igual que las heterosexuales, también conforman una familia:

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

⁹⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.

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

9.2.7. Porción conyugal

En la **Sentencia C-283 de 2011**, la Corte resolvió declarar la exequibilidad de los artículos 16-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil,

inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990". La Corte resolvió declarar inexecutable la expresión "únicamente" y exequible el resto de la disposición, "en el entendido que las expresiones 'compañero' y 'compañera permanente' comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo, pues el tratamiento diferenciado representa "un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria".

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

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

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

En cuanto al reconocimiento de diferentes derechos –civiles, políticos, penales y sociales de las parejas del mismo sexo- es necesario referenciar la **Sentencia C-029 de 2009**, en la cual se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra 26 normas contenidas en leyes y decretos, sobre las cuales los demandantes afirmaban que excluían de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales y a sus miembros, de manera que, todas en general, vulneraban el preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la

mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. Ciertamente es que la exigencia establecida por la parte resolutoria de la sentencia C-336 de 2008 es que la condición de pareja permanente sea acreditada en los términos establecidos por la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales. Encuentra la Sala que la remisión hecha por la parte resolutoria de la sentencia C-336 de 2008 a la sentencia C-521 de 2007 en el sentido de exigir como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por los dos integrantes de la pareja del mismo sexo, fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes. En otras palabras: resulta evidente que tal previsión fue establecida en relación con la afiliación a la seguridad social en salud de compañeros y compañeras permanentes.

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

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

“la argumentación utilizada por la Corte para defender la exigibilidad de la pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo fue diferente, en tanto se centró en la equivalencia entre las relaciones de ayuda mutua y solidaridad con las parejas de diferente sexo, de modo que tanto en uno como en otro caso fue exigible la prestación. Ello al margen

⁸⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja”. De la misma forma, reiteró que no existían razones objetivas y suficientes para mantener un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales al acceder a la pensión de sobrevivientes:

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

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

Esta posición sobre el acceso a la pensión sustitutiva de sobrevivientes ha sido reiterada y aplicada en control concreto de constitucionalidad:

Al respecto, la Sala explicó que:

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

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

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

Con fundamento en la providencia anterior, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, mediante **Sentencia T-856 de 2007** concluyó que la EPS Saludcoop había vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del actor y de su compañero permanente al negar la afiliación

⁸³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

Por tanto, la Sala Plena afirmó que

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

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

En el **Sentencia T-717 de 2011**⁸⁰, la Corte revisó una acción de tutela en la cual el peticionario alegaba que el juzgado que conoció de su proceso

⁸⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción”.

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

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

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

A partir de la **Sentencia C-075 de 2007**, la Corte cambia su precedente al revisar nuevamente la Ley 54 de 1990. En este fallo se accede a algunas pretensiones negadas con anterioridad en relación con las parejas de

⁷⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

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

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

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

⁷⁶ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

transgénero no deben ser sometidas a restricciones legales que les impidan el goce efectivo de sus derechos derivados de la identidad asumida. Lo contrario sería aceptar como válido el extrañamiento y la negación de la persona para garantizar el cumplimiento de preceptos legales concebidos desde la concepción binaria a partir de la cual tradicionalmente se ha pensado la identidad sexual.

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

9.2. Derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo

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

La primera, se caracterizó por un conjunto de sentencias en las que se niega el reconocimiento de los derechos a la familia, a la seguridad social en salud y pensiones, con base en que las relaciones de los homosexuales no eran asimilables a las de los heterosexuales. La segunda, inicia con la **Sentencia C-075 de 2007** que reconoció a estas parejas la Unión Marital de Hecho, la cual derivó en el reconocimiento de la correspondiente sociedad patrimonial y en la extensión de otros derechos, deberes y obligaciones en todas las ramas de derecho. La tercera es marcada por la sentencia que le reconoció a las parejas homoparentales el derecho a constituir familias (**C-577 de 2011**). En la cuarta estableció la posibilidad de adoptar niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta el interés superior del menor (**SU-617 de 2014**), cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente (**C-071 de 2015**) y el acceso igualitario a la adopción homobiparental (**C-683 de 2015**), fundado en la inexistencia de razones que justifiquen el trato diferenciado para las parejas del mismo sexo.

identidad sexual, tanto a nivel biológico, como en el campo psicológico y social”.

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

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

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

También se ha protegido el derecho a lucir una apariencia física acorde a la identidad sexual y de género. En la **Sentencia T-062 de 2011**, la Sala Novena de Revisión estudió la solicitud de un transexual que estaba cumpliendo una pena de prisión y a quien le impedían tener el cabello, el maquillaje y determinadas prendas de vestir femeninas correspondientes a su orientación sexual. La Sala amparó a la accionante tras considerar

9.1.9. Personas transgénero

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

La Corte Constitucional ha protegido los derechos a la identidad sexual y a la salud de las personas transgénero a partir de la realización de una cirugía de reafirmación sexual quirúrgica. En las **Sentencias T-876 de 2012, T-918 de 2012 y T-552 de 2013**, por ejemplo, se ampararon los derechos de personas a quienes sus entidades prestadoras de salud les habían negado la cirugía de reasignación de sexo bajo el argumento de que dicho procedimiento no se encontraba dentro del POS. En ambos casos, las Salas de Revisión consideraron que además de acreditarse los presupuestos reseñados en la jurisprudencia para autorizar servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud, la falta de correspondencia entre la identidad asumida por las accionantes y su fisionomía podría conllevar una vulneración de su dignidad en el entendido de que no era posible que bajo esa circunstancia pudieran vivir de una manera acorde a su proyecto de vida.

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

por su orientación sexual: a) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, b) es necesario para cumplir con el objetivo, y c) es proporcional en estricto sentido, es decir, si sus beneficios son mayores que sus sacrificios o costos en términos de la afectación de derechos fundamentales”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de Educación de Cundinamarca, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación y la Comisaría Décima de Familia de Engativá, por considerar que las directivas de la institución educativa demandada, promovieron conductas sistemáticas de discriminación en contra de su hijo, motivadas por su orientación sexual, -tanto en el proceso disciplinario que se surtió en su contra, como con la información que fue difundida con posterioridad al fallecimiento del niño en los medios de comunicación-, que favorecieron inicialmente su suicidio y que resultaron finalmente lesivas de sus derechos fundamentales. Además, señala que las demás entidades estatales acusadas desplegaron una conducta omisiva ante las diferentes denuncias realizadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como premisa menor, se estableció una inversión en la carga de la prueba, al considerar que ésta debe trasladarse a quien pretenda tratar de forma diferenciada y no sobre quien alegue una vulneración de derechos fundamentales. Además, la Corporación señaló que la orientación sexual es digna de respeto y protección constitucional, *“...la orientación sexual diversa, como expresión de la orientación sexual propia de la especie humana, se garantiza en la Constitución desde tres perspectivas: i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos 1º, es decir, ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, 5º, derecho inalienable de la persona, 15, derecho fundamental de la esfera más íntima del sujeto, 16º, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos 5º y 13, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que sí lo hace una protección especial por ser sujeto sometido a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva de especial protección, artículos 2º, 5º, 6º, en cuanto*

culminación de un proceso voluntario en una decisión, y no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido”.

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

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

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

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

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

determinado que se trata de una institución fundamental, como ocurrió en Canadá o de un derecho constitucional, tal y como lo consideraron los tribunales constitucionales de Sudáfrica y España⁶⁹. Por su parte, los países que reformaron sus legislaciones, en su gran mayoría lo conciben como un derecho civil que no puede ser objeto de restricciones fundadas en la orientación sexual.

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

*“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.”*⁷⁰. Inspirada en esta premisa de la Ilustración, la Corte Constitucional ha construido un sistema de precedentes judiciales en relación con los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo, con miras a superar un secular déficit de protección en la materia. Desde sus inicios hasta la fecha, esta Corporación ha proferido fallos “en cadena”⁷¹ encaminados a amparar, de forma armónica, coherente y evolutiva, los derechos de las minorías sexuales en Colombia.

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

Las líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional en decisiones de amparo así como de constitucionalidad abstracta, han señalado que los homosexuales son un grupo tradicionalmente

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

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

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

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

8.2.15. Finlandia

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

8.2.16. Eslovenia

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

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

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

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

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

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

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

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

virtud de la Ley 26618 del 21 de julio de 2010 “*matrimonio igualitario*” se equipararon los derechos de las parejas del mismo sexo a los de las parejas heterosexuales en lo referente al derecho a contraer matrimonio.

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

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

8.2.9. Dinamarca

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

8.2.10. Inglaterra y Gales

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

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

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

junio de 2008 y amplió la posibilidad de realizar ceremonias religiosas, así como la adopción y los embarazos asistidos por personas homosexuales.

Para tal efecto, la legislación noruega modificó el concepto de género de los contrayentes, al cambiarlo a un estado neutro y se accedió a la aplicación de dicha figura sobre parejas homosexuales. También, se aceptó que dentro de las parejas de mujeres, cuando una de ellas queda embarazada por inseminación artificial, la otra pueda adquirir derechos de maternidad.

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

8.2.5. Suecia

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

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

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

(*geregistreerd partnerschap, 1 de enero de 1998*), que reconoció a las parejas del mismo sexo derechos y obligaciones “similares” que las de las personas heterosexuales, en lo que al matrimonio civil se refiere.

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

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

8.2.2. Bélgica

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

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

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

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

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

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

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

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