



**CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA**

COMUNICADO No. 17

Abril 28 de 2016

CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

EXPEDIENTE T 4167863 AC - SENTENCIA SU-214/16 (Abril 28)
M.P. Alberto Rojas Ríos

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió seis (6) expedientes acumulados de tutela, así: **T-4.488.250** (tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, en el sentido de anular su matrimonio civil); **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); **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 de una pareja del mismo sexo); **T- 4.167.863** (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Cuarto del Círculo de Cali se negó a casar); **T-4.353.964** (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá se negó casar); y **T-4.309.193** (negativa del Registrador Auxiliar de Teusaquillo de inscribir un matrimonio civil en el Registro del Estado Civil).

En primer término, partiendo del papel que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación, la Sala consideró que este organismo de control no tiene legitimación para presentar una acción de tutela destinada a impedir la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, alegando vulneración del orden jurídico, cuando quiera que, en estos asuntos, prevalece el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, lo cual torna, obviamente, improcedentes las acciones públicas aquí promovidas. No había un derecho fundamental individual determinado, o determinable, que estuviera involucrado en el caso y estuviera siendo representando por el Ministerio Público.

En segundo lugar, con relación a las cuestiones de fondo, la Corte decidió que 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 (método de interpretación sistemático). Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y

valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género.

La Sala también consideró que los contratos innominados, mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En los términos del artículo 113 del Código Civil, la celebración de un matrimonio civil genera diversos efectos jurídicos personales y patrimoniales, los cuales no se encuentran presentes en un contrato civil innominado, lo cual genera un trato discriminatorio entre las parejas heterosexuales y del mismo sexo.

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

Por último, la Corte exhortó 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 difundieran 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.

• **SALVAMENTOS DE VOTO**

El magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** salvó el voto frente a esta sentencia por los siguientes motivos:

1. Expresó que la Corte ha traicionado al Constituyente, aprobando temas como el aborto, la eutanasia, la dosis personal, el alquiler de vientres, la adopción y ahora el matrimonio de parejas del mismo sexo, a sabiendas que no serán aceptados en el Congreso de la

República porque son rechazados por la mayoría de los colombianos. Tal como denunciaba el Magistrado Scalia en su salvamento de voto frente a la sentencia que aprobó el matrimonio homosexual en los Estados Unidos: *"Esta decisión constitucional, emitida por un Tribunal de 9 personas, no elegido popularmente, y acompañada (como sucede hoy en día) de una extravagante alabanza de la libertad, roba al Pueblo la más importante de las libertades lograda en la Declaración de Independencia y ganada en la Revolución de 1776: la libertad de gobernarse a sí mismo"*.

2. Señaló que los colombianos deben saber que el activismo judicial está remplazando la voluntad de millones de personas por la de un grupo de magistrados que se han convertido en supraleisladores para satisfacer los intereses de una élite intelectual minoritaria que desconfía de las decisiones ciudadanas y por ello no quiere que los temas trascendentales de la sociedad sean debatidos por el Congreso de la República.
3. Afirmó que nuestra Constitución en su artículo 42 establece que el matrimonio *"se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"*, por lo cual la inclusión de parejas del mismo sexo desconoce claramente la voluntad del Constituyente y solamente podría permitirse con una reforma a la Carta Fundamental. Adujo que teniendo en cuenta la cantidad de requisitos que se exigen para modificar nuestra Constitución, ahora se utilizan sentencias de la Corte Constitucional como ésta para lograr *"reformas exprés"* que evaden los debates parlamentarios y los controles judiciales y políticos, desconociendo completamente los valores de la sociedad colombiana.
4. Manifestó que la mayoría de países que han reconocido el matrimonio de parejas del mismo sexo lo han hecho a través de grandes debates en el parlamento de cara al país, pero en Colombia la Corte pretende suplantar las grandes discusiones del Constituyente.
5. Expresó que la modificación de la figura del matrimonio va a generar un funesto caos en el derecho de familia colombiano, pues de manera irresponsable se piensa que se puede borrar de un plumazo una figura centenaria, sin ajustarse aspectos esenciales tales de esa institución tales como: **(i)** sus contrayentes, **(ii)** su constitución y perfeccionamiento, **(iii)** sus requisitos, **(iv)** las nulidades matrimoniales, **(v)** la disolución y el divorcio, **(vi)** las obligaciones y derechos, **(vii)** la filiación y **(viii)** la adopción, entre muchísimos otros.
6. Adujo que la decisión claramente desconoce lo señalado en la sentencia C – 577 de 2011, que señaló que el matrimonio no puede celebrarse entre parejas del mismo sexo. Al respecto resaltó que el exhorto realizado en ese fallo al Congreso de la República dio un término de dos (2) años para desarrollar un marco legal sobre el tema, con la advertencia que, en caso de no presentarse dicho acto, las parejas del mismo sexo podrían *"acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual"*, lo cual claramente no puede equipararse al matrimonio.
7. Declaró que jamás se ha opuesto al reconocimiento legal de las uniones entre parejas del mismo sexo. Por el contrario, siempre ha considerado que debe otorgárseles un instrumento jurídico que permita la protección de sus derechos fundamentales. No

obstante, adujo que la naturaleza jurídica del contrato de matrimonio y la definición que hace de éste el artículo 42 de la Constitución impide que sea aplicable a estas uniones y por ello solamente el Congreso podría admitirlo mediante una reforma de la Carta Fundamental y del Código Civil. Agregó que como señaló ante esta Corporación el Profesor Robert P. George: *"la modificación del matrimonio para la inclusión de parejas del mismo sexo erosionaría sus elementos esenciales convirtiéndolo en otra figura jurídica"*.

8. Indicó que como ponente inicial en este proceso presentó un proyecto que se encontraba acorde con la Constitución y los tratados internacionales, reconociendo que las parejas del mismo sexo tienen derecho a formalizar su unión a través de un vínculo solemne, sistema que tutela plenamente sus derechos y que se acoge en muchos países de Europa como Alemania, Austria, Suiza, Hungría, República Checa y Croacia. Sin embargo, manifestó que este proyecto no fue acogido por la mayoría de la Sala, llegando a inmiscuirse en un asunto de competencia exclusiva del Constituyente.
9. Aseguró que las autoridades notariales y judiciales que se abstuvieron de celebrar un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo han sido injustamente hostigadas por un sector de la opinión pública, pese a que solamente cumplieron la Constitución y la ley. Concluyó que en Colombia no ser *"progresista"* y compartir valores cristianos, católicos o de centro derecha se está convirtiendo en una conducta criminalizada por sectores políticos y judiciales muy poderosos, que persiguen infamemente a quienes se consideran incómodos para esta campaña con el objeto de imponer su ideología ultraliberal a cualquier costo.
10. Finalmente expresó que seguirá oponiéndome a todas las decisiones que desconocen la Constitución y las instituciones básicas sobre las cuales se erige la sociedad como la familia.

El magistrado **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** salvó su voto, por las siguientes razones:

A diferencia de lo que los ordenamientos jurídicos de otros países establecen, algunos de los cuales, por falta de regulación expresa, han permitido interpretaciones ideológicas y conceptuales orientadas por el subjetivismo, nuestra actual Constitución, la que juramos cumplir al momento de posesionarnos como Magistrados de esta Corte, en su artículo 42, categóricamente impone que el matrimonio, entendido como una de las diversas formas de constituir una familia, se constituye *"por la decisión libre de un hombre y una mujer"*, lo que significa, ni más ni menos, que el constituyente de 1991 ató el concepto del matrimonio a la pareja heterosexual, aspecto sobre el cual expresaron los Delegatarios del Pueblo Colombiano que aprobaron dicha norma¹:

"Los derechos de la familia están elaborados en base a 8 incisos, el primero dice: la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, está compuesta por personas unidas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, o por la voluntad responsable de

¹ Acta del 10 de mayo de 1994. el vocero de la subcomisión de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, Jaime Benítez, expuso ante los delegatarios el articulado elaborado referente a los derechos de la familia.

constituirla, el hombre y la mujer tienen derecho de conformar y desarrollar libremente a su familia, sobre el cual debemos aclarar que hablamos de tres tipos de vínculos: el natural, el jurídico, y el consensual. En cuanto al natural es obvio que nos referimos a todos los vínculos consanguíneos; en los jurídicos hablamos del matrimonio y de los hijos o padres adoptivos; y en cuanto a la unión libre, la definimos como la voluntad responsable de constituirla y la proponemos a su consideración, en vista de que la forma de unión más grande que existe en Colombia sea tratada, tomada en cuenta y reglamentada por la ley..." "Cuando decimos que el hombre y la mujer tienen derecho a conformar libremente a su familia quisimos evitar un equívoco, que se estaba presentando una mala interpretación que se presentó por el gobierno y el documento elaborado por la iglesia católica, y de muchos documentos que se sometieron a consideración de la Asamblea, en donde simplemente se decía que las personas podían constituir una familia, y entonces dio el mal entendido, inclusive en algunas notas de un periódico de Bogotá donde decía que estábamos patrocinando vínculos homosexuales, y en otras notas donde se decía que estábamos patrocinando definitivamente la poligamia y otras formas de integración familiar, lo cual no es cierto, y por eso vamos a la fórmula del hombre y la mujer tienen derecho a conformar y a elegir libremente a su familia." (Subraya fuera del texto original).

Por su parte el artículo 113 del Código Civil, respecto del matrimonio, categóricamente establece: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente." Dicha norma fue declarada exequible por esta misma Corporación en Sentencia C-577 de 26 de julio de 2011, la cual en lo pertinente dispuso:

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión "un hombre y una mujer", contenida en el artículo 113 del Código Civil.

SEGUNDO.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo respecto de la expresión "de procrear", contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

TERCERO.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo respecto de la expresión "de un hombre y una mujer" contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.

CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, 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.

QUINTO.- 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." (Subraya fuera del texto original)

Tal decisión que supone que el artículo 113 del Código Civil está integrado e interpreta perfectamente a la Constitución, contó, entre otras fundamentaciones, con la siguiente:

“Así las cosas, de conformidad con lo constitucionalmente establecido, el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer, manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales y también se ha indicado que esta interpretación fue anticipada durante un largo lapso en aclaraciones y salvamentos de voto a los cuales se ha hecho referencia. (...)

El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución”². (Subraya fuera del texto original)

Ante estas dos grandes realidades normativas que rigen nuestro ordenamiento jurídico esto es, los artículos 42 constitucional y 113 del Código Civil, el magistrado **Mendoza Martelo** observó que es muy poco el margen de actuación de los jueces en su labor de interpretar lo que en ellas se establece. De modo que solo cabría que estos se limiten a acatar la clara e inequívoca disposición constitucional que en esta materia nos gobierna y que nuestro Código Civil replica. Importante resulta en este aspecto enfatizar que la Corte Constitucional actúa como guardiana de la Constitución, cual es precisamente la labor que en nuestro Estado de Derecho se le confía (artículo 241).

Esta Corporación desde el 20 de junio de 2013, en la Sentencia C-577 de 2011, permitió que las parejas del mismo sexo se casaran, mediante un vínculo contractual solemne, con el propósito de que adquiriesen los mismos derechos de las parejas heterosexuales, no por razones de igualdad, pero sí con el propósito de eliminar “el déficit de protección” que advirtió entre ambas parejas. En dicha providencia se concluyó que no era posible denominar matrimonio al casamiento entre personas del mismo sexo debido a que, entre otras razones, el mandato constitucional existente sobre la materia no lo permitía. La situación no ha cambiado. La norma constitucional y legal sobre el punto mantiene vigencia. Luego no habría ninguna razón válida que justifique trastocar ese enfoque, mucho menos tratándose de unos procesos de tutela en los que la facultad de la Corte para proveer por vía general está francamente restringida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

Ahora, si desde hace más de tres años las parejas del mismo sexo en Colombia se pueden casar y por lo mismo pueden acceder al mismo régimen (patrimonial, pensional y herencial...etc.) que se aplica a las parejas heterosexuales que celebren dicho vínculo, cuál es el derecho fundamental que se les viola y que ameritó el amparo que se concede. Según la mayoría, la razón es que no se llame “matrimonio” al contrato que celebran. Sin embargo, ello no es posible en nuestro ordenamiento constitucional y legal, como además quedo dicho en un fallo de constitucionalidad en firme que inequívocamente

² Cfr. Salvamento de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett a la Sentencia C-814 de 2001.

dirimió esta cuestión. De otra parte, ya lo dijo la Corte, el único que podría cambiar esa realidad es el órgano legislativo originario o derivado.

En efecto, en la Sentencia C-577 de 2011 expresamente se reconoció que:

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. (...)

Así, no se puede olvidar que, ya desde la Sentencia C-075 de 2007, la Corporación, con apoyo en la sentencia C-098 de 1996, puso de presente la existencia de "diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales" y añadió que, como consecuencia de esas diferencias, no hay "un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras", correspondiéndole 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" (...)

En un panorama en el cual la homosexualidad se ha tornado más visible y goza de mayor aceptación, las reivindicaciones deben ventilarse no solo ante la Corte Constitucional, sino adicional y primordialmente ante el Congreso de la República, en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario."

A juicio del magistrado **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**, ese es el camino y no el expediente fácil de una interpretación analógica que todo lo homologa desconociendo realidades inocultables e inequívocos mandatos de nuestro ordenamiento constitucional y legal.

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se apartó de la decisión mayoritaria debido a que, no obstante que participa del sentido garantista del fallo, orientado a remover el déficit de protección que afectaba a las parejas conformadas por personas del mismo sexo que quisiesen formalizar mediante un vínculo de carácter solemne su unión, estima que la manera como procedió la Corte para ese efecto implica desnaturalizar el concepto de matrimonio, definido en la ley como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, despojándolo de los elementos a partir de los cuales se construyó la institución y en función de los cuales tiene sentido el especial régimen jurídico que le es propio y que comporta derechos y obligaciones que carecen de sentido en una realidad distinta. En ese contexto, el magistrado **Guerrero Pérez**, señaló que, en cuanto que, en razón de diferencias objetivas, la unión entre personas del mismo sexo no se ajusta al diseño institucional previsto para el matrimonio, habría sido preciso que, primero el legislador, y subsidiariamente, la Corte

Constitucional, ofreciesen una respuesta, no por asimilación de esas parejas a una realidad que es distinta, sino a partir del reconocimiento de su significación propia, como expresión de la autonomía de personas libres e iguales en dignidad y derechos. Esto es, la protección de las parejas del mismo sexo y de su necesidad de contar con mecanismo para solemnizar su unión, no podía hacerse en desmedro de una realidad social por cuya virtud se había concebido un régimen especial de protección, y que ahora deberá encuadrarse en una regulación distinta, a la que paulatinamente se le irán sustrayendo, por imperativo mismo de la nueva concepción, los elementos que le son propios hasta llegar a ser únicamente la manera de solemnizar la unión de dos personas que quieran hacer un proyecto de vida en común. Para el magistrado **Guerrero**, obtener ese objetivo para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, era el desafío que debía satisfacer la Corte, sin que para ello fuese necesario privar de sentido a la institución del matrimonio, tal como estaba concebida en la ley, y que respondía a los requerimientos de una comunidad diferenciada de hombres y mujeres.

• **ACLARACIONES DE VOTO**

El magistrado **Alberto Rojas Ríos** aclaró su voto en relación con algunas de las consideraciones de la sentencia de unificación mediante la cual se resolvieron seis (6) expedientes acumulados de tutela, cuyo problema jurídico versaba sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Las razones fueron las siguientes:

1. El derecho fundamental autónomo e innominado que tiene todo ser humano a conformar con otro una unión con vocación de permanencia para realizar un proyecto de vida común

La Corte Constitucional en su Sentencia de Unificación le amparó a las parejas del mismo sexo su derecho a contraer matrimonio civil, entendiendo *tácitamente* que se trata de un derecho fundamental. No de otra manera podría comprenderse la protección así prodigada en concreto cuando decide "AMPARAR el derecho a contraer matrimonio civil".

A mi juicio, por las razones que paso a explicar, considero que la Corte debió fundar su fallo en el reconocimiento **expreso** de la existencia del derecho fundamental autónomo e innominado que tiene todo ser humano, no sólo a contraer matrimonio, sino a conformar con otro una unión con vocación de permanencia para realizar un proyecto de vida común. En tal sentido, debió afirmarse, con toda claridad, que el amparo constitucional dispuesto para el matrimonio entre parejas del mismo sexo cubría, de manera general, no sólo el matrimonio sino cualquier unión con vocación de permanencia, para realizar un proyecto común de vida. El matrimonio es apenas una expresión de las diversas uniones, cualquiera sea su naturaleza, que llevan a la conformación de una familia.

En su obra "*Los fundamentos de los derechos fundamentales*³", Ferrajoli propone la siguiente definición estructural de los mismos: "*son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos, en cuanto dotados de status de personas con capacidad de obra*"⁴. Y frente a la pregunta: ¿Qué derechos son fundamentales?, explica la existencia de dos aproximaciones: la *iuspositivista*, según la cual la correspondiente Constitución los denomina como tales, y la *iusnaturalista*, que postula

³ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

⁴ *Ibidem*, p. 19.

que son todos aquellos que derivan de la dignidad humana, la libertad y la igualdad u otros valores ético-políticos “*que se decida, precisamente, asumir como fundamentales*”⁵.

Agrega Ferrajoli la presencia de ciertos criterios axiológicos sobre los cuales se soportan los derechos fundamentales: (i) su nexos con la igualdad; (ii) su conexión con la democracia y la protección de las minorías; (iii) y su carácter de leyes del más débil⁶.

La Corte Constitucional, con el propósito de establecer la “*fundamentalidad de un derecho*”, ha recurrido a diversos criterios, tales como la interdependencia, la complementariedad y la conexidad.

En el caso concreto, considero que es **inherente** al ser humano el derecho a conformar con otro una unión con vocación de permanencia para realizar un proyecto de vida común. En tal virtud, no estamos en presencia de un derecho fundamental por conexidad, interdependiente o complementario de otro, sino ante uno de carácter innominado y autónomo, cuya fuente normativa es el artículo 94 Superior.

1.1. Los derechos fundamentales innominados

En concepto del magistrado **Rojas Ríos**, la consagración expresa de derechos fundamentales es meramente enunciativa y de ningún modo taxativa, conforme se deriva de los artículos 93 y 94 constitucionales. En esta medida podrían reconocerse otros derechos no previstos en la Carta Política, ya sea por vía de remisión a los tratados internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia o por medio del reconocimiento de derechos innominados.

La condición de inherencia emana del núcleo duro de los derechos fundamentales a la libertad y a la autonomía de escoger a la persona con la cual se quiere sostener un vínculo permanente para acompañarse en el curso de la existencia y conformar una familia. Esta elección libre 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 conclusión, siguiendo a Ferrajoli, el derecho que tiene todo ser humano a conformar con otro una unión con vocación de permanencia para realizar un proyecto de vida común, es fundamental por cuanto: (i) presenta un nexos con la igualdad; (ii) su ejercicio se articula con la democracia y la protección de las minorías; y (iii) es calificado como una “ley del más débil”.

1.2. En el caso específico del matrimonio civil, se presenta una colisión entre la regla fijada en el artículo 42 Superior con los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad.

Los derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad y la igualdad son **principios constitucionales**, y como tal, mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas reales, cuya estructura normativa está conformada por un enunciado abierto que no prevé una consecuencia jurídica determinada.

⁵ *Ibidem*, p. 293.

⁶ *Ibidem*, p. 313.

La disposición del Artículo 42 Superior, en el sentido de que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer, es una **regla constitucional**, estructurada como un mandato de acción que contiene un supuesto de hecho acompañado de una consecuencia jurídica determinada, cuya textura normativa es un silogismo deductivo.

Al entrar en colisión un principio con una regla constitucional, la cuestión que se juzga no está inserta en el campo de la validez, pues el operador judicial no tendría competencia para retirar una de las normas del ordenamiento superior. El asunto es de grado, es decir, de peso específico frente al caso concreto.

En esta medida, son las circunstancias del asunto las que determinan el mayor peso de un principio o de una regla y, para lo cual, el operador constitucional debe tener en cuenta varios aspectos, a saber: (i) los principios pueden tener existencia independiente de las reglas, mientras que éstas, al ser la concreción de un principio, están guiadas por éste; (ii) la regla, al prever un contenido más preciso, no encuadra en todas las situaciones o hipótesis fácticas que se presenten en la casuística judicial, por lo que en función del “principio de conservación del derecho”, los principios constitucionales están llamados a llenar sus vacíos; (iii) al confrontarse un principio con una regla constitucional, ninguno de los dos está llamado a desaparecer, pues la validez no está en duda, sino su peso específico frente a un asunto de derechos fundamentales; y (iv) la regla cede ante el principio cuando implica un mayor sacrificio para los derechos fundamentales, únicos llamados a legitimar las actuaciones de los poderes públicos. Así, en determinados casos la regla puede ceder ante el principio.

Al someter la colisión normativa al examen estricto de razonabilidad, la Corte encuentra que la medida (matrimonio entre parejas del mismo sexo) es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, para cumplir el fin de constituir una comunidad de vida, razón por la cual, en la relación de precedencia condicionada entre las disposiciones constitucionales en colisión prevalecen los principios.

En conclusión, para el magistrado **Alberto Rojas Ríos**, en lo que atañe al matrimonio se presenta una colisión entre los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad y la regla prevista en el artículo 42 Superior, la cual prescribe que este vínculo jurídico se constituye: “*por la decisión libre de un hombre y una mujer*” de contraerlo. En esta tensión prevalecen los principios sobre la regla, dado su mayor peso específico en la resolución del caso concreto (principio de proporcionalidad).

2. El ejercicio del derecho fundamental a objetar en conciencia

En concepto del magistrado **Alberto Rojas Ríos**, la Corte debió incluir una sistematización de las reglas que la Corte ha venido construyendo en torno al derecho fundamental a la objeción de conciencia (art. 18 C.P.). Si bien en este asunto ninguna autoridad objetó la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, se trata de un problema jurídico derivado de la aplicación de esta providencia judicial, consiste en determinar el ejercicio de este derecho fundamental, por parte de jueces y notarios.

⁷ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-065 de 1997.

Este pronunciamiento no debió soslayarse por la Corte Constitucional. Ha debido incluirse para evitar equivocadas aproximaciones al mismo, tal y como se hizo en Sudáfrica⁸ por decisión judicial, y por vía legislativa: Dinamarca, Escocia y Noruega.

El derecho fundamental a la objeción de conciencia no es absoluto. Los precedentes de la Corte Constitucional han ampliado la protección de este derecho ante la prestación del servicio militar obligatorio, cuando las creencias o convicciones íntimas que se aduzcan puedan ser probadas en el mundo exterior, siendo lo suficientemente profundas, fijas y sinceras.

El juez o notario, o el servidor público que haga sus veces, que invoque objeción de conciencia frente a la celebración de matrimonios civiles de parejas del mismo sexo, tendrá la carga de la prueba para demostrar que la misma, bien sea de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de análoga naturaleza, es lo suficientemente auténtica, profunda, fija, sincera y reiterada. Acreditado el derecho fundamental a objetar se le debe proteger en un espacio recíproco de dignidad, igualdad y libertad individual.

Sin embargo, en otro aspecto del problema, en un ejercicio de ponderación *-a priori-*, ante la simple colisión del derecho fundamental y subjetivo de los jueces y notarios a objetar en conciencia la celebración de matrimonios de parejas del mismo sexo y el derecho fundamental de un grupo minoritario a celebrarlo en condiciones de dignidad, libertad y no discriminación, debe primar este último, por cuanto no es razonable que un servidor público invoque objeción de conciencia para incidir directamente en un asunto relacionado con el estado civil y los derechos fundamentales de terceras personas.

Ello se daría, en un hipotético caso en el cual sólo exista un juez o notario en un municipio apartado en la geografía nacional. Su objeción de conciencia deberá ser valorada estrictamente, con el objeto de garantizar el acceso a la administración de justicia y los derechos fundamentales de los contrayentes del mismo sexo.

De esta suerte, la decisión libre de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio civil afectará las creencias religiosas más íntimas del servidor público, toda vez que su responsabilidad se limitaría estrictamente a la aplicación constitucional de un trato igualitario (art. 13 C.P.), en punto a la celebración y convalidación del matrimonio civil de parejas del mismo sexo, razón por la cual, puestos en tensión los derechos fundamentales en juego, resulta proporcionado restringir el alcance del derecho fundamental a objetar en conciencia de dichas autoridades con la finalidad de salvaguardar la función pública, el acceso a la administración de justicia y reconocer el valor superior de principios y derechos constitucionales, tales como la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

En conclusión, hechas las salvedades del caso, para el magistrado **Alberto Rojas Ríos** las autoridades judiciales y los notarios, en su calidad de personas naturales, sí pueden legítimamente alegar la objeción de conciencia para abstenerse de formalizar y solemnizar solicitudes de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, siempre y cuando demuestren una reiterada, profunda, fija y sincera convicción, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional.

⁸ Tribunal Constitucional de Sudáfrica, sentencia del 1 de diciembre de 2005 caso “*Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and another*”.

El magistrado **Luis Ernesto Vargas Silva**, como integrante de la mayoría manifestó su **acclaración de voto** en el siguiente sentido. Sostuvo que comparte plenamente la decisión de amparar los derechos fundamentales de las personas que integran parejas del mismo, a gozar de igual dignidad, autonomía y libertad al momento de adoptar decisiones vitales como la de constituir una familia por cualquiera de las formas que contempla el orden jurídico, incluido el matrimonio, con respeto por sus preferencias, orientación e identidad sexual. Expuso que defiende y respalda decididamente esta determinación, comoquiera que además de superar el déficit de protección que años atrás había identificado esta corporación, constituye un significativo avance en la construcción de una sociedad más justa, equitativa y tolerante.

Manifiestó, así mismo, el magistrado **Vargas Silva** que comparte el reproche implícito al ejercicio indebido de los poderes que la Constitución y la Ley atribuyen a la Procuraduría General de la Nación que subyace en la decisión de declarar la improcedencia de algunas acciones de tutela, con el argumento procesal de la ausencia de legitimidad por activa de dicho órgano de control. Sin embargo, considera que este reproche debió efectuarse de manera explícita y en perspectiva constitucional, en virtud de la evidente ruptura y apartamiento de los imperativos constitucionales que en materia de efectividad de los derechos y garantías fundamentales conciernen al Ministerio Público, comporta la instauración de acciones de tutela contra actos que reconocen y amparan derechos fundamentales.

En criterio del magistrado **Luis Ernesto Vargas Silva** un enfoque sustancial sobre la actuación de la Procuraduría como actor en tutela que despliega sus poderes para agenciar la neutralización de un acto protector de derechos fundamentales, hubiese permitido, en primer lugar, un pronunciamiento de fondo sobre los derechos fundamentales en juego proveyendo mayor legitimidad y solidez a la protección que ya habían brindado otros jueces al negar la indebida tutela; en segundo lugar, destacar con una **confirmación** en esta sede, la valentía y la claridad frente a los mandatos de la Constitución que mostraron los jueces que negaron de fondo estas desafortunadas tutelas; y en tercer lugar, evitar poner en riesgo, a futuro, las competencias que pueda ejercer por vía de tutela una Procuraduría que actúe en sintonía y con estricto apego a sus competencias constitucionales.

El magistrado **Alejandro Linares Cantillo**, como integrante de la mayoría manifestó su **acclaración de voto** en el siguiente sentido. Si bien comparte el sentido de la decisión en la medida en que permite superar el déficit de protección del que adolecen las parejas del mismo sexo, tal como fue puesto de presente en la sentencia C-577 de 2011, considera que la fundamentación del reconocimiento a las uniones solemnes entre personas del mismo sexo, como matrimonio civil, a diferencia de lo señalado en la providencia, parte de la lectura del artículo 42 de la Constitución, el cual reconoce que toda persona tiene un derecho constitucional a constituir una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género (principios de *Yogyakarta*). De esta forma, si bien el artículo 42 de la Constitución inicialmente fue entendido por esta Corte como la fundamentación de la familia en vínculos jurídicos, derivados de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, mientras que reconocía que la *familia natural* se constituye por la voluntad responsable de conformarla, encuadrando en ésta a la unión marital de hecho. Sin embargo, estos precedentes serían reconsiderados, al tener en cuenta que el concepto de familia (i) es amplio y debe reconocer diversos y variables conjuntos de familias, no sólo la heterosexual y (ii) no puede tenerse como un concepto definitivo pues como lo reconoció la

sentencia C-577 de 2011 es "(...) una materia que, (...) está sometida a una constante evolución que no puede ser ignorada por el ordenamiento, de lo cual fue consciente el propio constituyente al prever que, además del matrimonio, **la familia puede constituirse por la voluntad responsable de conformarla que, según se ha señalado, sirve de fundamento a un amplio conjunto de modalidades familiares y no solo a la surgida de la unión de hecho de parejas heterosexuales**".

Teniendo en cuenta lo anterior, el magistrado Linares afirma que no se puede dar una única lectura al artículo 42 de la Carta, en la medida que, no es un texto cerrado y taxativo, como bien lo manifestó la Corte en su sentencia C-577 de 2011 al fundamentar que la Constitución protege la familia real, no la ideal, en sus diversas y plurales manifestaciones. El carácter "marital" del contrato a celebrar entre las parejas del mismo sexo es evidente, so pena de reproducir el déficit de protección existente, por lo que puede haber un matrimonio civil (Artículo 113 del Código Civil) entre parejas del mismo sexo, fundamentado en el texto del artículo 42 de la Constitución que señala como una de las formas de conformar familia la *voluntad responsable de [conformarla]*.

En este sentido, la medida adoptada por la Corte en esta sentencia de unificación, responde a una necesidad de cubrir un déficit de protección evidente, sin que ello implique de forma alguna que se están menoscabando las facultades del legislador. Como bien lo había reconocido la Corte en su sentencia C-577 de 2011 al exhortar al Congreso a regular la materia, buscando integrar a la deliberación democrática a un grupo minoritario que carecía de protección, pues *prima facie* no le correspondía a la Corte regular el estado civil por ser una materia de orden público. No obstante, ante la ausencia de deliberación efectiva que se tradujera en un marco normativo que amparara los derechos de dicho grupo minoritario, la Corte mediante esta sentencia de unificación busca dar una aplicación analógica al matrimonio civil (artículo 113 del Código Civil), garantizando de manera directa el derecho constitucional a conformar una familia entre personas del mismo sexo, dando cabida a la aplicación de dicho matrimonio como el único mecanismo idóneo para generar una protección adecuada, hasta tanto el legislador decida sobre la materia.

Aunado a lo anterior, expuso el magistrado **Linares Cantillo** que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y por consiguiente en la presente providencia se ha debido impartir una orden expresa a la Dirección Nacional del Registro Civil, los Notarios, los Registradores Municipales del estado civil de las personas, o en su defecto, los Alcaldes Municipales, funcionarios consulares de la República de Colombia, y aquellos que tengan funciones de registro decretadas por la Superintendencia de Notariado y Registro, con el propósito de que se inscriba el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo en el libro o archivo del registro del estado civil de matrimonio.

Por último, los magistrados **María Victoria Calle Correa**, **Gloria Stella Ortiz Delgado** y **Jorge Iván Palacio Palacio**, se reservaron la formulación de sendas aclaraciones de voto.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

