

Barranquilla, 21 de abril de 2014

Señores

CORTE CONSTITUCIONAL

Honorable Magistrado

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

E.S.D.

Asunto: Concepto de constitucionalidad
Rad.: Exp. T-4.167.863 y T-4.189.649 AC
Ref.: Acción de tutela instaurada por Luís Felipe Rodríguez Rodas y Eduardo Soto contra Notaría Cuarta del Circuito de Cali, y otros

JUAN PABLO SARMIENTO E., identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de director del **GRUPO DE LITIGIO ESTRATÉGICO Y DE INTERÉS PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE (GLIP)**, me permito presentar a continuación la intervención relativa a las acciones de tutela de la referencia. En esta oportunidad, dados los argumentos ofrecidos por el demandante y las pretensiones señaladas en la acción constitucional incoada, se procederá a dar concepto en los siguientes términos:

➤ **JUICIO DE RAZONABILIDAD EN EL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

En el caso que ahora nos atañe, consideramos, la H. Corte Constitucional debe resolver las consecuencias jurídicas de la omisión legislativa que perduró a pesar de la exhortación contenida en la sentencia C-577 de 2011 ante derechos fundamentales, de aplicación inmediata, como lo es el derecho a la igualdad. En efecto, la tensión que ahora se constata versa sobre la libertad de configuración legislativa y el derecho a la igualdad, en sentido formal, de las parejas del mismo sexo.

De entrada, podemos advertir una innecesaria prórroga al derecho de las parejas del mismo sexo para contraer el vínculo matrimonial y familiar. Como se constata, se trata de un derecho fundamental, el de la igualdad, de aplicación inmediata, y que no requiere de desarrollo legislativo. Por ello, la omisión legislativa y los argumentos de los accionados, así como del Ministerio Público, resultan

desacertados, pues radican la adjudicación de un derecho fundamental en las mayorías parlamentarias, y niegan la naturaleza jurídica del derecho fundamental, que resulta impostergable, improrrogable, inherente al ser humano y eficaz sin mediación legislativa.

Ciertamente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-577 de 2011 tomó una decisión que incluía una exhortación al Congreso de la República, y estableció que una vez venciera el término para regular la materia, las parejas del mismo sexo podrían acudir a las notarías para solemnizar su vínculo marital. En este caso, el Código Civil contenía una omisión legislativa relativa, que desarrollaba la Carta Fundamental de manera parcial, incompleta y defectuosa desde el punto de vista de la misma Constitución. La competencia del Tribunal Constitucional suponía la posibilidad de una interpretación de la ley “incompleta” conforme a la Constitución. Empero, ante el silencio del legislador que solucionara la omisión, la competencia para resolver dicha situación inconstitucional corresponde ahora, tanto a los jueces ordinarios, como al Tribunal Constitucional¹.

Por ello, el argumento contenido en la interpretación constitucional más apropiada, supone que, el derecho a la igualdad en sentido formal (la prohibición a la discriminación negativa), relativiza el poder normativo del silencio de las mayorías parlamentarias, pues éstas carecerían de la capacidad para suspender la eficacia de los derechos fundamentales contenidos en la Carta. Así, resulta desacertada la posición del Ministerio Público, que le atribuye a la omisión legislativa la capacidad de postergar la eficacia de derechos fundamentales.

Es importante resaltar, el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a realizar la suscripción del vínculo marital por parte del legislador resulta inocuo, pues el derecho que está en juego no sólo es el derecho a constituir una familia. Se trata del derecho a la igualdad, que sin mayor esfuerzo argumentativo, resulta fundamental, y por ende, subjetivizado, inalienable, impostergable e imprescriptible.

En otras ocasiones, la Corte Constitucional no había encontrado inconvenientes en complementar, de acuerdo a una interpretación que garantice el “efecto útil” de la Constitución, la reglamentación imperfecta, que pueda conducir a la violación del

¹ DÍAZ REVORIO Francisco Javier, *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho Comparado Europeo*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001. p. 84 y 85.

derecho a la igualdad. El contenido normativo específico² ya ha sido dilucidado por la Sentencia C-577 de 2011, y la reflexión sobre la igualación de derechos con las minorías sexuales ha sido supeditada a un innecesario desarrollo legislativo.

Nos encontramos ante una frontera artificial entre *diferenciar* y *discriminar*. La *diferenciación* responde a una situación justificable, razonable y ponderada, donde las situaciones fácticas disímiles justifican un trato jurídico particular razonable; por su parte, la *discriminación* conduce a un trato injustamente desigual que se predica de la misma situación fáctica, que encuentra una solución alternativa y heterogénea a situaciones idénticas o analógicas³. Por ende, la ausencia parcial de regulación resulta arbitraria o discriminatoria en perjuicio de garantías constitucionales como la igualdad⁴.

Es por lo anterior que, con la Sentencia C-577 de 2011 se haya abandonado la tesis sostenida por la Sentencia C-886 de 2010⁵. En esta segunda sentencia, la Corte presentó tres argumentos que le permiten sustentar la constitucionalidad de la norma accionada, detrás de una aparente inhibición. Primero, sostiene que la disposición acusada no implica ningún tipo de instrumentalización, segundo, que los demandantes exponen que el contenido del artículo 42 de la Carta Fundamental debería ampliarse a las parejas del mismo sexo, siendo pues constitucional la segregación debido a que la misma Constitución establece la discriminación normativa, tercero, no se demuestran, opina la Corte, las razones por las cuales las parejas del mismo sexo estén “ante situaciones equiparables”. Finalmente, entre otras razones, la Corte Constitucional indica que el accionante no explica los motivos por los cuales la institución del matrimonio está ligada indefectiblemente al desarrollo de la dignidad de las parejas del mismo sexo. El salvamento de voto de los H. Magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao, Jorge Iván Palacio y Luís Ernesto Vargas, reveló que no se trata de una mayoría en el alto Tribunal, y en especial que la decisión mayoritaria sustentaba su decisión en un trato discriminatorio, en tanto, “se le impone una carga

² Ver por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-1549 de 2000, M.P. (E): Martha Victoria SÁCHICA Méndez, Sentencia C-407 de 1998, Sentencia C-635 de 2000, Sentencia C-410 de 2001, Sentencia C-155 de 2002 Sentencia C-041 de 2002 Sentencia C-185 de 2002, Sentencia C-562 de 2004, Sentencia C-371 de 2004, Sentencia C-1116 de 2004, Sentencia C-155 de 2004, Sentencia C-1125 de 2004, Sentencia C-061 de 2005, Sentencia C-178 de 2005, Sentencia C-045 de 2006, Sentencia C-116 de 2006. Ver también SARMIENTO ERAZO Juan Pablo, *La responsabilidad patrimonial del Estado por Omisión Legislativa, entre el juez administrativo y el juez constitucional*, Ed. Gustavo Ibáñez, Depalma y Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

³ Ver por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-246 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Cita la sentencia C-041 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra Ver también Sentencia C-045 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil y sentencia C-1125 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

desproporcionada de argumentación y demostración a quienes sufren marginamiento, exclusión y segregación social”⁶.

En efecto, la Sentencia C-577 de 2011 abandona la posición antes citada y señala que “del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política **no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial**, pues la convivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros <sic> ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital” (negrilla fuera de texto). Bajo la subregla antes citada, la exclusión del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer el vínculo matrimonial no se podría soportar sino en un argumento de *discriminación*.

Ahora bien, resulta desmesurado el argumento esgrimido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santiago de Cali, en su fallo del 30 de agosto de 2013, que señala que sólo “la parte resolutive de la misma [sentencia] es de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes, también lo es que su parte motiva constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, [...] no existe razón para tener en cuenta la parte motiva de la sentencia C-577 de 2011, como criterio auxiliar para establecer que la Notaría Cuarta del Círculo de Cali, le esté vulnerando derecho fundamental alguno”. Se trata de un tema desarrollado hasta la saciedad, y que no vale la pena recoger en este documento, pero que basta con señalar que, la diferencia entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* ya se encuentra aclarada por la doctrina y la jurisprudencia de la H. Corte, y que, sin lugar a dudas, la cita que antes se expuso, da cuenta de la “formulación más general, más allá de particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general; constituyen la base de la decisión judicial; y es vinculante porque constituye la base de la decisión judicial concreta y produce la cosa juzgada implícita”⁷.

Aunque la sentencia C-577 de 2011 decidió suspender sus efectos a un desarrollo legislativo posterior, para otros aspectos como las Uniones Maritales de Hecho, Pensión de Sobrevivientes y Afiliación a Seguridad Social en Salud, bastó emitir

⁶ Ver SARMIENTO E. Juan Pablo, *La modulación de sentencias como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana*, Revista de Derecho, Universidad del Norte. Enero-Junio de 2012. Número 37.

⁷ LÓPEZ MEDINA Diego, *El Derecho de los Jueces*, Ed, Legis, 2006.

una sentencia integradora, que equiparó los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Ergo, el contenido de la sentencia da cuenta de la ineludible integración con el ordenamiento constitucional y, siguiendo lo expuesto con claridad por el H. Magistrado Jaime Araujo Rentería en su salvamento de voto a la sentencia C-075 de 2007⁸, se ha abandonado la visión reducida del problema jurídico de la discriminación normativa contra las parejas del mismo sexo, para dar paso al reconocimiento a una visión alternativa de familia. El concepto tradicional de familia se encuentra en transformación o redefinición al interior de nuestras sociedades y así mismo legislaciones, obligándonos a abandonar el “ideal” de hogares nucleares, tradicionales y comunes, conformados por padre y madre con su descendencia. Esto quiere decir que la Corte Constitucional ha reconocido la redefinición de los intereses y prioridades, al momento de conformar pareja, y ha señalado que las personas no solamente se proyectan en la conformación de una familia con hijos, sino que existen proyectos vitales autónomos, donde el Estado no puede intervenir, pues se trata de la esfera privada de los individuos.

De todo lo expuesto por los precedentes citados y la misma sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional, podemos dar por sentado que el debate constitucional ha establecido que la omisión legislativa del Código Civil contiene una discriminación contra las parejas del mismo sexo que a la vez, se convierte en un factor determinante del activismo judicial de la Corte. No podría el H. Tribunal Constitucional, reproducir y prolongar esta situación contraria a la Carta Fundamental y menos aún, subrogar y postergar la eficacia de los derechos

⁸ Sobre el Concepto de Familia, el salvamento de voto expone lo siguiente: “en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente económico, ni siquiera civil, pues el término `efectos civiles` es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve sólo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales” [...] “El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer”. Desde la experiencia occidental, la reconceptualización de familia y la apertura de los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido un espacio de debate bastante intenso, en especial para el caso español, y en concreto, de la legislación Navarra y la Vasca, las cuales han sido las únicas leyes “autonómicas objeto de un recurso de inconstitucionalidad por admitir la adopción por parejas del mismo sexo”. Asimismo, se observa que en la Unión Europea, “solamente en Holanda y Noruega se reconoce el derecho a adoptar de las parejas de hecho del mismo sexo”, aunque la autora referenciada sostiene que los matrimonios entre personas del mismo sexo puedan adoptar en Holanda, Bélgica, Canadá y en España tras la ley 13/2005, de 1º de julio. Ver ESPADA MALLORQUÍN Susana, *Op. Cit.*, p. 121. Cita a GARCÍA RUBIO, M^º P. (2006). *La adopción por parejas homosexuales*. Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol (pp. 1393-1412), vol. II. Valencia; NANCLARES VALLE, J. (2001). *La adopción por parejas homosexuales en derecho navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio*. Aranzadi Civil, II, pp. 2185-2227.

Ver también MARTÍN SÁNCHEZ María, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; y LEE Badgett y JEFFERSON Frank, *Sexual orientation discrimination: an international perspective*, Nueva York, Routledge, 2007. Ver también SARMIENTO E. Juan Pablo, *Op. Cit.*

fundamentales de las parejas del mismo sexo a un desarrollo legislativo que no se va a dar.

El debate *ad hoc* permite a la H. Corte Constitucional, ofrecer una alternativa jurídica, con fuerza de cosa juzgada implícita y material, a una discriminación que resulta a todas luces, ofensiva al ordenamiento fundamental. Esto, sin desconocer que el mismo bloque de constitucional ha impuesto al Estado Colombiano la obligación de suprimir de su ordenamiento jurídico y de sus prácticas normativas, cualquier forma de discriminación. Basta recordar que el 14 de Mayo de 2007, el Comité Internacional de Derechos Humanos advirtió que darle un tratamiento jurídico diferenciado a parejas del mismo sexo, es *discriminatorio*. Los motivos de esta decisión se fundamentan en el deber de todo Estado de no discriminar a ninguna persona por motivo de sus orientaciones sexuales⁹.

Así pues, habiendo demostrado que nos encontramos ante un escenario discriminatorio, en tanto desconocedor del derecho a la igualdad, nos conduce a la necesidad de conceder las pretensiones de la tutela de la referencia. Basta con retomar los aportes de Martin Borowski para poner a prueba la constitucionalidad de la diferenciación que se encuentra contenida en el objeto del presente litigio, para establecer que la restricción -discriminación en nuestro asunto- no está constitucionalmente justificada en relación con la medida que restringe¹⁰, en este caso, la omisión legislativa relativa y la interpretación restrictiva planteada por el Ministerio Público y las notarías accionadas resultan insostenibles constitucionalmente. Las posiciones de los accionados efectivamente resultan equivocadas, en la medida en que no parecerían apreciar la fundamentalidad de los derechos que se encuentran en juego, y trasladan las propiedades de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -progresividad, postergabilidad y necesidad de desarrollo legislativo-, al Derecho Fundamental en juego.

⁹ Ver Comité Internacional de Derechos Humanos, Comunicado 1361 14/07. Se cita, por parte del Comité, Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000, sobre los mismos supuestos discriminatorios. Ver SARMIENTO E. Juan Pablo, *Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, Número 32, 2009.

¹⁰ Ver Borowski Martin, *Derechos de Defensa como principios de derecho fundamental*, en "La teoría Principalista de los Derechos Fundamentales", Marcial Pons, 2011. El autor citado plantea la siguiente fórmula como la tesis descriptiva de la restricción que se puede imponer a un derecho fundamental, basado en la teoría principalista de los derechos fundamentales y los ámbitos de protección y de restricción de las libertades individuales. Así, plantea "(x)[(Sx \wedge Ex) \wedge \neg VRx \leftrightarrow ORx]", donde Sx: La conducta, el estado o la posición jurídica x es un bien protegido del titular del derecho de defensa, Ex: Medida que restringe x, \neg VRx: La restricción no está constitucionalmente justificada en relación con x, ORx: La consecuencia jurídica se produce.

➤ **NECESIDAD DE UNIFICAR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO CIVIL SOLEMNE CELEBRADO POR PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Vemos con preocupación que el objeto del litigio ha revelado otra situación coyuntural, que ha provocado que la indeterminación de la categoría jurídica que define el contrato civil solemne de las parejas del mismo sexo, se convierta ahora en el instrumento de subordinación y segregación contra las minorías sexuales. Así, se puede constatar que, en algunos estudios de campo, se ha revelado que las notarías, algunas intencionalmente, otras por interpretaciones descuidadas pero restrictivas, han elaborado alternativas jurídicas discriminadoras¹¹, y han optado por solemnizar exclusivamente la unión marital de hecho de parejas del mismo sexo; otras, han optado por protocolizar un “contrato solemne innominado”; otras notarías por su parte, han optado por celebrar matrimonios, y otras tantas, han solemnizado “vínculos maritales”, entre otras alternativas contractuales, cuyo contenido resulta altamente indeterminado.

Esta situación no se predica del asunto que ahora nos atañe, pero el mismo nos da cuenta de la ineficacia de la sentencia C-577 de 2011. En efecto, las fórmulas citadas son sólo algunas de las utilizadas por las notarías, que amparadas por estrategias hermenéuticas, hacen uso de la autonomía de la voluntad privada y crean contratos atípicos innominados, para cumplir con la petición del usuario, pero conducen a una situación aún más precaria que la construida a partir de la sentencia C-075 de 2007.

La situación de vulnerabilidad de las minorías sexuales se agravará en la medida en que se multiplican las fórmulas jurídicas atípicas, sin regímenes de familia precisos y determinados, como el matrimonio civil. En un esfuerzo por no celebrar matrimonios, algunas notarías han aprovechado las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla -autonomía de la voluntad privada-, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico fundamental. Resulta completamente desconocido cuál es el régimen patrimonial, la sociedad conyugal, si la hay, y el régimen sucesoral que estaría contenido en el contrato solemne innominado y atípico que se desprende de los vínculos maritales que se encuentran por fuera del ordenamiento jurídico.

¹¹ Ver SARMIENTO E. Juan Pablo, *Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, Número 32, 2009.

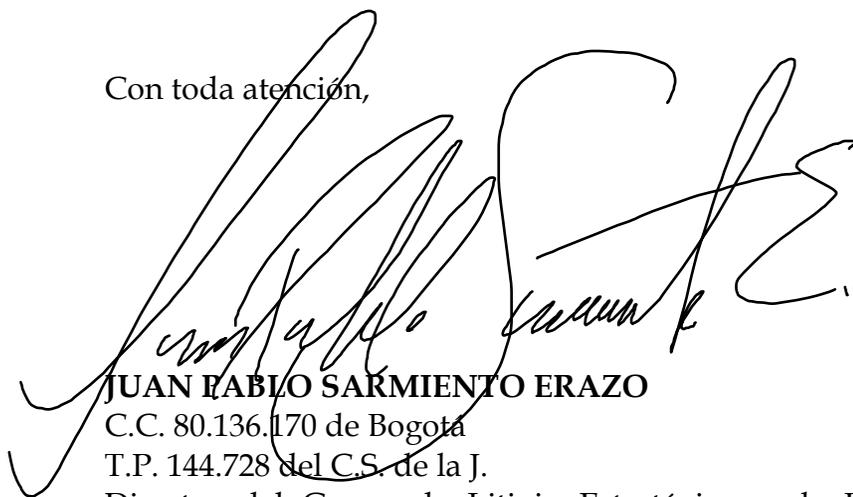
La situación descrita conducirá además a otra circunstancia reprochada por las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008, en la medida en que las notarías y entidades responsables convertirán la presentación de la acción de tutela como parte del procedimiento ordinario para obtener la igualación de derechos familiares que contiene el régimen jurídico del matrimonio. Así pues, es imperativo que la Corte emita, con efectos de cosa juzgada implícita o efectos inter pares, un fallo de homologue el tratamiento jurídico al matrimonio de las minorías sexuales, cuyo trato discriminatorio no encuentra amparo constitucional alguno.

La exhortación al legislador ha fracasado, pero la omisión legislativa relativa y la estrategia -intencional o no- que ahora despliegan las notarías ha conducido a un vaciamiento del régimen jurídico de familia para las parejas del mismo sexo. La precariedad y el déficit de protección constitucional a esta población marginada hacen ineludible la intervención del Tribunal Constitucional.

Por razón de lo anterior, considero, la H. Corte Constitucional debería conceder las pretensiones de las tutelas de la referencia.

Con toda atención,

Con toda atención,



JUAN PABLO SARMIENTO ERAZO

C.C. 80.136.170 de Bogotá

T.P. 144.728 del C.S. de la J.

Director del Grupo de Litigio Estratégico y de Interés Público (GLIP) de la Universidad del Norte