

C-519-19

Sentencia C-519/19

Referencia: Expediente D-12261

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1989 “Por medio de la cual se reforma el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970”.

Demandante: Juan Pablo Pantoja Ruiz

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger, y los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Juan Pablo Pantoja Ruiz formuló demanda de inconstitucionalidad contra la palabra “seguido del” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1989, por la supuesta vulneración del Preámbulo y los artículos 4, 13, 16 y 43 constitucionales, así como del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Por Auto del once (11) de agosto de 2017^{0F[1]}, el Despacho Sustanciador inadmitió la demanda de inconstitucionalidad presentada y, tras la corrección realizada por el accionante^{1F[2]} en proveído de cuatro (04) de septiembre siguiente^{2F[3]} se admitió por la eventual violación de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, así como por el

artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW. Rechazó los cargos por la supuesta violación del preámbulo, y de los artículos 4 y 16 superiores.

El inicio del proceso de constitucionalidad se comunicó a la Presidencia de la República, al Presidente del Congreso de la República, a los Ministerios del Interior, de Justicia y del Derecho, a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Así mismo, se invitó a participar a las Facultades de Derecho de las Universidades de Los Andes, Santo Tomás sede Bogotá, Externado de Colombia, Javeriana sede Bogotá, Libre sede Bogotá, Nacional de Colombia, La Sabana, la Comisión Colombiana de Juristas, la Corporación Sisma Mujer, la organización Colombia Diversa, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, así como al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -DEJUSTICIA-para que intervinieran dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación respectiva, explicando las razones que sustentan la exequibilidad o inexequibilidad de la disposición acusada.

Por Auto N° 305 de veintiuno (21) de junio de 2017 la Sala Plena resolvió suspender términos para definir. En proveído de veinte (20) de marzo de 2019 se levantó el referido término y continuó el trámite para resolver.

II. LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe la disposición demandada.

“LEY 54 DE 1989

(Octubre 31)

Diario Oficial Año CXXVI. N. 39046. 31, Octubre, 1989.

por medio de la cual se reforma el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

“Artículo 1º. El artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, quedará así:

Artículo 53. En el registro de nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre.

Parágrafo. Las personas que al entrar en vigencia esta Ley estén inscritas con un solo apellido podrán adicionar su nombre con un segundo apellido, en la oportunidad y mediante el procedimiento señalado en el artículo 94, inciso 1º, del Decreto 999 de 1988”.

III. LA DEMANDA

1. El ciudadano Juan Pablo Pantoja Ruiz solicita declarar la inexecutable de la expresión “seguido del” que se encuentra en el artículo 1º de la Ley 54 de 1989 por violar los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, así como el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- y, subsidiariamente que se condicione la norma permitiendo que padre y madre elijan de manera consensual el orden de los apellidos, especificando el procedimiento que deben surtir los funcionarios y hasta tanto la materia la regule el Congreso de la República.

2. Divide su escrito en dos apartados, el primero en el que explica las razones por las cuales no se concreta la cosa juzgada aun cuando la disposición demandada fue analizada y declarada executable por esta Corporación en sentencia C-152 de 1994 y el segundo, al argumentar cómo se presenta la violación de cada uno de los cargos presentados.

Cosa Juzgada: cambio de significación material de la Constitución

3. El accionante sostiene que, aun cuando sobre la misma disposición y fundada en los cargos por violación de los artículos 13 y 43 superiores la Corte Constitucional ya definió, es viable un nuevo pronunciamiento, lo que sustenta en la teoría de la constitución viviente, cuya explicación la funda en el contenido de las sentencias C-774 de 2001, C-836 de 2001 y

C-570 de 2012.

4. Tras la remisión a la jurisprudencia constitucional cimenta el cambio de paradigma en la incorporación de una categoría jurídica que explica como “el paradigma en torno al rol que cumplen los géneros como noción jurídicamente más amplia que el sexo” y la manera en la que aquella ha transformado con drasticidad los análisis que deben realizarse, y que, en lo que a la demanda concierne, implica que deba reinterpretarse la norma jurídica demandada.

5. Al efecto explica que las vindicaciones por igualdad de género han promovido demandas de igualdad salarial, laboral y académica y que esto además tiene que ver con la obligación del Estado de garantizar un trato simétrico entre hombres y mujeres en distintos escenarios de la vida social. Bajo esa idea desarrolla su tesis según la cual no resulta admisible mantener una preeminencia en relación con el apellido paterno, sobre el materno, al tratarse de una tradición patriarcal que refuerza “el imaginario colectivo nacional ... fortalecido por la herencia, por la transmisión del apellido y el deseo de tener hijos varones que permitían darle continuidad a la historia del apellido”.

6. Se interroga sobre si “¿se puede garantizar la igualdad con las mujeres con una norma que obligue a la pareja a optar por ciertos apellidos y limitar su fuero de decisión sobre el nombre del hijo?” y al contestar asegura que el apellido es un atributo esencial de la personalidad y que uno de los cambios vitales entre el año 1994, cuando se expidió la sentencia C-152 de 1994 y la actualidad es que la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido que existe una discriminación histórica de la mujer, a quien se le han asignado roles en los que predomina la figura masculina y que se han naturalizado los privilegios de estos en relación con aquellas, lo que da cuenta de la necesidad de adoptar medidas que aseguren plena igualdad y la proscripción de la discriminación fundada en el género. Para reforzar su posición cita la providencia T-027 de 2017.

7. Así mismo arguye que la prelación del apellido paterno sobre el materno no tiene sustento racional, sino que se trata de “un fundamento más idiosincrático que jurídico, es una limitación a la libertad de pareja en perjuicio de la igualdad” que, aun cuando se enmascara en la tradición revela un carácter discriminatorio. Continúa con que ello puede advertirse hoy con más intensidad que cuando se emitió la sentencia que declaró exequible

la norma, en tanto desde 1994 a la actualidad (i) se ha visibilizado en mayor medida la desigualdad entre hombres y mujeres; (ii) los movimientos sociales han contribuido a denunciar la discriminación de género y han contribuido a promover un debate necesario sobre los roles impuestos y las necesarias transformaciones que se requieren para alcanzar la igualdad real.

8. Se remite al documento de la CEPAL “Las metas del milenio y la igualdad de género. El caso de Colombia”, en el que se hacen explícitas las dificultades de las mujeres para ejercer su libertad y autonomía, al estar mediada por normas sociales y prejuicios culturales que se interponen en el ejercicio pleno de sus derechos, lo que apoya en datos estadísticos relacionados con la brecha de género derivada de la división sexual del trabajo.

9. Trae a colación un proyecto de ley en el que se reconoce el cambio de paradigma, la incorporación de la perspectiva de género y la necesidad de avanzar en la igualdad real, que promovía la eliminación de la prelación del apellido paterno sobre el materno, por reproducir claramente una visión androcéntrica del legislador. A juicio del accionante todo lo anterior debe ser leído en clave de transformación en la que también resulta patente la ampliación de protección de los derechos humanos de las mujeres, a través de instrumentos internacionales.

10. Todos esos elementos los enlaza para significar que “la armonía que se ha ido gestando entre las distintas organizaciones sociales y el sentido de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional colombiana han generado un cambio significativo de contexto” que evidencia la necesidad de un nuevo pronunciamiento ante la ausencia de fundamento constitucional para que la disposición demandada perviva ante “la relatividad de la cosa juzgada”.

Cambio de parámetro constitucional

11. Además de las razones advertidas para producir un pronunciamiento de mérito, agrega que en esta oportunidad se introduce un nuevo parámetro de control en relación con el cual la Corte no se ha pronunciado. En efecto, señala que en el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) los Estados se comprometen a eliminar la discriminación contra la mujer, dentro de los que se cuenta la proscripción de disposiciones como la que impone la prelación del apellido paterno sobre el

materno, amparado en la supremacía de lo masculino sobre lo femenino, que no tiene justificación constitucional.

En relación con los cargos por los artículos 13 y 43 superiores y el artículo 2 de la CEDAW

12. En punto a las exigencias jurisprudenciales para la estructuración de un cargo de violación al derecho a la igualdad, esgrime que el patrón de comparación se hace desde dos perspectivas, esto es la individual y la familiar. Sobre la individual, el demandante se refiere a la diferencia de trato introducida entre hombres y mujeres, bajo el criterio constitucionalmente sospechoso de sexo, en tanto el enunciado señala que existirá una prioridad del apellido paterno, sobre el materno, y solo en ausencia del primero (como defecto), irá el apellido de la madre, lo que a su juicio no tiene justificación constitucional válida suficiente, en tanto amparado en criterio de tradición ha terminado “generando un dominio onomástico -muchas veces relacionado con el honor y poder económico- por parte del sexo masculino-” y en tanto busca la pervivencia de un linaje que deriva de la línea paterna.

13. Expone que tal disposición carece de “sustento racional y con un fundamento más idiosincrático que jurídico es una limitación de la libertad de la pareja en perjuicio de la igualdad. Parece incorporar nociones morales de tradición a un ordenamiento que desde su introducción proscribió dicho tratamiento” y esto lo refuerza con el contenido del artículo 43 superior para significar que existe un compromiso para proscribir las desigualdades que también se presentan en la familia y “que han ido permeando la cultura colombiana y están llamadas a ser eliminadas mediante la acción jurídica”.

14. Arguye que, si bien se ha atado el mantenimiento de la regla demandada al principio de seguridad jurídica, por tratarse de un procedimiento de identificación, este argumento no es posible oponerlo actualmente. De un lado porque esto no sería razón constitucional para mantener la desigualdad que implica una hegemonía del hombre frente a la mujer al momento de definir la prelación de los apellidos, sino además porque “la tecnología que hoy acompaña a la cancillería colombiana (en materia de identificación migratoria y complementaria de la civil) y a la Registraduría Nacional de Estado Civil” es suficiente para evitar confusiones o eventuales inconvenientes, dadas las formas actuales de llevar a cabo las reseñas de los ciudadanos, y en todo caso correspondería encontrar soluciones no

lesivas a derechos fundamentales.

15. Enfatiza en que no es plausible que perviva una disposición en la que es patente la supremacía del hombre en relación con la mujer, en cuanto a la imposición de su apellido y que esto sí tiene unos efectos reales que afectan la cláusula de prohibición por discriminación pues “el hombre da el apellido por el solo hecho de ser hombre” de allí que sostenga que “no es posible entonces que el mismo Estado, por manifestación del legislador de 1989, prescriba un orden obligatorio que conforme únicamente a un modelo patriarcal en el que se da primacía de derechos al hombre por el único hecho de haber nacido – y permanecer – con dicha condición”, y que esto por si solo exhibe un trato diferenciado, sustentado en el género, sin fundamento, lo que debe conducir a declarar su inexequibilidad.

16. Apunta que es claro que existen sujetos a comparar, así mismo están expuestas las razones por las cuáles no es admisible un trato diferenciado en la definición de la prelación de los apellidos y cómo esto no tiene si quiera una finalidad constitucionalmente legítima al ampararse en una tradición patriarcal, al punto que, reconociendo tales circunstancias, en distintos países se ha venido modificando esa regla y para el efecto cita la decisión judicial de 22 de febrero de 1994, caso *Burghartz vs Suiza* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que “reconoció como violación a los derechos humanos que el Estado tomase la decisión de la prioridad en materia de apellidos”, y trae como ejemplo la ley española que permite la elección de padre y madre sobre los mismos.

17. Además explica que el patrón de comparación también alcanza una perspectiva colectiva que a su juicio se suscita entre las familias heterosexuales y las del mismo sexo. Sostiene que es paradójico que la familia conformada por dos mujeres podría elegir el orden de los apellidos, al no existir hombre en la relación; la familia conformada por dos hombres presentaría concurrencia en la elección, por ser ambos miembros del sexo masculino, con derecho cada uno de ellos a imponer su apellido; mientras que, en el caso de la familia heterosexual, conformada por hombre y mujer sí prima el apellido del progenitor o el adoptante masculino. Finalmente se refirió a un proyecto de ley radicado en el año 2012 acerca del mismo tema, y la necesidad de reivindicar a las mujeres, refiriendo algunas cifras alrededor de lo que llamó “la desigualdad en perjuicio de la autonomía de la pareja”.

IV. INTERVENCIONES

18. Dentro del término instituciones estatales, académicas, así como parte de la sociedad civil y ciudadanos se pronunciaron en relación con la demanda contra el artículo 53 (parcial) de la Ley 54 de 1989. Algunos de ellos solicitaron (i) declarar la cosa juzgada y los demás pidieron o bien (ii) la exequibilidad de la medida; (iii) la exequibilidad condicionada y (iv) la inexequibilidad de la disposición demandada, por lo que, para efectos metodológicos, en ese orden se expondrán.

INTERVINIENTE

SOLICITUD

Nicolay David Romanovsky

Cosa juzgada

Ministerio del Interior

Cosa juzgada – exequibilidad

Universidad de la Sabana

Exequibilidad

Ministerio de Justicia y del Derecho

Defensoría del Pueblo

Inexequibilidad

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF

Inexequibilidad

Universidad Externado

Inexequibilidad

Universidad Nacional de Colombia

Inexequibilidad

Universidad Libre de Colombia

Inexequibilidad

Universidad Javeriana

Inexequibilidad

Universidad Santiago de Cali

Inexequibilidad

Instituto Colombiano de Derecho Procesal -ICDP-

Inexequibilidad

Colombia Diversa

Inexequibilidad

1. Nicolay David Orlando Romanovsky Camacho^{3F[4]}

19. Solicita a la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-152 de 1994, al considerar que el segmento acusado ya fue estudiado por esta Corporación y en esa medida, la decisión goza del efecto de cosa juzgada constitucional material. Sostiene que, si bien se han presentado proyectos de ley para cambiar las reglas de registro de menores de edad, los mismos no han prosperado, “por lo que debe entenderse que la voluntad del pueblo representada por los miembros del Congreso es que la situación jurídica plasmada en el Decreto 120 de 1970 siga tal y como hasta ahora ha permanecido”.

20. Por demás, en relación con la superación de la cosa juzgada, destaca que “el demandante no ilustra en debida forma en qué modo se restablecería el derecho a la

igualdad con la declaratoria de inexequibilidad perseguida”4F[5]ni tampoco porqué el segmento demandado hace parte de una estructura social patriarcal. En cualquier caso, pide a la Corte que, en relación con las parejas del mismo sexo que registran a sus hijos e hijas, profiera una decisión condicionada para que, en esas hipótesis sí se pueda decidir consensuadamente el orden de los apellidos.

2. Ministerio del Interior5F[6]

21. Pide a la Corte declarar que se configuró la cosa juzgada constitucional, toda vez que mediante sentencia C-152 de 1994 ya resolvió la cuestión planteada. Aduce que existe identidad entre la disposición acusada y lo examinado en el proceso de constitucionalidad, motivo por el cual debe estarse a lo resuelto.

22. Adicionalmente indica que, en el evento de determinar la pertinencia para resolver de fondo el presente asunto, la Corte debe declarar la exequibilidad de las expresiones, comoquiera que la norma atacada se encuentra ajustada a la Carta, toda vez que la secuencia de los apellidos no entraña ningún tipo de jerarquía o privilegio de uno de los padres respecto del otro, y bien hubiera podido el legislador establecer el orden inverso, sin que ninguna de las posibilidades implique el quebrantamiento de los derechos invocados por el demandantes.

3. Universidad de la Sabana6F[7]

23. Tras recordar el contenido de las normas internacionales y constitucionales que prohíben la discriminación jurídica y material contra las mujeres, solicita a la Corte Constitucional declarar exequible el aparte demandado. Apunta que la legislación civil, puntualmente el derecho de familia establece la igualdad entre hombres y mujeres y, en lo relacionado con el registro civil de nacimiento de un niño, “per se no cumple ninguna función en materia de igualdad de derechos de los miembros de la pareja, respecto del cuidado, crianza y sostenimiento de la familia como núcleo esencial de la sociedad”.

24. La intervención señala que desde hace bastantes años la igualdad de género se ha venido materializando “hasta llegar a su completa consolidación”7F[8], dado que, en la actualidad, los hombres y las mujeres gozan de los mismos derechos y garantías constitucionales. Aduce que “la reivindicación de la mujer a la que se ha hecho referencia,

le permite verdaderamente ser titular de los mismos derechos que el hombre, como miembro de pareja, cuestión que, de ninguna manera se ve entorpecida por el orden que tengan los apellidos en el registro civil, que como ya se ha visto, cumple un papel – si se pudiera decir- meramente enunciativo de lo que corresponde a la situación jurídica de la persona, y nada dice o evidencia, respecto de una supuesta posición o trato privilegiado del que goza el hombre”8F[9].

25. Enfatiza que en el análisis de la disposición demandada no puede perderse de vista que en la sociedad colombiana es la mujer la “verdadera artífice de la crianza de los hijos, y le reconoce un papel protagónico en lo que respecta al sostenimiento del hogar y de los hijos, ya que, por su naturaleza, es la mujer la que tiene que ver en la impresión de valores, virtudes y comportamientos positivos en los menores, cuestión que, de ninguna manera se ve o se ha visto afectada, con el hecho de registrar primero el apellido del padre, y luego el de la madre en el registro civil de nacimiento del niño o niña, ya que tal reconocimiento, de tan importante papel protagónico, se funda en pilares más importantes, como son la naturaleza dadivosa de la mujer, su amplio compromiso con los deberes de la casa, y su gran sentido de pertenencia con la familia, que en efecto, supone el núcleo fundamental de la sociedad colombiana, y en ese sentido, la mujer se erige como una de las principales protectoras e impulsadoras de tal núcleo social”9F[10]

4. Ministerio de Justicia y del Derecho10F[11]

26. El Ministerio pide declarar la exequibilidad condicionada del aparte demandado, en el entendido de que “serán los padres quienes acuerden el orden de los apellidos del menor en el registro civil”11F[12]. Argumenta que si bien la Sentencia C-152 de 1994 estudió el mismo aparte demandado solo lo hizo en relación con los artículos 13, 42 y 43 de la Constitución Política de 1991, los artículos 3, 23 y 34 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Niño, pero no tuvo en cuenta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW, cuyo artículo 2 se demanda como parámetro, razón por la cual no se configura cosa juzgada absoluta, teniendo en cuenta que el estudio actual versaría sobre normas que no fueron valoradas anteriormente.

27. Aduce que la norma, tal como lo destaca la demanda, “crea una discriminación directa

para la mujer por su condición, lo cual se entiende como un rezago de las configuraciones civiles determinadas por la prevalencia del hombre en defecto de la mujer, basadas en un contexto anacrónico para el momento actual de las relaciones sociales y del avance en el reconocimiento de los derechos de las personas” 12F[13] que implica que esta Corte deba pronunciarse de fondo y condicionarla.

5. Defensoría del Pueblo13F[14]

28. La Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría divide su intervención en dos acápites. En el primero asegura que no se produce el fenómeno de cosa juzgada toda vez que, conforme a la tesis de la Constitución viviente, es posible reevaluar la expresión demandada, acorde con los cambios ideológicos y culturales que han operado en la sociedad colombiana, puntualmente al proceso de reconocimiento de los derechos de las mujeres ocurrido de manera acelerada en las últimas décadas, especialmente con base en las normas internacionales que han reforzado la tesis según la cual el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres debe darse, especialmente, al interior de la familia.

29. Explica que, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de Discriminación de la Mujer, en la Recomendación General Número 21, relativa a la igualdad en el matrimonio determina que los Estados deben “desalentar decididamente toda noción de desigualdad entre la mujer y el hombre que sea afirmada por las leyes, por el derecho religioso o privado o por las costumbres y avanzar hacia una etapa en que se retiren las reservas...”14F[15].

30. Destaca que el orden de los apellidos se funda en razones históricas, según las cuales, los hombres y los valores masculinos tienen preeminencia en la sociedad, lo que riñe con los principios de igualdad contemporáneos. Que al aplicar la metodología del test integrado de igualdad para examinar la disposición legal acusada la expresión no se supera por lo que la Corte debe declarar inexecutable la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1° de la Ley 54 de 1989 e indicar que las parejas deben elegir por consenso la manera en que serán registrados los apellidos de sus hijos e hijas.

31. Apunta que el problema constitucional que propone el demandante no es novedoso en el constitucionalismo colombiano puesto que en la Sentencia SU-696 de 2015, la Corte determinó que Registraduría Nacional del Estado Civil debía crear un formulario para que las parejas del mismo sexo registraran a sus hijos “con el orden de los apellidos que

dispongan las mismas”15F[16]. Así mismo rememora que algunas comunidades indígenas colombianas tienen formas de filiación en las que prima el apellido materno, que implica que no deba pervivir una disposición abiertamente trasgresora de la igualdad de género.

6. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar16F[17]

32. Pide declarar inexecutable el aparte demandado y diferir los efectos de la sentencia al 31 de diciembre de 2020, para que el Congreso de la República, en el marco de la libertad de configuración legislativa, expida una regulación comprensiva sobre el orden de los apellidos al momento de la inscripción en el registro civil.

33. El Instituto considera que la Sentencia C-152 de 1994 constituye cosa juzgada relativa, pues existen cambios en el significado de la Constitución que “como la experiencia comparada señalan (sic), el orden tradicional de los apellidos son un legado de una concepción patriarcal sobre la familia y no se compatibilizan con la igualdad entre cónyuges y los derechos a la identidad personal”17F[18].

34. Afirma que de un análisis comprensivo de la Sentencia C-152 de 1994 se desprende que el parámetro del control en dicha ocasión se limitó a los artículos 13, 42, 43, y 44 de la Constitución, sin considerar el bloque de constitucionalidad, motivo por el cual en esta oportunidad la Corte cuenta con un parámetro más amplio para el estudio de la disposición normativa.

35. Asegura que el aparte de la norma atacada vulnera el derecho a la igualdad toda vez que perpetúa una discriminación entre los cónyuges y compañeros permanentes, o en general entre el padre y la madre de una niña o niño. Sobre el sentido del fallo, la intervención señala que la modificación del orden de los apellidos requiere una reforma legal razón por la cual, deberá ser el Congreso quien expida una nueva regulación que prevea todas las hipótesis posibles en relación con el cambio del orden de los apellidos y sigue con que anticipar todas posibilidades que abre la declaratoria de inexecutable de la norma, escapa a las competencias del juez constitucional y generaría espacios de inseguridad jurídica, motivo por el cual, resulta ineludible la intervención del Congreso de la República.

36. Por último, insiste en que, en el derecho comparado, como Argentina, España, e Italia,

Tribunales y órganos legislativos han modificado la regla de la primacía del apellido paterno, y ahora es posible que las parejas definan de manera consensuada el orden de los apellidos de sus hijos e hijas, en atención a que han sido conscientes que la regla de prelación paterna responde a un prejuicio social en detrimento de la mujer, que no tiene justificación constitucional.

7. Universidad Externado de Colombia

37. Solicita a la Corte hacer efectivos los derechos de las mujeres conforme a la interpretación actual de los mismos, y en esa medida, declarar inconstitucional la expresión “seguido del” del artículo 1 de la Ley 54 de 1989. También pide modular el fallo para que, en adelante, se entienda que, al momento del registro, los padres tendrán la posibilidad de manifestar el orden de los apellidos con el que quieran registrar a sus hijos.

38. Con el fin de llegar a esa conclusión expuso que si bien la Corte Constitucional ya se pronunció en el año 1994 sobre la misma norma demandada y por el mismo cargo de inconstitucionalidad, dicha sentencia (C-152 de 1994) no se corresponde con la constitución viviente en el año 2019, pues la interpretación sobre los derechos de las mujeres ha variado la forma de comprender el artículo 13 y 42 Superiores y por ello cabe un pronunciamiento de fondo.

39. Recuerda que los niños y las niñas tienen el derecho fundamental a la personalidad y al nombre, el cual, de acuerdo con lo señalado en el artículo 3 del Decreto 1260 de 1970 incluye el derecho a un apellido “y en tal razón podría permitirse la posibilidad de que los padres escojan libremente el orden de los apellidos que llevarán sus hijos”^{18F[19]}. Asegura que “la maternidad se determina por el hecho del parto y el consecuente nacimiento del hijo” y que según la Ley 75 de 1968 el apellido paterno se transmite por el hecho del matrimonio, por el acto de reconocer al hijo como suyo o por declaración de la paternidad por autoridad competente.

40. Memora que la Corte, en sentencia C-101 de 2005, reconoció que las mujeres han sido históricamente discriminadas por patrones de cultura que tienden a menospreciarlas, razón por la cual “sus derechos han sido sometidos al marco de una sociedad patriarcal”. En el caso en estudio “observa que se privilegia el orden de los apellidos de los hijos, el apellido del padre, por encima de la madre (...) y que la justificación para consagrar dicho orden

entre los apellidos no responde más allá que al contexto social, político y jurídico de la época”19F[20].

41. Señala en punto al tema del orden de los apellidos que en la Sentencia SU-696 de 2015 esta Corte ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil implementar un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se indique que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o de dos mujeres, como voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo. En cumplimiento de aquella orden, la Registraduría Nacional del Estado Civil profirió la circular 024 de 2018 en la que se permite que los hijos de las parejas del mismo sexo, al momento de registrar los apellidos, determinen, de común acuerdo, el orden de estos, “y más aún, para casos de hijos de familias indígenas, quienes podrán tener el primer apellido de la madre casos de comunidades con línea matrilineal”20F[21].

42. Finalmente, indica que distintos países han modificado las reglas sobre orden de los apellidos, con el objetivo de permitir que, de manera consensuada, el padre y la madre lo definan. Así explica el contenido del artículo 311-21 del Código Civil Francés, y la legislación de Irlanda, el Estado de California, y Brasil para concluir que “con el fin de hacer efectivos los derechos de la mujer, acordes a la interpretación constitucional de los mismos” debe declararse la inconstitucionalidad del aparte de la norma demandada.

8. Universidad Nacional de Colombia21F[22]

43. Solicita que la Corte declare inexecutable el aparte del artículo 1° de la Ley 54 de 1989 por vulnerar el derecho fundamental a la igualdad dado que, sin motivo alguno – salvo prejuicios tradicionalistas y conservadores-, establece un trato discriminatorio.

44. Explica que la priorización del apellido paterno se relaciona con múltiples prejuicios culturales de la sociedad colombiana. Por un lado, aquellos que señalan que es más importante llevar el apellido paterno pues implica proceder de una pareja unida por el matrimonio, mientras que, por regla general, existe un estigma social sobre aquellas personas que solo llevan el apellido materno, pues se trata de casos de madresolterismo. Apunta “que la legislación civil acusada hace eco de un estereotipo (y como todo estereotipo social, es un prejuicio errado) según el cual, lo femenino, en este caso el

apellido de la mamá goza de menor prestigio o respetabilidad social”.

45. Bajo ese entendido sostiene que la regulación del artículo 1° de la Ley 54 de 1989 refuerza el imaginario social según el cual es deseable que un niño o niña tenga el apellido paterno, y solo de manera subsidiaria y como un “mal menor”, lleve el apellido materno. Precisa que la doctrina más actualizada ha explicado que “en la regulación de los apellidos ha sido menos habitual la intervención de los poderes públicos, de igual modo que el individuo ha tenido menos capacidad de decisión; la norma legal se limitó a seguir la práctica consuetudinaria, incluso en ese aspecto, que calificar de ‘endémico’ de España: la dualidad de los apellidos...” 22F[23](negritas y subrayado son del texto original).

46. Argumenta que “los historiadores del Derecho indican el motivo por el cual, al momento de registrar a un(a) menor se ubica primero el apellido paterno seguido del primero materno. Ello tiene que ver con una costumbre inveterada de la cual se perdió memoria de su origen. // Una costumbre, una tradición que se remonta a la formación de las normas del derecho civil medieval, no puede ser un fundamento para justificar un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres”.

47. Manifiesta que el Estado colombiano es parte de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, cuyo artículo 8 lit. b) exige que las partes modifiquen los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres, para contrarrestar prejuicios y costumbres, así como cualquier tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros. De allí que sostiene que es una obligación internacional del Estado Colombiano, revertir, cuestionar y eliminar todos los elementos que sostengan prejuicios sociales en los que se valoren más lo masculino que lo femenino. Y sobre esa base insiste en excluir del ordenamiento jurídico la disposición demandada, al reforzar prejuicios contra las mujeres en la sociedad.

9. Universidad Libre23F[24]

48. Pide la declaratoria de inexecutable de la norma demandada parcialmente y que la decisión que se adopte lo sea bajo “el enfoque diferencial con perspectiva de género”. Argumenta que la prelación del apellido paterno contraviene el principio de igualdad y las disposiciones que se incorporan en tratados internacionales que prohíben la discriminación

por razón del género. Sostiene que es menester contrarrestar la desigualdad histórica entre el hombre y la mujer, razón por la cual, si se aplica el test de igualdad de intensidad estricta, el trato diferenciado que prevé la norma atacada no se supera específicamente al realizar el subtest de necesidad, pues no es la única medida que el Legislador podría adoptar para identificar a las personas.

10. Pontificia Universidad Javeriana24F[25]

49. Inicialmente explica que la sentencia C-152 de 1994 constituye cosa juzgada relativa, en relación con este proceso de constitucionalidad, toda vez que los cargos son diferentes en virtud del bloque de constitucionalidad invocado para el estudio, además de que la interpretación de la norma acusada ya no es la misma que en 1994, dada la nueva significación que tienen los derechos de las mujeres. Solicita que se declare inexecutable el aparte acusado, fundado en que constituye una discriminación contra las mujeres que no encuentra fundamento constitucional y que la expresión no supera el test de igualdad.

50. Con base en la obra de la antropóloga Virginia Gutiérrez de Pineda, expone que en la década de los sesenta el rol de la mujer en la familia se restringía a labores domésticas y, por ello, la familia tenía estructura vertical donde el poder de decisión recaía en el hombre quedando la mujer sometida a su voluntad. “Hoy el modelo de familia se basa en una estructura horizontal en la cual prevalece la corresponsabilidad y la equidad de género. Entonces existe una transformación de las relaciones de género en la familia en Colombia” 25F[26].

51. Precisa que antes de la Ley 54 de 1989 solo se inscribía el apellido paterno y solo de manera subsidiaria, y en ausencia del primero, se inscribía el materno. Lo anterior era la representación normativa del modelo patriarcal en el que el hombre era considerado jefe de familia y núcleo de la sociedad, y las mujeres solo cumplían algunas funciones bajo la potestad del marido, el padre o el hermano, aspectos que son inadmisibles desde el punto de vista constitucional y que deben conducir a la expulsión del ordenamiento jurídico de dicha disposición en la que se prefiere lo masculino sobre lo femenino.

11. Universidad Santiago de Cali26F[27]

12. Instituto Colombiano de Derecho Procesal27F[28]

53. El Instituto sostiene que existe cosa juzgada relativa frente a la sentencia C-152 de 1994, pues han transcurrido más de 20 años de abundantes construcciones jurisprudenciales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación contra las mujeres, razón por la cual, las condiciones objetivas en la sociedad han evolucionado de tal modo que la Corte debe abrir el espacio para una nueva reflexión, pues en el plano internacional se han producido modificaciones en los usos y costumbres.

54. Explica que el nombre corresponde a un derecho fundamental de todo individuo, razón por la cual, el legislador no puede establecer criterios ajenos al padre y a la madre para fijarlo menos cuando jerarquiza los apellidos, con exclusión de la voluntad de la pareja y al hacerlo reproduce y perpetúa una práctica a todas luces discriminatoria, sin brindar alguna razón que explique por qué debe anteponerse el apellido paterno al de la madre. De allí que sostenga que el segmento denunciado es inconstitucional, en tanto irrumpe sin justificación alguna en una esfera reservada a la autonomía.

13. Colombia Diversa^{28F[29]}

55. Pide a la Corte declarar inexecutable la expresión demandada, “bajo el entendido de que el orden de los apellidos puede ser concertado por el padre y la madre, y que consecuentemente de no encontrarse un acuerdo, se aplicará el orden de los apellidos siguiendo un orden de carácter alfabético”. Además, que el Congreso de la República debe proferir una ley en la que se regule la materia. Como pretensión secundaria a la inexecutable, solicitan que se declare la exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que estas normas solo serán aplicables si no hay acuerdo entre el padre y la madre.

56. En relación con la eventual configuración de cosa juzgada precisa que la Sentencia C-152 de 1994 no resolvió de fondo los cargos formulados por el demandante frente a la tensión de la entre el artículo 1 de la Ley 53 de 1989 y las obligaciones internacionales del Estado Colombiano, y en esa medida, constituye solo cosa juzgada relativa motivo por el cual, la Corte debe pronunciarse de fondo en relación con la demanda ciudadana.

57. En cuanto al fondo expresa que no existe razón constitucionalmente admisible para privilegiar el apellido paterno sobre el materno, pues esta medida no supera un test integrado de igualdad y discurre en que “el orden de los apellidos corresponde innegablemente con una tradición en la que prevalece la identificación familiar con el

apellido ostentado por el padre, hombre – heterosexual- fértil- responsable de la dirección y sustento del hogar, inscrita en la tradición romana según la cual el padre de familia era el llamado a ejercer el poder sobre la familia”29F[30]. Destaca que en Colombia todos los elementos que conforman el nombre son susceptibles de cambio posterior a la inscripción inicial. En ese sentido, en aplicación del trámite de cambio de nombre en los términos del Artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, tanto el inscrito cuando cumple la mayoría de edad o en su defecto sus padres cuando es menor de edad pueden cambiar su orden incluso inscribir un apellido que no corresponda con los paternos o maternos30F[31]. En esa medida, sostiene que permitir una estructuración voluntaria del orden de los apellidos no contraviene ninguna de las finalidades del registro civil (identificación y derivación de derechos y obligaciones filiales) y sí sería una medida que promovería e intervendría en la transformación de los imaginarios sociales de desigualdad.

58. Recaba que la norma demandada, por tratarse de un orden que prevé un trato diferenciado en virtud del sexo, debe aplicarse el juicio estricto de igualdad, y en esa medida, no supera los sub-test, pues carece de razón suficiente para justificar el trato diferenciado. Asevera que “Todo lo anterior parte del reconocimiento legal de una realidad que ha afectado a las mujeres históricamente: la desigualdad formal y material a la que han sido sometidas por la existencia de un régimen social y político denominado patriarcado o sistema sexo- género-deseo. En el que se le asignan una serie de significados a los genitales y otras partes del cuerpo, y con base en estos datos, se imponen roles sociales que se espera las personas cumplan a lo largo de su existencia. Dichos roles son objeto de una jerarquización en la que se valora como positivo/superior lo masculino y como negativo/inferior lo femenino.”31F[32]

59. En su escrito de intervención, se acude a la herramienta de la ponderación y se explica que la norma no supera un juicio de igualdad estricto, en atención a que no supera el nivel de finalidad, pues la norma acusada no persigue un imperativo constitucional. Adicional a lo anterior, recuerda que en la Sentencia SU-696 de 2015, la Corte ya determinó que las parejas del mismo sexo pueden, de manera consensuada, determinar el orden de los apellidos de sus hijos o hijas al momento de levantar el registro civil. De esa sentencia, la intervención asegura que según la Corte “el (...) formato se puede realizar una inscripción de padres del mismo sexo por lo que no fue necesario establecer un periodo de transición...”. Asimismo, que en la Circular 024 de 2016, la Registraduría ya incorporó la

posibilidad de que los padres y madres de parejas del mismo sexo decidan consensualmente el orden de los apellidos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

60. El Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la Sentencia C-152 de 1994 que declaró exequible el artículo 1 de la Ley 54 de 1989, toda vez que no se desvirtuó la inmutabilidad de la cosa juzgada, ante el cambio de las situaciones económicas, sociales, políticas o ideológicas, conforme las exigencias, entre otras, de la Sentencia C-332 de 2013. A juicio de la Vista Fiscal, el actor busca reabrir el debate concluido a partir de la cita de los argumentos incorporados en los votos disidentes, sin que llegue al punto de mostrar si, en efecto, se produjo una modificación en la constitución material.

61. Explica que la teoría de la constitución viviente implica que dados los cambios políticos, económicos, sociales, culturales o ideológicos de una comunidad la Corte pueda ser nuevamente analizar una disposición a partir de “razones poderosas” y que tengan por objeto evitar la petrificación del derecho. En contraposición estima que el escrito de demanda no cumple tales exigencias, sino que presenta motivaciones genéricas como las de que “el país vive una total revolución en torno al reclamo de los derechos de las mujeres por parte de distintas organizaciones sociales” sin que esto tenga mayor desarrollo, ni puedan advertirse satisfechas las exigencias jurisprudenciales para la emisión de un nuevo pronunciamiento.

62. Aduce que aun cuando “el actor lo que realmente quiere es reabrir el debate que se dio con ocasión de la sentencia C-152 de 1995 (sic)” no brinda argumentos suficientes y que no se trataba simplemente de remitirse al contenido de los salvamentos de voto que se presentaron en su momento frente a la sentencia C-152 de 1994, ni a los presentados en el proyecto de ley sobre prelación de apellidos, o a los informes de la CEPAL, sino que era determinante evidenciar el cambio de significado material de la Constitución que, en su criterio no se satisfizo.

63. Prosigue con que “el accionante no explica por qué el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales es un elemento que modifica el significado material de la Constitución y que relativiza el valor de la cosa juzgada constitucional”, y recaba en que no

proporciona mayores elementos de juicio para superar la cosa juzgada en cuanto a la configuración del legislador en materia de regulación del estado civil de las personas, como se reconoció en su momento, ni se responde a la premisa de la providencia por virtud de la cual “el orden de los apellidos del hijo nada significa en relación con sus derechos, ni con los de los padres” y por último qué justifica el nuevo parámetro constitucional fundado en lo indicado en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-

64. También sostiene que el demandante solo atacó un apartado del artículo 1º de la Ley 54 de 1989, que carece de un contenido claro que no produciría efectos en relación con el contenido de la igualdad formal. Para corroborar su tesis propone imaginar la norma sin el fragmento cuestionado por el ciudadano: “seguido del” con el objetivo de mostrar que, si se declara inexecutable, el resultado sería un contenido deóntico impreciso del cual no se puede obtener la protección del derecho a la igualdad que dice promover la demanda.

VI. CONSIDERACIONES

Competencia de la Corte

65. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada forma parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 54 de 1989.

Cuestión previa: análisis de la cosa juzgada

66. El ciudadano Juan Pablo Pantoja Ruiz considera que la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1989 es contraria a la igualdad, en tanto privilegia la posición masculina sobre la femenina al definir la prevalencia al apellido del padre sobre el de la madre en la inscripción del registro civil de nacimiento de sus hijos e hijas, secuencia que desconoce la igualdad de género y avala una discriminación de la mujer, sin una razón constitucional válida para tal preferencia, máxime cuando esta deriva de una tradición patriarcal en la que se ubica en un plano inferior los derechos de las mujeres. Arguye que la violación de la igualdad también se reproduce en las parejas heterosexuales dado que éstas no pueden escoger el orden de los apellidos que tendrá su

descendencia, opción que sí poseen las parejas homoparentales.

67. En sus intervenciones el Ministerio del Interior, el ciudadano Nicolay David Romanovsky y el Procurador General de la Nación sostuvieron que la disposición que se demanda parcialmente tuvo control de constitucionalidad por parte de este Tribunal a través de la sentencia C-152 de 1994 y que no se encuentran configurados los requisitos para emitirse un nuevo pronunciamiento, en tanto existe cosa juzgada.

68. Con la finalidad de resolver si es viable dictar un pronunciamiento de fondo sobre el contenido del artículo 1º de la Ley 54 de 1989 (parcial) la Sala Plena se referirá brevemente sobre (i) la cosa juzgada en las sentencias de constitucionalidad y específicamente (ii) en torno a las reglas jurisprudenciales fijadas para determinar si se presenta tanto un cambio de significado material de la Constitución, como si existe un nuevo parámetro de análisis del asunto y (iii) a partir de tales reglas definirá si es admisible que la Sala Plena defina de fondo, caso en el cual realizará el planteamiento del asunto, formulará el problema jurídico y la metodología para su resolución.

Cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad^{32F[33]}

69. La cosa juzgada constitucional “es una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política (...) mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas”^{33F[34]}. Su principal consecuencia es la prohibición que tiene el juez de volver a resolver sobre la constitucionalidad de una norma que estuvo bajo su control^{34F[35]}, dado que “una vez este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, pierde prima facie la competencia para pronunciarse nuevamente sobre el mismo asunto, siempre y cuando, como ya se mencionó, subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”^{35F[36]}.

70. Para determinar si se configura la cosa juzgada debe establecerse qué fue objeto de control y cuál o cuáles los cargos de constitucionalidad^{36F[37]}, así mismo determinar qué tipo de decisión se adoptó, en tanto los efectos de la institución analizada difieren^{37F[38]} teniendo en cuenta si se trata de una inexequibilidad de la norma objeto de estudio o de la exequibilidad de la misma.

71. En la primera hipótesis, que se refiere a la inexecutable de la disposición cuestionada, la cosa juzgada será absoluta dado que el contenido normativo queda eliminado del orden jurídico, de acuerdo con el artículo 243 de la Carta Política. Tales consecuencias ocurren con independencia del parámetro de constitucionalidad que hubiese desconocido la norma invalidada. En el evento en que algún ciudadano demande una norma declarada inconstitucional, la Corte ha precisado que el Tribunal debe “estarse a lo resuelto” en la providencia anterior^{38F}[39]. A su vez, esta Corporación deberá dictar una decisión similar y acompañarla con la declaratoria de inexecutable de la disposición cuestionada, cuando juzgue una norma que había sido suprimida del ordenamiento jurídico por razones de fondo en un fallo anterior, empero esa proposición jurídica fue reproducida en una disposición diferente. Aquí el proveído precedente funge como parámetro para la declaratoria de la cosa juzgada.

72. En la segunda situación, esto es, cuando se declara executable la disposición, los efectos de esa institución tienen manifestaciones diferentes, por cuanto la Corte Constitucional puede modular el alcance de la determinación adoptada en el juicio de validez. De ahí que se ha manifestado que existen diferentes formas de la cosa juzgada, a saber^{39F}[40]:

i) Formal: se configura en el evento en que la Corte conoce de una demanda que censura una disposición que había estudiado en el pasado. En tales casos, en la sentencia se declarará estarse a lo resuelto en relación con la providencia inicial.

ii) Material: opera cuando la Sala Plena revisa una norma que declaró constitucional en el pasado, empero, en la censura actual, esa proposición jurídica se encuentra en otra disposición^{40F}[41]. En esa hipótesis, la Corte debe estarse a lo resuelto en la providencia anterior y declarar la executable simple o executable condicionada del texto legal demandado^{41F}[42]. La mencionada modalidad de cosa juzgada exige: a) una sentencia previa de constitucionalidad sobre una regla de derecho idéntica a la norma analizada posteriormente. Cabe precisar que esos contenidos jurídicos se encuentran en disposiciones diferentes; b) coincidencia en los cargos del pasado y los actuales; c) una declaratoria de executable fundamentada en razones de fondo; y d) la inexistencia de reformas de la Carta Política sobre los parámetros de constitucionalidad que sustentaron la decisión anterior.

iii) Absoluta^{42F[43]}: se materializa en el evento en que este Tribunal analiza la constitucionalidad de un precepto demandado frente a todo el ordenamiento superior. Cabe anotar que se entiende que este efecto será el alcance de toda cosa juzgada cuando en la providencia no se restrinja el parámetro constitucional de confrontación y el cargo analizado. Ello implica que la norma declarada compatible con la Carta Política no puede ser objeto de control en una nueva oportunidad, y

iv) Relativa: se presenta “cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior^{43F[44]}, con la condición que sean otros parámetros de constitucionalidad los anunciados como quebrantados, de modo que implique un nuevo problema jurídico. Ese tipo de cosa juzgada puede ser explícita e implícita. La primera opción ocurre cuando la Corte advierte en la parte resolutive los cargos por los cuales se adelantó el juicio de constitucionalidad.^{44F[45]} En contraste, en la segunda posibilidad, la Sala no efectuó el señalamiento referido, empero en la parte motiva de la providencia se infiere que esta Corporación limitó el estudio de constitucionalidad a unos cargos específicos^{45F[46]}.

73. Adicional a la clasificación expuesta, la Corte ha precisado que puede presentarse la cosa juzgada aparente, categoría que: “designa aquellas hipótesis en las cuales la Corte, a pesar de adoptar una decisión en la parte resolutive de sus providencias declarando la exequibilidad de una norma, en realidad no ejerce función jurisdiccional alguna y, por ello, la cosa juzgada es ficticia. En estos casos, la declaración no encuentra apoyo alguno en las consideraciones de la Corte y, en esa medida, no puede hablarse de juzgamiento”^{46F[47]}

74. Ahora bien, pese a configurarse cosa juzgada, el Tribunal Constitucional ha admitido que, excepcionalmente, se produzca un nuevo pronunciamiento ante una norma que había sido objeto de decisión de exequibilidad en el pasado. Esa nueva valoración ocurre en las siguientes circunstancias^{47F[48]}: (i) la modificación del parámetro de control; (ii) el cambio en el significado material de la Constitución; y (iii) la variación del contexto normativo del objeto de control. La Sala en el presente asunto y originado en las intervenciones referidas en el párrafo 67 de esta providencia, realizará algunas precisiones exclusivamente en torno a la hipótesis de cambio de significado material de la Constitución, dada la relación que tiene con la presente causa al ser la que se esgrime para superar lo decidido en la sentencia

C-152 de 1994.

Cambio de significado material de la Constitución

75. La Constitución es un texto vivo^{48F[49]} que se adapta a la realidad. Esto implica, entre otros, que el análisis realizado a una norma en el presente no sea el mismo en el futuro^{49F[50]}, y por ello debe armonizarse el control constitucional con los significados que adquieren las disposiciones jurídicas. A partir de esa comprensión en la labor del juez constitucional esta Corte ha habilitado nuevos pronunciamientos, por ejemplo, pese a que había decidido en las sentencias C-150 de 1993, C-106 de 1994, C-327 de 1997, C-425 de 1997 y C-716 de 1998, sobre las normas que regulaban la detención preventiva, en la sentencia C-774 de 2001 definió que debía emprender el control bajo el reexamen de los principios de presunción de inocencia, de libertad y de las garantías constitucionales de las partes en el proceso penal. En esa oportunidad sostuvo que aun cuando no existían cambios formales del texto fundamental correspondía a la Sala Plena pronunciarse al presentarse variaciones concretas en la vida colectiva que incidían directamente en el juicio de constitucionalidad, sin que esto significara vulneración de la cosa juzgada, pues de por medio se encontraba una perspectiva diferente en torno al alcance de dichos principios que obligaba a decidir de mérito.

76. Así mismo, en Sentencia C-355 de 2003, la Corte accedió a pronunciarse sobre la constitucionalidad del delito de aborto, para ello argumentó que en esa ocasión el tipo penal se había regulado en otro estatuto -Ley 599 de 2000- y el parámetro superior tenía un significado diferente derivado del marco jurídico internacional, que hacía parte del bloque de constitucionalidad.

77. En reciente decisión C-200 de 2019 la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo pese a que en sentencia C-079 de 1996 y fundada en idéntico parámetro de control había definido sobre su exequibilidad. Para el efecto, estimó satisfechas las exigencias argumentativas decantadas jurisprudencialmente para sostener que se presenta un cambio material de la Constitución, esto es que el demandante (i) explique la modificación sufrida por el marco constitucional, (ii) indique los referentes o factores que acreditan dicha modificación y (iii) evidencie la relevancia de la nueva comprensión constitucional respecto de las razones de

la decisión adoptada en el pasado^{50F}[51].

78. En la misma providencia recabó sobre la importancia de brindar argumentos suficientes y adicionales a los que fueron tenidos en cuenta en su momento para resolver sobre la exequibilidad de la disposición, en tanto dada la excepcionalidad del abordaje no es posible acudir al principio pro actione para superar las falencias del escrito, sino que deben existir verdaderas razones que conduzcan a impugnar el contenido de la decisión y a presentar una motivación coherente y adecuada que suponga una verdadera duda sobre el cambio de significación material de la Constitución.

Análisis de la cosa juzgada en el caso concreto

79. En la Sentencia C-152 de 1994 se estudió la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 54 de 1989 por el presunto desconocimiento de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución. Como razones de censura en su momento el demandante cuestionó que la disposición consagraba “una forma de discriminación de la mujer obligando que en el registro de nacimiento debe inscribirse el apellido con un orden preestablecido primero el del hombre (padre) y luego el de la mujer (madre).” Así mismo, se vulnera el artículo 42 de la Carta, porque si las relaciones de pareja se basan en la igualdad de derechos y deberes de cada uno, la norma acusada no puede reconocer al padre tal privilegio”.

80. El problema jurídico de la Sentencia C-152 de 1994 se circunscribió a establecer si existió diferencia de trato entre el hombre y la mujer a la hora de la inscripción de los menores en el registro civil. Para resolverlo se remitió a lo que denominó “la razón de ser de la Ley 54 de 1989” y estableció que su objeto fue el de acompasarse con los usos sociales dado que la disposición precedente únicamente pedía el registro del apellido paterno y solo a falta de este, el de la madre (artículo 53 Decreto 1260 de 1970), mientras que la nueva norma dispuso que debía tener los dos apellidos, con la prelación del padre. Así comprendió que lo que se buscaba tal disposición era evitar la discriminación por “bastardía” y entendió que este mecanismo lo conseguía, admitiendo en todo caso que ello procedía de una “práctica ancestral”.^{51F}[52]

81. Otras de las razones de la Corte para declarar exequible el artículo 1º de la Ley 54 de 1989 se cimentaron en que: “La ley ha determinado un orden, es decir, ha reglamentado el nombre, elemento del estado civil. ¿Podría dejarse esta materia al arbitrio de los

particulares, para que ellos, y no la ley, establecieran el orden? Evidentemente, la ley podría establecerlo así. Pero ello crearía el desorden y haría difícil la identificación de las personas: en una familia habría, por ejemplo, hermanos carnales que llevarían primero el apellido paterno, y otros el materno. Pero, por el hecho de definir los padres, a veces en medio de disputas, el orden de los apellidos, ¿se avanzaría en el camino de la igualdad? Evidentemente, no, y ello por una razón elemental: el orden de los apellidos del hijo, nada significa en relación con sus derechos, ni con los de los padres. Es claro, en consecuencia, que el orden de los apellidos en la inscripción en el registro de nacimiento, nada tiene que ver con la igualdad de derechos y obligaciones. Tiene que existir un orden, y la ley lo ha determinado” (énfasis del original). Es decir, para la Sala Plena tal disposición no contrariaba los artículos 13, 42, 43 y 44, relacionados con la igualdad de trato y de obligaciones en la familia y, además, preservaba la seguridad jurídica.

83. Como se explicó en el acápite de la demanda – párrafos 1 a 11 -, el ciudadano cuestionó los asertos de dicha providencia y pidió un nuevo pronunciamiento. Así decantó en su exposición que, contrario a lo resuelto en su oportunidad el orden de los apellidos fijado en la ley, establecía dos tratos discriminatorios a saber: i) entre mujer y hombre, al dar prelación a este último en la inscripción del registro civil de sus hijos o hijas; y ii) entre las parejas heterosexuales y homoparentales, al otorgar la libertad a los segundos de escoger el orden de los apellidos, alternativa que no tienen los primeros. Destacó que existían relevantes elementos de juicio para que se reexaminara el asunto, dada la resignificación de los derechos de las mujeres y la existencia de instrumentos internacionales, entre ellos la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, que conducía a que bajo un cambio de contenido material de la constitución se pudiese dictar una sentencia de fondo.

84. Tres de las intervenciones que se reseñaron en el acápite anterior, dentro de la que se incluye el concepto de la Vista Fiscal, sostienen que no es posible que la Corte se pronuncie nuevamente en relación con el artículo 1° de la Ley 54 de 1989, en tanto no se satisfacen las exigencias jurisprudenciales pues la demanda únicamente reitera los votos disidentes de la Sentencia C-152 de 1994 y no ofrece mayores elementos de juicio para corroborar que, efectivamente, aconteció una modificación significativa en materia cultural, política o ideológica que condujese a debilitar la cosa juzgada y a propiciar un nuevo pronunciamiento. Así mismo critican que nada se desarrollara en torno a la existencia de un

nuevo parámetro, en tanto solo se enunció el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW, ambos insuficientes para satisfacer la exigencia en cuanto a la carga argumentativa.

85. No obstante tales críticas al texto, encuentra la Corte que el demandante presenta razones para desvirtuar la cosa juzgada de la sentencia C-152 de 1994, que declaró exequible el artículo 1º de la Ley 54 de 1989 por el cargo de igualdad, pues sostiene que existe un cambio de significación material de la Constitución que deriva de la ampliación del contenido y de los derechos de las mujeres y, de otro lado, por la introducción de un nuevo parámetro, no tenido en cuenta previamente, esto es el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- que extiende el compromiso de los Estados para combatir la desigualdad y proscribir la discriminación por razón del género, lo cual explica.

87. Sobre esa base asegura que el cambio de significación material entre los años 1994 y 2018 se puede advertir en la jurisprudencia de la Corte sobre la igualdad que, en concreto, sobre la paridad de género, evolucionó a una protección que es vinculante para todo el operador jurídico, entre ellos los jueces^{52F[53]}. Destaca que al expedirse la Sentencia C-152 de 1994 no se discutía públicamente el rol de la mujer en los espacios privados, e incluso se consideraba que estaba sujeta al dominio masculino, siendo inamovible el atavismo de legar el apellido del padre como una extensión del linaje, lo cual estaba normalizado, pero que tal categoría hoy es abiertamente sospechosa por inconstitucional, en tanto caracteriza el sistema patriarcal que el Estado colombiano se comprometió a transformar, entre otros, de acuerdo con los convenios internacionales que suscribió, para (i) realizar en la práctica el principio de igualdad entre el hombre y la mujer; (ii) prohibir la discriminación contra la mujer a través de todo tipo de medidas que determinen las sanciones correspondientes; (iii) proteger jurídicamente a las mujeres sobre la base de la igualdad siendo la actividad de los tribunales judiciales esenciales; (iv) abstenerse de permitir la discriminación por parte de todas las autoridades y (v) adoptar medidas incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, entre varias. A partir de esos compromisos y a lo largo del texto el accionante destaca no solo los debates sobre discriminación de género que se han surtido en distintos ámbitos de la vida social sino la necesidad de proscribirla a través de acciones concretas.

88. Pero no solo eso, en el escrito se enfatiza de qué manera los distintos movimientos sociales han hecho visibles las demandas ciudadanas en contra de la discriminación de género y cómo esto ha implicado la promoción de debates necesarios al interior de la sociedad colombiana sobre los roles impuestos a las mujeres, la manera en la que esto incide en la división sexual del trabajo y las necesarias transformaciones que se impelen en aras de alcanzar la igualdad real.

89. Precisamente, a partir de tal desarrollo es que se trae a colación el documento de la CEPAL sobre “Las metas del milenio y la igualdad de género. El caso de Colombia”, en el que se describen las talanqueras que se oponen a las mujeres para el pleno ejercicio de sus libertades y autonomía, y esto lo apoya en datos estadísticos relacionados con la brecha de género que dan cuenta de las dificultades de reconocerles derechos. Si bien es cierto que el accionante acude a múltiples argumentos, puede establecerse una coherencia en su discurso, del que se extrae, con meridiana claridad, que desde el momento en que se emitió la sentencia C-152 de 1994 hasta la época se han surtido distintos cambios que han resignificado la posición que ocupan las mujeres en la sociedad, y que han evidenciado su subalternidad en espacios tanto públicos como privados que han ameritado la adopción de tratados e instrumentos internacionales para obligar a los Estados a reconocer y superar tal situación. Esto lo enlaza el escrito con el reconocimiento que han impulsado tribunales judiciales regionales, así como legisladores en torno a desarticular las disposiciones jurídicas que, amparadas en una visión androcéntrica, naturaliza y universaliza lo masculino a la par que ubica a la mujer en un lugar con menores derechos de elección o de decisión^{53F[54]}, como en la imposición del apellido del padre, sobre el de la madre y recaba en que las Sentencias SU-659 de 2015 y la T-141 de 2015, avanzan hacia el enfoque interseccional de género en la resolución de casos donde se presenta un trato discriminatorio, enfoque que no fue advertido para el momento en que se emitió la sentencia C-152 de 1994, de allí que pueda sostenerse que además de que el accionante explica la modificación constitucional, destaca los referentes que permiten una nueva connotación.

90. Aun cuando el actor desarrolla otro punto para predicar la violación del principio de igualdad, esto es que ya esta Corte admitió vía control concreto la adopción entre parejas del mismo sexo y de contera que estas pueden definir consensuadamente la prelación del apellido que supone una distinción de trato entre las parejas heterosexuales en las que la

norma determina que el apellido del padre debe estar primero que el de la madre y que supone que deba tenerse en cuenta para la emisión de una nueva providencia, a juicio de la Sala esto no resulta más que un apoyo al argumento de protección de la autonomía de la pareja y de la familia para regularse internamente, pero no implica que deba establecerse a partir de allí un patrón de comparación válido en sede constitucional.

91. En punto a la restante premisa de la sentencia C-152 de 1994 relativa a que la norma preserva la seguridad jurídica, pues de no existir generaría un desorden al punto que distintos hermanos pudieran tener apellidos trastocados, el escrito de demanda es enfático en que hoy existen avances tecnológicos que permiten la identificación de los connacionales, como el control por huella dactilar, sin afectar el contenido de igualdad. En todo caso sostiene que, para evitar las eventuales dificultades en el registro, bien pueden utilizarse medidas menos lesivas al contenido de derechos fundamentales y que esa es la labor del legislativo.

92. De lo anterior se extrae que el accionante cumple con la carga argumentativa que discute las premisas de la sentencia C-152 de 1994, pues a más de reforzar que los adelantos tecnológicos permiten la ideación de mecanismos de registro que cumplan la función de identificación sin poner en riesgo derechos fundamentales, recaba en que esto es determinante ante el resignificado del principio de la igualdad que no solo se nutre de un escenario normativo nacional e internacional que demuestra un cambio en la interpretación del artículo 13 y 43 de la Constitución, sino en una transformación social y cultural que impone que deba volver a estudiarse la validez del artículo 1 de la Ley 54 de 1994 y que debe acompañarse con la sostenido por el Comité para la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra La Mujer (en adelante CoCEDAW)^{54F[55]} el cual, se insiste, ha otorgado mayor fuerza a la cláusula que demanda la igualdad entre hombres y mujeres, reconocido en el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW) que ahora se opone en la demanda^{55F[56]}.

93. Adicional a lo expuesto en el escrito de demanda, constata la Corte que en efecto existen variaciones sociales y culturales que han incidido drásticamente en los análisis y categorías bajo las cuales el constitucionalismo resuelve las discusiones de igualdad y, de contera, las de igualdad de género. Así ha hecho visibles los sesgos normativos que, bajo

apariencia de neutralidad en realidad tenían una naturaleza discriminatoria y que invisibilizaban el trato subalterno a las mujeres. Una de las decisiones que así lo exhiben es la C-622 de 1997^{56F[57]}, en la que se estudió si la prohibición de trabajo nocturno a las mujeres, prevista en el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo violaba entre otros el derecho a la igualdad, al privarlas de oportunidades laborales que sí se reconocían para hombres, simplemente atendiendo la hora en la que se prestaba el servicio. Al definir, la Sala Plena destacó, que la diferencia de trato no era razonable ni justificable, menos al fundarse en concepciones paternalistas^{57F[58]} y, con apoyo en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180 de 18 de diciembre de 1979, enfatizó en que debían eliminarse las distinciones por motivos de sexo, incompatibles con la dignidad humana y el propio desarrollo social al obstaculizar el pleno progreso de las mujeres, de manera que declaró inexecutable aquella restricción que les impedía participar en igualdad de condiciones.

94. También en la sentencia C-082 de 1999^{58F[59]} la Corte al examinar el artículo 140 numeral 7 del Código Civil que declaraba nulo y sin efectos el matrimonio entre “la mujer adúltera y su cómplice” señaló que tal disposición, aunque admitida socialmente, era abiertamente lesiva a la igualdad. Para ello explicó de qué manera las sociedades han construido su paradigma a partir de valores que se adjudican a lo masculino como la racionalidad, la fuerza, el coraje, mientras que, en desmedro, a lo femenino se le asignan los de irracionalidad, debilidad y sumisión, con el objeto de relegarlas al espacio privado, y mantener así una brecha entre sexos propicia para la desigualdad. De acuerdo con la sentencia, esas concepciones arraigadas en la cultura y en el propio pensamiento filosófico, habilitaron un sinnúmero de normas patriarcales que, entre otras, concedían al esposo propiedad sobre la cónyuge y por ende se pensaban como castigo. Bajo la lógica de una necesaria construcción de igualdad de sexos la decisión encuentra inadmisibles la existencia de una causal de nulidad matrimonial atendiendo exclusivamente el sexo y por ello la declara incompatible con la cláusula de igualdad.

95. Esa progresiva construcción jurisprudencial se tornó más sólida cuando la Corte se pronunció sobre el Proyecto de Ley 158 de 1998 en el que se reglamentaba la participación de las mujeres en los niveles decisorios de las distintas ramas del poder público y que dio origen a la Ley 581 de 2000, conocida popularmente como Ley de cuotas. En la sentencia C-371 de 2000^{59F[60]} encontró que el propósito de dicha regulación era propiciar una

mayor representación de las mujeres en los distintos ámbitos de la vida pública y que las acciones afirmativas allí formuladas para su consecución eran necesarias dado que aquellas habían estado sometidas a patrones de subvaloración cultural, por lo que se requerían nuevos dispositivos que permitieran una redistribución racional y equitativa de bienes, derechos y cargas sociales. A partir de datos estadísticos sobre la educación y el coetáneo reparto de los empleos, la decisión encuentra que la precaria representación de las mujeres derivaba de un criterio irracional de discriminación cimentado en la cultura patriarcal y que por ende debían adoptarse mecanismos de corto, mediano y largo plazo que alentaran las transformaciones sociales y culturales propias de una constitución igualitaria y democrática. Apelando a los propios compromisos que el Estado colombiano había suscrito, entre otros al hacer parte de la Plataforma de Acción de Beijing para favorecer el acceso a las mujeres a cargos decisorios con un mínimo de 30% se avaló dicha medida, que conseguiría no solo un efecto simbólico, al hacerlas visibles, sino que alentaba a mantener y a ampliar su permanencia en la vida pública.

96. En la sentencia C-540 de 2008 la Corte es explícita en el reconocimiento a las mujeres como un grupo históricamente marginado, con especial intensidad en materia de derechos sociales y evidencia lo indispensables que resultan las acciones afirmativas para alcanzar la igualdad real^{60F}[61]. A partir de datos estadísticos en los que se hace patente las dificultades de acceso y permanencia en el empleo por razón del sexo que, de contera, afecta sus expectativas de protección ante el riesgo de la vejez, estimó válida la disposición que introducía una edad menor para pensionarse y defiende tales medidas discriminatorias positivas en aras de proteger también su dignidad^{61F}[62].

97. A la par que se construyeron precedentes jurisprudenciales que impedían mantener la diferencia de trato por razón del sexo^{62F}[63] se abrieron distintas categorías de análisis para establecer los efectos diferenciados que los fenómenos sociales implicaban para las mujeres. De esa manera la corporación estableció que la violencia ejercida en el desplazamiento forzado tenía mayores grados de intensidad cuando recaía en mujeres y por ello se requería de acciones urgentes para su protección^{63F}[64] en concurso con distintas entidades públicas.

98. Así la violencia basada en el género empezó a comprenderse como una categoría relevante en el estudio de los casos puestos en conocimiento de la Corte. Esta forma de

abordaje ha permitido evidenciar las múltiples violencias padecidas por las mujeres, lo que puede corroborarse en las sentencias C-539 de 201664F[65] y C-297 de 201665F[66] en las que se precisó que aquella surge en unas precisas condiciones sociales y culturales, en las que los estereotipos son acicate para las conductas discriminatorias que han permeado el sistema legal, normalizando así prácticas inconstitucionales. Al enunciar y desarrollar los distintos tipos de violencia que recaen sobre las mujeres (física, sexual, psicológica y económica) la jurisprudencia constitucional ha reconocido que son urgentes y necesarias las transformaciones para alcanzar la igualdad real.

99. Esas nuevas formas de comprensión de los fenómenos sociales y culturales han dado una vuelta de tuerca a lo que, a principios de los años 90 era apercibido por la sociedad. En ese estadio muchos de los sesgos normativos estaban ocultos o yacían sobre consideraciones de aparente neutralidad de las disposiciones jurídicas. No obstante, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional da cuenta de notables avances en su reconocimiento, allí, como se ha indicado, se han auscultado los efectos de las múltiples violencias que son más intensas hacia las mujeres y que pueden encontrarse en situaciones que parecían aceptadas, como la manera de establecer el régimen de convivencia, o el de custodia de niños, niñas y adolescentes, las formas de contabilizar los bienes en el régimen patrimonial del matrimonio o de la unión marital de hecho, la utilización de supremacía patrimonial para modelar el comportamiento social 66F[67]. Al trasluz, dicha violencia económica hoy no es fácilmente tolerada, menos cuando se ha entendido que la familia no debe ser idealizada, sino comprenderse como un espacio en el que, además de los afectos, también existen conflictos, competencia y que cuando se ejerce violencia debe ser nombrada y cuestionada socialmente (violencia psicológica) 67F[68].

100. Pero no solo eso ha ocurrido en los últimos 25 años, tal vez uno de los cambios más visibles de modificación cultural y social frente a los derechos de las mujeres tiene que ver con el propio reconocimiento que existe hoy frente al trabajo realizado por ellas y que hasta no hace mucho seguía siendo, como sus reclamos, invisible. Tal vez el advertir que el trabajo productivo y el reproductivo son esenciales en la reproducción de la vida tal como la comprendemos hoy y que el cuidado es el que sostiene la propia sociedad, ha ubicado un mapa de necesaria protección de quienes se ocupan de él, en su mayoría población femenina con déficit de derechos. La jurisprudencia de la igualdad también las alcanzó. No solo las decisiones relevantes que fueron destacadas con anterioridad se ocuparon de ello,

sino aquellas en las que se estableció que sus labores eran igual de importantes que las llevadas a cabo en otros sectores de la economía y que por ende no existía justificación, visto bajo la luz de la cláusula de la igualdad, de que en la prestación de servicios en el hogar no se tuviera límite a la jornada^{68F[69]}, que no tuvieran el pago de los mismos derechos derivados del trabajo^{69F[70]} y de que, por el hecho de su pertenencia a determinado género, no se les reconociera su aporte como determinante para que la vida cotidiana funcionara.

101. Esto se imbrica con la importancia que ha adquirido la judicatura en su conjunto para transitar a una sociedad igualitaria y la forma en que las decisiones de este Tribunal irradian a los jueces. Parte de las múltiples variaciones que se han surtido en este largo periodo de más de dos decenios y un lustro tienen que ver, precisamente, con que los fallos en todas las jurisdicciones deben advertir los sesgos normativos y los propios que acompañan a quienes administran justicia. De esa manera se ha sostenido que la perspectiva de género en la resolución de los asuntos es indispensable. Ya en la sentencia T-878 de 2014^{70F[71]} se resaltó que todos los jueces y juezas debían ser feministas, entendiendo por tal que a partir de la igualdad material entre hombres y mujeres se honran los contenidos constitucionales. Ello quedó explícito en la sentencia T-012 de 2016 en la que se replicó que quienes se encargan de administrar justicia están obligados a eliminar cualquier forma de discriminación contra las mujeres y que para ello existen criterios de examen que deben ser compatibles con su dignidad; advertir que se trata de un grupo tradicionalmente discriminado que debe ser pasible de acciones afirmativas; que no puede acudirse a los estereotipos, menos al analizar las relaciones de poder que las afectan, debe evitarse su revictimización y flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia^{71F[72]}.

102. En ulteriores como la T-14572F[73] y la T-590 de 2017^{73F[74]}, T- 462 de 2018^{74F[75]}, T-338 de 2018^{75F[76]}, T- 126 de 2018^{76F[77]}, T-093 de 2019^{77F[78]} la Corte ha reiterado que, derivado de los artículos 13 y 43 superiores, así como de los tratados de derechos humanos de las mujeres, deben plantearse marcos interpretativos que permitan resolver las discrepancias atendiendo la matriz cultural de subvaloración que recae sobre las mujeres y que por ello es imprescindible que el trabajo de la judicatura comprenda la tarea y contribuya a realizar la igualdad material.

103. Claramente todas esas progresiones se han alcanzado no solo a partir de la

introducción de métodos de análisis basados en el género, como se describió en los párrafos anteriores. Tal vez un aspecto determinante fue el alcance que, de forma paulatina, empezaron a tener los distintos instrumentos de protección a las mujeres y que, desde 1994 a la fecha, han sido protagónicos al momento de realizar tanto los controles abstractos, como concretos por parte de la Corte Constitucional y de los jueces en general. De esta manera tanto la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer^{78F[79]}, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)^{79F[80]} y su Protocolo Facultativo^{80F[81]}, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing^{81F[82]}, las Recomendaciones Generales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CoCEDAW) de las que se destacan la Recomendación General número 19 “sobre violencia contra la mujer” y la Recomendación General número 28 “relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”^{82F[83]}, la Resolución 58/501 de 2004 de la Asamblea General de las Naciones Unidas^{83F[84]}, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención Belem Do Pará) han sido utilizadas como insumos interpretativos^{84F[85]}, relevantes a la hora de definir las controversias y bajo el amparo del artículo 93 numeral 2 de la Constitución. A la CEDAW además, se le ha reconocido por parte de este Tribunal como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

104. Esto último es relevante en la presente controversia, dado que el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) se esgrime como parámetro de control. Existe para esta Corporación claridad de que dicho instrumento integra el bloque, así se advierte de las Sentencias C-322 de 2006, C-667 de 2006^{85F[86]}, C-586 de 2016^{86F[87]}, T-093 de 2019^{87F[88]}. En ellas se discurre que dicha convención obliga al Estado colombiano a adoptar políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra las mujeres, tanto legislativas, educativas, así como políticas transitorias de diferenciación positiva, las cuales deben ser informadas a la comunidad internacional para hallar los progresos – expresamente al Comité que le hace seguimiento para que pueda hacer recomendaciones a partir de los documentos presentados -. Al ser un instrumento que desarrolla los derechos humanos de las mujeres, ha sido determinante en el tránsito a la equidad de género y vinculante por tanto a las autoridades nacionales.

105. La centralidad en el debate sobre el reconocimiento pleno y material de los derechos de las mujeres no solo ha estado presente en la jurisprudencia, también el órgano legislativo ha puesto en la agenda y en las normas la equidad de género, con mayor intensidad en los últimos 25 años, como pasa a verse. La Ley 136 de 1994 dictada, entre otras, para modernizar los municipios, incorporó el enfoque de género para tener en cuenta el perfilamiento de los programas de las administraciones. Recientemente la Ley 1981 de 2019, que la modifica, estableció en los Concejos la obligación de crear la Comisión para la Equidad de la Mujer, para su promoción y participación en cargos de elección popular, como interlocutoras de organizaciones o grupos y para hacer seguimiento a procesos de verdad, justicia y reparación que les concierne. También las Leyes 531 de 2000 y 823 de 2003, crearon mecanismos para cumplir el principio de igualdad, de un lado a través de la figura de cuotas mínimas porcentuales de participación en la vida pública y, de otro, incorporando las políticas de género en distintos ámbitos sociales. A su vez la Ley 1009 de 2006 la cual da vida al Observatorio de Asuntos de Género. En ese mismo segmento pueden incluirse las Leyes 248 de 1995 y 984 de 2005 que incorporan la Convención Belem Do Pará y el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer al ordenamiento interno.

106. En todo caso son aun mayores las intervenciones legislativas que se han producido para la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres. Así se ubican leyes que las protegen frente al ejercicio de la violencia económica o patrimonial (Ley 128 de 1996 sobre afectación de vivienda familiar, Ley 1900 de 201888F[89]); o de distintos tipos de violencia física, sexual, doméstica y emocional (Ley 294 de 199689F[90], Ley 387 de 199790F[91], Ley 599 de 200091F[92], Ley 575 de 200292F[93], Ley 679 de 200193F[94], Ley 1146 de 200794F[95], Ley 1257 de 200895F[96], Ley 1448 de 201196F[97], Ley 1542 de 201297F[98], Ley 1639 de 201398F[99], Ley 1751 de 201599F[100]). Casi se producen en sintonía con decisiones judiciales y dan cuenta del tránsito de amparo frente a los derechos de las mujeres.

107. Esto también se corrobora con las leyes en materias de derechos sociales, en las que se establecen herramientas de redistribución de ingresos para disminuir las asimetrías en el acceso a este tipo de recursos por parte de la población femenina - Ley 731 de 2002100F[101]-, así como dispositivos que reparten las cargas de cuidado con la pareja, extendiéndole por ejemplo la cobertura de las licencias de paternidad -Ley 755 de 2002-, o

ampliando el periodo de protección de los hijos recién nacidos -Ley 1468 de 2011 y Ley 1822 de 2017, o las que impiden conductas discriminatorias en el ámbito laboral como el acoso laboral y sexual -Ley 1010 de 2006-, o la que elimina el trato diferenciado a las trabajadoras domésticas y ordena el reconocimiento de la prima de servicios -Ley 1788 de 2016-. Pero tal vez una de las leyes que hace patente la transformación de la concepción en relación con las mujeres, es la Ley 1413 de 2010 que regula la inclusión de la economía del cuidado al sistema de cuentas nacionales para medir todo el trabajo invisible – y por ende desvalorizado – y establecer cómo ha contribuido al desarrollo económico y social del país.

108. Leídas así no se tratan de decisiones judiciales, normas internacionales y leyes inconexas, sino de una clara línea de acción, forjada por la tarea de distintos actores, que lenta y de forma perceptible han ido permeado la sociedad colombiana y la han hecho sensible a los problemas de la mayoría de sus integrantes, es decir, las mujeres. Es por ello que esta Corte considera que si bien ya se había dictado la Sentencia C-152 de 1994 con fundamento en el mismo cargo de igualdad, es posible emitir un pronunciamiento de fondo ante el cambio de significación material en relación con el enunciado legal demandado. A continuación, se formula la síntesis de los argumentos.

109. De acuerdo a lo señalado por esta Sala Plena (i) el demandante acreditó una resignificación de la cláusula de igualdad a partir del desarrollo jurisprudencial en el que se reconoce la discriminación histórica de las mujeres y se establecen mecanismos para contrarrestarla, en relación con los cuales el Estado colombiano ha adquirido compromisos que se encuentran incorporados, entre otros en el artículo 2 de la CEDAW. Destacó lo vigoroso de los movimientos feministas que han puesto en la agenda pública sus derechos y específicamente han enfatizado en la necesidad de proscribir tratos diferenciados por razón del género, empezando por cuestionar categorías que se asumen como naturales o universales pero que reflejan la imposición de lo masculino sobre lo femenino y que se constata en la idea de que el apellido paterno debe sobreponerse al materno, sin ninguna discusión o que restan importancia a lo que esto significa, como aconteció en su momento en la reseñada providencia C-152. Esa reinterpretación también se justificó en que tras la jurisprudencia constitucional, específicamente las sentencias SU-659 de 2015 y T-141 de 2015, la Corte avanzó hacia el enfoque interseccional de género en la resolución de casos y esto permite que las parejas del mismo sexo puedan elegir en relación con sus

hijas101F[102]el orden de sus apellidos lo que trasluce una distinción con las parejas heterosexuales que se encuentran en la misma situación; (ii) los argumentos expuestos por el demandante son relevantes y pertinentes para debilitar la cosa juzgada por el cambio de significado material de la constitución.

110. La Corte comprende que la Constitución tiene la habilidad de adaptarse a la realidad social, económica, política y cultural, pues es un texto vivo y sobre esa base encuentra que entre el año 1994 y el 2019, se presentaron elementos fácticos y jurídicos que permiten reexaminar la validez del artículo 1º de la Ley 54 de 1994, al existir una nueva hermenéutica y alcance del principio de igualdad en tanto iii) se ha reconocido a través de su jurisprudencia la discriminación histórica de las mujeres en la sociedad y ha adoptado diversas medidas para alcanzar la paridad de género, con amparo del artículo 13 de la Constitución. En ese sentido ha entendido que la concepción sustantiva de la igualdad implica aceptar que existe una desigualdad y discriminación desde la óptica del género cuando las leyes, políticas y prácticas sociales con pretendida neutralidad no evidencian la desventaja en que se encuentran las mujeres. También ha sostenido que es indispensable el enfoque interseccional de género y que es vinculante para todo operador judicial; iv) la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- comenzó a fungir como parámetro de constitucionalidad para evaluar la validez de la legislación nacional, desde las Sentencias C-355 de 2006, C-667 de 2006, C-335 de 2013, C297 de 2016, C-359 de 2016 y C-117 de 2018, entre otros. Y se han utilizado como referentes las recomendaciones del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (específicamente la Recomendación General No 25) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Para, las cuales reconocen que la discriminación es una forma de violencia y por ende instituyen la obligación del Estado de remover cualquier tipo de estereotipo que afecte la igualdad material entre hombres y mujeres, y esto alcanza la decisión libre de la pareja de participar en las decisiones familiares. Con fundamento en dichos instrumentos internacionales que las costumbres relativas a la condición personal basadas en la identidad perpetúan la discriminación contra la mujer y la falta de libertad individual para elegir la aplicación u observancia de leyes y costumbres concretas agudiza esta discriminación. v) En atención a ese cambio de interpretación en torno a la igualdad, el legislador ha expedido una serie de leyes que intentan igualmente romper las barreras históricas que generan inequidad entre el hombre y la mujer. vi) Por último, en torno a la igualdad de

oportunidades dispuesta por el artículo 43 de la Constitución Política, la Corte ha reafirmado que la “a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

111. Cimentada en la evolución interpretativa que desde el pronunciamiento emitido en la Sentencia C-152 de 1994 se ha producido, y atendiendo las razones formuladas en la demanda la Corte señala que en el presente asunto se ha superado la cosa juzgada, para permitir una decisión de fondo en relación con los cargos presentados, por vulneración de los artículos 13 y 43 de la Constitución Política.

112. El ciudadano Juan Pablo Pantoja Ruiz considera que la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1991 es contraria a los principios a la igualdad entre hombres y mujeres contenido en el Artículo 13, a la igualdad de oportunidades de las mujeres previsto en el artículo 43 y al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) en tanto introduce una diferencia de trato entre hombres y mujeres, bajo el criterio constitucionalmente sospechoso, otorgando prioridad al apellido paterno, sobre el materno, sin justificación válida suficiente, en tanto deriva de una tradición histórica en la que los valores masculinos se naturalizan y a partir de allí se limita la decisión de las mujeres. Asegura además que en las familias del mismo sexo ya está previsto un mecanismo consensual para definir el orden de los apellidos y que está resuelto así por la jurisprudencia constitucional, de manera que, existiendo medidas menos lesivas a los derechos fundamentales en tal elección, no puede mantenerse la disposición que demanda.

113. El Ministerio del Interior y la Universidad de la Sabana defienden la constitucionalidad de la norma por estimar que la secuencia de los apellidos no implica jerarquía o privilegio, y que su definición se encuentra dentro de la órbita de configuración del legislador, máxime cuando tiene un carácter meramente enunciativo que no afecta derechos fundamentales. Así mismo la Universidad arguye que, en la actualidad, existe una completa materialización de la igualdad de género al punto que las mujeres gozan de idénticos derechos del hombre y se siguen reconociendo como nodales en la familia, de allí que la prelación no sea un aspecto trascendental para predicar la desigualdad o la discriminación por razón del género.

114. Por su parte el Ministerio de Justicia y del Derecho pide que se declare la exequibilidad de la norma pero entendiendo que deben ser los padres quienes acuerden el orden de los apellidos de los hijos en el registro. Admite que, en efecto la disposición crea una discriminación directa para la mujer y se funda en una concepción civil en la que el hombre era el eje del ordenamiento jurídico, la cual debe ser reevaluada, en tanto no tiene justificación constitucional válida y es un anacronismo.

115. La mayoría de las intervenciones, esto es la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, la Universidad Externado, la Universidad Nacional, la Universidad Libre, la Universidad Javeriana, la Universidad Santiago de Cali, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal -ICDP- y Colombia Diversa piden que la norma se declare inexecutable y comparten para sustentarlo similares argumentos. En relación con el origen de la prelación del apellido paterno sobre el materno coinciden en que se trata de una costumbre que se remonta a la construcción del derecho civil en el que los valores masculinos se superponen sobre los femeninos y se naturalizan, y que esto se invisibiliza más en los espacios privados, como la familia, que en los públicos, en donde es cada vez más enfática la discusión sobre la igualdad de género. Así describen cómo la priorización del apellido paterno se relaciona con una multiplicidad de prejuicios culturales a partir de los cuales se entiende que contar con él implica proceder de un matrimonio, o de ser reconocido, mientras que contar con el apellido materno supone un estigma por tener menos valor.

116. Apuntan que al interior de la familia la igualdad debe ser reconocida y ejercida materialmente por hombres y mujeres y hacen eco de distintas regulaciones internacionales que así lo indican. De manera unánime sostienen que al hacer el test integrado de igualdad estricto, por tratarse de una categoría sospechosa de discriminación por razón del sexo, la Corte advertiría que es contraria a la constitución, dado que no supera el nivel de finalidad y recuerdan que en múltiples decisiones jurisprudenciales, entre ellas la sentencia C-101 de 2005, ha reconocido que el patriarcado ha permitido la discriminación histórica de las mujeres, sino porque no existe justificación constitucional válida que admita que el apellido del padre tenga prelación sobre el de la madre, menos si se advierte que, tras la sentencia SU-696 de 2015, la Corte determinó que las parejas del mismo sexo podrían registrar a sus hijas con el apellido que consideraran de manera consensuada y que incluso la Registraduría Nacional del Estado Civil emitió la Circular 024 de 2018 en la que así lo

permite y también considera los casos de las familias indígenas reconociendo la matrilinealidad. Agregan que no se pueden oponer razones para admitir la medida pues en la actualidad y en aplicación del trámite previsto en el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 puede existir cambio de nombre, de allí que permitir una estructuración voluntaria de su orden no contraviene las finalidades del registro civil, en cambio sí tendría incidencia en la promoción y transformación de los imaginarios sociales de desigualdad de las mujeres.

117. Teniendo en cuenta lo esgrimido por el accionante al presentar su demanda, así como las diversas posiciones de las intervenciones, corresponde a la Sala Plena de la Corte determinar si la expresión “seguido del” contenida en el Artículo 1 de la Ley 54 de 1989, y que prescribe que al momento de inscribir en el registro de nacimiento el nombre de un niño o una niña, se señalará primero el primer apellido paterno, y luego el primer apellido materno implica, a la luz de la cláusula de igualdad y de lo previsto en el artículo 2 de la CEDAW, un trato discriminatorio entre las mujeres y los hombres, las madres y los padres, y entre las parejas homoparentales y heterosexuales.

118. Para resolver el problema jurídico la Sala se pronunciará sobre (i) el derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 y el juicio de igualdad, reiterando la jurisprudencia; luego se referirá en punto a (ii) la igualdad y la paridad de los derechos de las mujeres, (iii) las mujeres y el derecho de familia; y en atención a que el debate constitucional se suscita sobre la figura de los apellidos acudirá a su contexto histórico para entender su procedencia y, de ese modo, comprender su finalidad, relevante para desarrollar el juicio de igualdad. Sobre esa base se desarrollarán dos acápites sobre (iv) reconstrucción de la regla de la primacía del apellido paterno sobre el materno y (v) la finalidad constitucional de la inscripción en el registro civil; finalmente (vi) resolverá el caso concreto.

El derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 y el juicio de igualdad

119. El principio de igualdad es central en el Estado Social de Derecho, y así lo reconoció la Constitución Política de 1991. Su esencialidad deriva en que a partir de su ejercicio es posible modificar las asimetrías que existen en la sociedad. A partir de tal discernimiento la jurisprudencia lo ha reconocido como^{102F[103]}: i) un valor que establece los fines que deben perseguir las autoridades que crean el derecho, verbigracia el legislador o la administración; ii) un principio que contiene mandatos específicos que sujetan de manera

directa la labor del congreso o el juez; y iii) un derecho que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”^{103F[104]}.

120. Sobre el propio contenido de la igualdad la Corte ha acudido a la concepción aristotélica que remite al principio de razonabilidad^{104F[105]} por virtud del cual i) es de textura abierta, de allí que no se restringe a calidades o situaciones específicas de sexo, raza o edad; ii) admite que las prohibiciones consignadas en el artículo 13 Superior no sean intangibles. De ahí que exista la posibilidad de que una medida establezca diferencia con base en esos criterios, sin que la norma que sea inconstitucional. Ello ocurrirá, siempre que la disimilitud de trato sea razonable (medidas diferenciales); y iii) la norma de la igualdad se convierte en un principio de razonabilidad. Por ende, las leyes que establecen tratos diferenciados a situaciones iguales o similares a casos disímiles son constitucionales, siempre y cuando sean justificables frente a las normas superiores.

121. La Corte ha entendido que la igualdad se presenta en varias dimensiones, a saber :“(…) (i) la igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que dispone que las actuaciones del Estado y los particulares no deban, prima facie, prodigar tratos desiguales a partir de criterios definidos como ‘sospechosos’ y referidos a razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, comprendido como el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, bien sea a través de cambios políticos a prestaciones concretas. A este mandato se integra la cláusula constitucional de promoción de la igualdad, que impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, al igual que sancionar los abusos que contra ellas se cometan.”

122. De lo anterior se advierte que al derecho fundamental a la igualdad se le han asignado dos dimensiones, una formal y otra material^{105F[106]}. La primera se afina en el principio

de razonabilidad y no discriminación, que obliga a que se otorgue un trato idéntico a las personas que se encuentren en similares circunstancias, o uno diferente a los individuos que se hallan en una situación disímil. También, establece que se suministre un trato igual a pesar de la diferencia (existen similitudes y diferencias, empero las primeras son más relevantes) o dispar a pesar de la similitud (existen elementos iguales y distintos, pero los segundos son más importantes). Se trata de evaluar la razonabilidad del tratamiento y censurar las arbitrariedades.

123. La segunda dimensión se asienta en el principio de no subordinación^{106F[107]}, el cual intenta impedir que se excluyan a grupos de la sociedad. Reconoce entonces que, en la realidad, las personas no son iguales y prescribe que deben establecerse medidas jurídicas que reviertan el estado de cosas inequitativo, es decir, que reacomoden la diferencia. Se trata de otorgar derechos e implementar acciones afirmativas que favorezcan a las personas y grupos vulnerables, así como remuevan obstáculos que tienen para desarrollar su vida diaria. Este tipo de igualdad es consciente y sensible de la posición que ocupa el individuo en la sociedad y de su pertenencia al grupo excluido. En otras palabras, permite evidenciar una marginación estructural que padece un colectivo en una sociedad y revertir esa situación^{107F[108]}.

124. Los ámbitos referenciados son complementarios, en la medida en que, si existe una igualdad en el mundo real, el tratamiento igualitario en sentido formal será más importante. Además, una paridad material y sustantiva subsana los vacíos y los efectos negativos que puede traer una igualdad fundada exclusivamente en un aspecto formal, como son el extremo individualismo en su análisis de razonabilidad, la ceguera ante la exclusión estructural que sufren algunos colectivos y las consecuencias inequitativas que pueden traer los tratos neutrales que no revisan la realidad.

El juicio de igualdad

125. Ahora bien, para identificar cuándo y de qué manera se viola dicha cláusula de igualdad – en su dimensión de prohibición de discriminación o en su deber de protección a ciertos sujetos-, esta Corte Constitucional ha propuesto una metodología en el juicio, que se explicará a continuación de manera sucinta.

126. La Sala Plena planteó, por primera vez, la versión integrada del juicio de igualdad en la

Sentencia C-093 de 2001108F[109]. Allí se avaló la ley que estableció la edad de 25 años como requisito mínimo para que una persona pudiera adoptar, al hacerlo entendió que era necesario realizar un test que “se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los ‘escrutinios’ o ‘tests’ de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.

127. La metodología del juicio integrado de igualdad implica un estudio de proporcionalidad109F[110]. Ese raciocinio tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis; (ii) definir si en el plano fáctico y jurídico existe un trato disímil entre iguales o paritario entre diferentes; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada110F[111]. En esta tercera fase, el escrutinio podrá efectuarse de acuerdo a los niveles leve, estricto e intermedio. Cada intensidad de escrutinio debe observar el análisis de proporcionalidad de las medidas, estudio que implica la utilización de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

128. En el escrutinio débil o suave se evalúa que la medida enjuiciada sea “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”111F[112]. En este tipo de test se verifica que: “i) el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y ii) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, un tratamiento desigual es inconstitucional si su objetivo está explícitamente proscrito por la Constitución o si es el medio es manifiestamente inadecuado para alcanzado un fin constitucional”112F[113].

129. El juicio intermedio se aplica a los casos en que se utiliza el principio de igualación113F[114], mandato que pretende derruir las desigualdades sociales que padecen los grupos históricamente desfavorecidos. En esos eventos, el juez se halla frente a las “acciones afirmativas”114F[115]. Una muestra de esas figuras se identifica con la promoción del acceso de la mujer a los cargos públicos o de las minorías étnicas a la educación superior. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha entendido que: “es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de

una finalidad constitucionalmente importante”115F[116]. [El estudio debe determinar]: “i) si la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; ii) si existe un indicio de arbitrariedad que puede resultar sumamente gravosa para la libre competencia; y iii) que entre dicho trato y el objetivo que persigue exista una relación de idoneidad sustantiva”116F[117].

130. El escrutinio estricto exige de manera extrema la satisfacción de determinados principios y del derecho a la igualdad, debido a que una medida sometida a ese tamiz puede afectar a comunidades que históricamente han sido objeto de segregación. Ese nivel se utiliza cuando un trato diferenciado se fundamenta en “criterios sospechosos”. Lo que se identifica con las causas de discriminación prohibidas taxativamente por la Constitución117F[118] o que: “i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; ii) son características que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”118F[119].

131. El examen más riguroso busca establecer si el fin que persigue la medida es legítimo, importante e imperioso a la luz de la Carta Política. Al mismo tiempo evalúa si el medio es adecuado, necesario y proporcional, todo ello para garantizar que el juicio que se realice pueda dar respuesta a situaciones en las que se ven involucrados criterios sospechosos así definidos en el ordenamiento jurídico.

132. Tanto la comprensión del contenido de igualdad – y sus propias dimensiones formal y sustantiva –, como la manera en la que se va a establecer si una determinada medida o actuación es lesiva a su contenido, resultan esenciales, más si se comprende que al tratarse de un principio y valor fundante del Estado de Derecho tiene como fin desterrar las diferencias estructurales injustificadas que existen en una sociedad en distintos ámbitos. Los juicios de igualdad son útiles y necesarios para delimitar ese derecho y saber cuándo un tratamiento legal es inválido a la luz de la norma superior, y ello es relevante para el asunto que aquí se estudia.

La igualdad y la paridad de los derechos de las mujeres

133. En múltiples decisiones la Corte ha reconocido que la matriz en la que se cimentan las discriminaciones por razón del sexo está atravesada por una concepción social, política y económica en la que los valores femeninos son puestos en menor escala de valor e incluso son fuente de calificativos peyorativos. Así mismo, tal como se describió en los párrafos 90 a 110 de esta providencia uno de los aspectos más preocupantes es que las circunstancias, hechos y normas están dotados de una aparente neutralidad, basada entre otros en la creencia de que no reproducen estereotipos. No obstante, lo advertido es que ellas crean, producen y reproducen imaginarios en los que las mujeres son vistas de una determinada manera, mientras se les asignan roles que perpetúan las condiciones en las que se encuentran, impidiéndoles acceder con igualdad de derechos materiales que el resto de los integrantes de la sociedad.

134. A esta superestructura se le ha denominado patriarcado y se le ha definido como un “sistema cultural que organiza desde la idea de superioridad del hombre... todas las pautas de crianza y socialización de los hombres y las mujeres, y todas las maneras de relacionarse”^{119F[120]}. Por su propia naturaleza oscurece las dinámicas mediante las cuales se teje la organización social y promueve un déficit de abordaje inductivo al estudio de las sociedades pues busca, más bien, aplicar un concepto general ya aceptado -patriarcado- a una dinámica social que puede estar obedeciendo a otras lógicas también se le puede calificar como androcentrismo cuyo concepto es más fecundo por ser más englobante y por cuanto “...el androcentrismo funciona con frecuencia como sistema predominante de legitimación de la autoridad del «patriarca»”.

135. Para contrarrestarlo se propone una teoría del Derecho que reconozca la diferenciación entre la mujer y el hombre que hoy es de importancia crucial, debido a la perspectiva fundamentalmente androcéntrica del Derecho, que por lo tanto privilegia y protege el ejercicio de la autonomía de los sujetos de derecho. Según West hay valores distintivos “que poseen las mujeres, peligros distintivos que sufrimos, contradicciones distintivas que caracterizan nuestras vidas interiores (que) no están reflejadas en la teoría del Derecho porque esta (...) se refiere a las leyes verdaderas, reales, decretadas, legisladas, sentenciadas; y a las mujeres, desde el origen del Derecho, nos ha faltado el poder para hacer que las leyes protejan, valoren o tomen en serio nuestra experiencia”.^{120F[121]} Susan Estrich^{121F[122]} trae a cuento los debates sobre los actos de violencia contra la mujer y los derechos reproductivos. La ley castiga la violación que ocurre en ámbitos no

privados, pero se queda corta a la hora de reconocer que ocurre en la intimidad a manos de esposos, novios, amigos, familiares, etc y también se encuentran las críticas al trabajo invisibilizado. El Derecho, entonces, da cuenta de autonomías (lenguaje masculino), mas no de intimidades y por ello es necesario y permanente la tarea de deconstrucción de normas y de enfoque de género.

136. Parte de este debate se ha surtido a través del movimiento feminista que ha participado activamente en la formación de instrumentos internacionales que hoy aplicamos. En ellos se ha reconocido la necesidad de acabar con la matriz de dominación cultural que conduce a la discriminación por razón del sexo, con los estereotipos de género y su coetánea estigmatización. Entendidos así diversos documentos y convenciones internacionales sobre la igualdad de las mujeres^{122F[123]} son reflejo de disputas relevantes y contienen las vindicaciones de las mujeres. Así la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW – expresa una visión sustantiva de la igualdad que pretende derruir las barreras que impiden el acceso a derechos, bienes y servicios a las mujeres. Procura su igualdad material, y que reciban el mismo trato por parte de las autoridades estatales, (puntualmente las leyes acabando con el androcentrismo), y las instituciones sociales. La CEDAW aboga por un concepto de la paridad al advertir que “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Es decir aspira a socavar el patriarcado y por esa vía construir una sociedad igualitaria.

137. La CEDAW exige que el Estado se ocupe de resolver las circunstancias que afectan de manera concreta a las mujeres^{123F[124]}. Encuentra que la concepción sustantiva de la igualdad implica aceptar que se presenta una desigualdad y discriminación desde la óptica del género cuando las leyes, políticas y prácticas sociales desconocen la existencia de un sistema basado en el sexo-genero-deseo y no evidencia la desventaja en que se encuentran las mujeres. Ello ocurre en el evento en que esas medidas normativas producen efectos negativos diferenciales para las mujeres, o en las hipótesis en que no se abordan las desventajas específicas de éstas.

138. Justamente por ello en su Artículo 5 se prescribe que, los Estados parte deben tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que “estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” con el objetivo que se comprenda que, la maternidad y la crianza de los hijos e hijas, no es una función “natural o “esencial” a las mujeres, sino que por el contrario es una “función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos”.

139. También se reconoce que las mujeres tienen derecho a determinar cuántos hijos desean tener y en qué momento de sus vidas, razón por la cual, el literal h) del artículo 10 señala que es una obligación del Estado suministrar el material informativo necesario para que las mujeres accedan al “asesoramiento sobre planificación de la familia”.

140. Las vindicaciones llegan al orden de exigir medidas dirigidas a la garantía de la igualdad entre hombres y mujeres, entre ellas, “en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres” y especialmente señala que los progenitores deben contar con los mismos derechos y responsabilidades “cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”. Proscribiendo así tratos normativos en los que las mujeres eran sometidas al régimen de subordinación parental propio del patriarcado.

141. El Comité de la CEDAW (CoCEDAW) ha sido también relevante a la hora de analizar los informes presentados sobre los países y de advertir los avances y retrocesos en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. En la Recomendación General No. 21 resaltó que el ejercicio de los derechos en la familia no puede condicionarse al aval o al consentimiento de un varón y constituyen actos de discriminación, por ejemplo, cuando: “la mujer no puede celebrar un contrato en absoluto, ni pedir créditos, o sólo puede hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón,” pues se le niega su autonomía jurídica y que las diversas formas de arreglos familiares deben fundarse en principios de equidad, justicia y plena.

143. Encuentra el CoCEDAW que en la mayoría de países persisten desigualdades formales y materiales que inciden en que la mujer carezca de igualdad en materia de recursos, en la familia y en la sociedad. Explícitamente señala que “Muchos de estos países mantienen una creencia en la estructura patriarcal de la familia, que sitúa al padre, al esposo o al hijo varón en situación favorable. En algunos países en que las creencias fundamentalistas u otras creencias extremistas o bien la penuria económica han estimulado un retorno a los valores y las tradiciones antiguas, el lugar de la mujer en la familia ha empeorado notablemente. En otros, en que se ha reconocido que una sociedad moderna depende para su adelanto económico y para el bien general de la comunidad de hacer participar en igualdad de condiciones a todos los adultos, independientemente de su sexo, estos tabúes e ideas reaccionarias o extremistas se han venido desalentando progresivamente”.

144. En la Recomendación General No. 29 denominada “Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución” explicó que: “La desigualdad en la familia subyace a todos los demás aspectos de la discriminación contra la mujer y se justifica a menudo en nombre de la ideología, la tradición o la cultura. El examen de los informes de los Estados partes revela que en muchos Estados los derechos y responsabilidades de los cónyuges se rigen por los principios del derecho civil o común, por leyes y prácticas religiosas o consuetudinarias o por alguna combinación de esas leyes y prácticas que discriminan a la mujer y no cumplen los principios establecidos en la Convención.”

145. La Recomendación es explícita en que, en ocasiones, las leyes y costumbres relativas a la condición personal basadas en la identidad perpetúan la discriminación contra la mujer y la falta de libertad individual para elegir la aplicación u observancia de leyes y costumbres concretas agudiza esta discriminación. De allí que considera que las leyes relativas a la condición personal deberían consagrar el principio fundamental de la igualdad entre la mujer y el hombre y ajustarse plenamente a las disposiciones de la Convención a fin de eliminar toda discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

146. Recuerda que “Los Estados partes están obligados a abordar los aspectos discriminatorios basados en el sexo y en el género de las diversas formas de familia y de relaciones familiares”. Y que: “En lo relativo a la discriminación contra la mujer, deben

hacer frente a las tradiciones y actitudes patriarcales y abrir el derecho de familia y las políticas relativas a la familia al mismo escrutinio al que se someten los aspectos “públicos” de la vida personal y comunitaria.”

147. Como punto relevante para esta decisión en relación con la igualdad y paridad de los derechos de las mujeres, en la Recomendación General No. 25

se previene sobre las dificultades que presentan los enfoques formales de la paridad para evaluar las discriminaciones que padecen las mujeres, en tanto: “un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado”.

148. Como se ve, el Comité de CEDAW considera que uno de los mayores obstáculos para la igualdad de iure entre los hombres y las mujeres se produce porque el sistema patriarcal persiste y este cobra mayor acento al interior de la familia en la que se continúan asignando roles sociales con base en prejuicios culturales que naturalizan e invisibilizan la desigualdad entre hombres y mujeres. Así mismo informa sobre la necesidad de ajustar los juicios de igualdad en los que en algunas ocasiones el trato idéntico no resulta suficiente para acabar con la discriminación.

149. En el plano interamericano, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para” ha determinado que la discriminación es una forma de violencia^{124F[125]} y que uno de los espacios que son proclives a que ella ocurra es la familia.

150. La igualdad de las mujeres más allá de la paridad formal, ha ocupado un lugar central en la labor del juez constitucional, comprometido desde la Carta Superior en remover las barreras sociales, culturales y económicas que les impiden el ejercicio y disfrute de sus derechos a la población femenina. Para ello ha hecho visibles las distinciones odiosas que incorporadas en normas, leyes y políticas que en principio son neutrales en realidad

suponían una crasa violación de la referida cláusula^{125F[126]}.

151. De todo el catálogo de jurisprudencia puede traerse a colación la Sentencia C-734 de 2015, en la que, acorde con lo señalado al inicio de este acápite, relacionado con una comprensión deficitaria de la teoría del derecho, explicó por qué los estereotipos de género son discriminatorios, y por ende inconstitucionales. Así significó que “Un estereotipo se refiere a la determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo.”

152. Nótese que en esa construcción de los estereotipos el derecho puede llegar a expresar discriminación, al reproducir, legitimar y garantizar la pervivencia de la matriz de sometimiento de las mujeres^{126F[127]}, amparándose en la supuesta neutralidad de la legislación y de las políticas sociales.

153. Esto también se explica en las Sentencias C-297 y C-586 de 2016. En ambas se indica que la CEDAW obliga a la remoción de patrones sociales y los estereotipos de género que han discriminado históricamente a las mujeres y que es necesario desterrarlos de las leyes, en donde muchos encuentran la justificación en la distinción odiosa de trato. Así mismo, en el primero de dichos fallos se esgrime, en línea con lo hasta aquí discurrido, que “Por muchos años esta desigualdad estructural fue tolerada y aceptada bajo la presunción de que lo que sucedía en el ámbito privado escapaba la intervención estatal y de que estos roles y dinámicas eran apropiados. No obstante, las protecciones constitucionales vigentes han abandonado radicalmente esa postura para identificar claramente esos tratos como discriminatorios y como una violación de los derechos de las mujeres. Este contexto es el fundamento de la adopción de medidas que compensen esta situación, como los mandatos

constitucionales que refuerzan la protección de la mujer, con el objetivo de garantizar su igualdad material. No obstante, el derecho, en general, ha sido determinado desde una perspectiva masculina, lo cual indudablemente tiene repercusiones vigentes en nuestro sistema legal”127F[128].

154. Es claro entonces que el ordenamiento jurídico nacional e internacional reconoce la necesidad de contrarrestar toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Así mismo al unísono persiguen la igualdad material y sustantiva en favor de las mujeres e imponen al Estado diversas medidas entre las que se destacan la adopción de todo tipo de medidas para proscribir la discriminación y alcanzar la igualdad de género.

155. Puede decirse entonces que existen deficiencias al momento de reconocer la igualdad de las mujeres y la paridad de género, para contrarrestar el androcentrismo y por ende la exaltación de los valores masculinos, en desmedro de los femeninos, que como tal realidad debe ser transformada una de las formas que se han encontrado es a través de instrumentos jurídicos que reconocen dichas circunstancias y comprometen por tanto a los Estados a la proscripción de la discriminación por razón del género.

Las mujeres y el derecho de familia.

156. Los estudios sociales sobre la familia son relevantes a propósito de explicar las relaciones que se producen entre hombres y mujeres al interior de esta institución social. Una larga genealogía de la reflexión feminista ha explicado que, varios sistemas de pensamiento moderno, que han servido para perfilar la sociedad occidental, se cimientan en que existe una diferencia biológica relacionada con los genitales con los que nacen las personas. En torno a los genitales, saberes como la medicina, la religión, la pedagogía o las leyes estales, entre otras, adscriben identidades y roles a las personas. De esta manera, la diferencia biológica es extrapolada al plano social, y a partir de ella se construyen obligaciones, expectativas e identidades. A título de ejemplo, se puede indicar que, si una persona nace con una vagina, se le adscribirá la identidad de mujer (heterosexual), y por

consiguiente roles que desempeñar^{128F[129]}.

157. La familia es el primer lugar en el que estas expectativas e identidades se enseñan y reproducen, dado que este es el espacio de socialización y de asimilación de las primeras reglas sociales^{129F[130]}. Entre ellas se encuentran las que se refieren a la diferencia sexual de las personas y aparatos de imposición de las reglas, concurren para que ello opere. En la historia del derecho de familia y del derecho penal, son conocidas reglas dirigidas, por ejemplo, a sancionar formas de relaciones afectivas no heterosexuales^{130F[131]} o formas de familias no monogámicas. En el mismo sentido, en el pasado no tan reciente, el derecho civil ha preferido y reforzado los acuerdos familiares que materializan determinados valores religiosos, y ha desplazado o discriminado modelos familiares que resultan diversos o alternativos (señalados en su momento como desviados, anormales o “antinaturales”)^{131F[132]}.

158. Durante el siglo XIX, normas constitucionales de diversas regiones del mundo no reconocieron capacidad jurídica a las mujeres o los derechos políticos, y las normas de derecho de familia las relegaron al espacio privado, a partir de prejuicios culturales y con base en una supuesta disposición “natural” para el cuidado, y la crianza de los niños y niñas. Sumadas a las normas constitucionales, debía señalarse que las primeras codificaciones de derecho privado en sus artículos dedicados al matrimonio y a las relaciones entre cónyuges establecían una relación diferenciada entre el esposo y la esposa. Con base en normas de derecho romano clásico, reforzadas por la hibridación cultural con el cristianismo del primer milenio, las legislaciones del periodo pos revolucionario reforzaron y apuntalaron el papel predominante de los hombres al interior de la familia.

159. Lo que hoy denominamos derecho penal y de familia son muestra de ello. En el código civil napoleónico, se prescribía que las esposas debían a sus cónyuges obediencia y sumisión y que, al salir de la patria potestad del padre, debían pasar a la patria potestad del esposo, quien al interior de la familia tenía la capacidad plena de goce y disposición, y la decisión sobre educación y disciplina de los hijos e hijas. A las esposas no les fue reconocido el derecho a ejercer cargos públicos (restringiendo su vida a la familia), ni la capacidad civil de disposición. Eventualmente, solo en el caso de enviudar, una mujer pasaba a administrar directamente sus bienes.

160. La superioridad masculina al interior de la familia, tenía múltiples maneras de evidenciarse. Una de ellas estaba ligada al apellido. Al momento de casarse la esposa o bien asumía el apellido del cónyuge, o su apellido familiar iba acompañado de la preposición “de” y el apellido de su esposo. Esto representaba una clara contradicción con los valores ilustrados de igualdad, libertad y solidaridad de todos los individuos, y la situación de las mujeres al interior de las sociedades occidentales centrales en la que lo masculino se privilegiaba sobre lo femenino. Por ello no es extraño que los primeros movimientos de mujeres registrados reivindicaran el reconocimiento de los derechos a la igualdad entre el hombre y la mujer al interior de la familia^{132F[133]} como mantener su propio apellido. Además, que se reconociera el derecho al divorcio, una edad mínima para contraer matrimonio, y la proscripción del matrimonio forzado, o decidiera en igualdad de condiciones con su esposo en la educación de los hijos.

161. Estas primeras reformas legales estuvieron dirigidas a superar el prejuicio social según el cual, el único lugar de las mujeres es la familia, y en esa medida, vindicó el derecho al voto, a acceder a cargos públicos, a asistir al sistema de educación formal, y a denunciar la violencia que se producía al interior de la familia^{133F[134]}.

162. Sobre esa base de comprender cómo se sitúa el debate en relación con los derechos de las mujeres y atendiendo que un buen número de intervenciones dentro del proceso de constitucionalidad indicaron que la regla de primacía del apellido paterno sobre el materno que aquí se analiza se relacionaba con motivos históricos, la Corte considera que para determinar cómo, en qué condiciones, y si efectivamente, el aparte legal demandado vulnera el derecho a la igualdad, debe explicarse, brevemente, el proceso a través del cual apareció dicha disposición.

Reconstrucción de la regla de la primacía del apellido paterno sobre el materno

163. El derecho romano establecía la identificación de una persona mediante un praenomen (nombre), o identificación inicial de la persona de libre escogencia, y un nomen (apellido), o nombre que establecía filiación y que provenía del tronco familiar al que pertenecía el individuo. La costumbre de identificar el nombre de un individuo con el de su tronco familiar aún se mantiene en los documentos legales en algunas culturas, o en el lenguaje formal.

164. La atribución de los apellidos fue el resultado de la costumbre, al punto que las

prácticas sociales eran las únicas normas que regulaban esas situaciones. En efecto, no existía prescripción jurídica alguna que limitara la materia. Por muchos siglos esa práctica no tuvo una cristalización legal por parte de los estamentos sociales o los Estados^{134F[135]}. Se consideraba que el nombre de familia era una cuestión que concernía exclusivamente al interesado.

165. Ese criterio consuetudinario también se aplicó a la historia de la asignación exclusiva del apellido del padre sobre cada hijo o hija. En los nombres de familia, se recuerda que era una práctica estandarizada imponer sólo el apellido del padre. Así “tanto la adopción por el hijo legítimo del apellido de su padre, como la atribución a la mujer casada del apellido del marido, no resulta claramente de ningún texto legal, sino que se trata de normas esencialmente consuetudinarias”^{135F[136]}. Entonces, el orden de los apellidos con la primacía de los padres recorrió el siguiente camino en la historia: i) en un inicio sólo se colocaba el apellido del hombre; y ii) posteriormente, se agregó el nombre de familia de la madre, empero éste se registraba después del apellido del padre.

166. En el derecho peninsular del siglo XIII (siete partidas, puntualmente la partida cuarta^{136F[137]}) la primacía del apellido tenía origen en que la autoridad del padre era mucho más eminente que la de la madre, pudiendo mandar sobre sus hijos incluso, hasta adultos, y teniendo la facultad de permitir la creación de mayorazgos sobre su hijo primogénito varón, ello con el fin de no disolver los patrimonios familiares. Llevar el apellido paterno entonces era condición de posibilidad para el disfrute de los privilegios que daba la condición de hijo mayor. Esta regla se aplicó en la América hispánica, y se reforzó por el hecho, que el matrimonio era la herramienta que utilizó la Corona hispánica para (i) controlar a los primeros conquistadores; (ii) combatir las prácticas religiosas no cristianas de los pueblos prehispánicos y (iii) en virtud del proceso de mestizaje, armonizar las relaciones entre todas las etnias, al punto que el matrimonio fue la herramienta para amalgamar la nueva sociedad.

167. La sociedad colonial se estructuró como la hibridación y sincretismo de tres tradiciones radicalmente diferentes (españoles, africanos y pueblos prehispánicos) a través de las uniones, unas de ellas reconocidas a través del matrimonio, y otras solo toleradas, pero inevitables (los concubinatos). Con todo, en la primera sociedad colonial surgieron, entonces, dos posibilidades, ser descendiente de un concubinato o amancebamiento entre

una mujer indígena o africana y un hombre peninsular, caso en el cual, conforme a las leyes de Burgos (1512 y 1513) y posteriormente a las leyes Nuevas (1542), se era considerado “hijo natural”, descastado y/o mestizo, y “la ilegitimidad era un estigma para siempre”^{137F[138]}, o ser hijo de un matrimonio “si nacían dentro del matrimonio no había problemas, pues se consideraban inmediatamente como criollos, es decir, españoles de origen americano.”

168. En ese orden existía una distinción, por un lado, los hijos e hijas fruto de matrimonios entre castellanos e indígenas, quienes, en razón a haber nacido del sacramento del matrimonio, gozaban de los privilegios y ventajas sociales de provenir de una familia constituida conforme a las reglas de filiación hispánico-católicas. Por el contrario, quienes nacían producto de relaciones sexuales extramatrimoniales, eran reconocidos como “mestizos” (termino que en la época colonial más temprana era similar a “ilegítimo”) y no gozaban de los derechos de primogenitura ni mayorazgo. Surgió así una jerarquía social: en la cúspide de la sociedad colonial se encontraban aquellos que provenían de la península ibérica o podía remontar sus ancestros a los primeros conquistadores; en un segundo nivel, se encontraban los pueblos prehispánicos, cuyos individuos eran reconocidos como personas, pero en minoría de edad, pendientes de ser evangelizados y civilizados^{138F[139]}.

Entre las dos “republicas”^{139F[140]} apareció un grupo demográficamente nuevo: “mestizos”, personas que, en virtud de la falta de apellido hispánico, no eran reconocidos como miembros de familias españolas, pero tampoco podían definirse estrictamente como indígenas.

169. Esa sociedad de “castas” estaba organizada verticalmente, y en ella, la forma protagónica de ascender socialmente era a través del mestizaje con castas superiores. Fue por ello por lo que el apellido paterno (de origen hispánico) gozaba de mayor reconocimiento y se conocen disputas en las cortes y audiencias coloniales, cuyo único objetivo fue la defensa del derecho de primogenitura puesto en duda^{140F[141]}.

170. Sólo hasta el Siglo XIX se produjo el primer intento de regular jurídicamente la atribución de nombre y apellidos^{141F[142]}. Sin embargo, en el caso de Colombia, autoras como Virginia Gutiérrez de Piñeres señalan que en relación con la regulación de las familias, existen reglas institucionales de fuerte ascendencia colonial, pero además, reglas no institucionales o “sistemas de facto”^{142F[143]} como los sistemas de filiación en los que

la rama paterna tiene prelación y proyecta en el hogar la acción de su poder, simboliza lo masculino de allí que “Al conformarlo, va a plantar en el mismo puesto que ocupara de soltero, una nueva unidad vital, que le dará ocasión para exaltar su realización cultural a través de sus hijos, y a través de ellos la honra del apellido venido de lejos. Así el hogar se identifica con descendencia y esta con linaje, pero a través de vástagos masculinos”. Solo en el madresolterismo, la unión libre y el concubinato, se genera una descendencia maternal, que permite dar el apellido^{143F}[144].

171. En Colombia, el registro civil era una función de la iglesia. La curia llevaba ese sistema de inscripción y de identificación. Conforme con la Ley 57 de 1887, el estado civil se demostraba con las formalidades que expidieran los sacerdotes o párrocos. Sólo con la Ley 92 del 1938, el Estado creó un sistema de registro independiente al eclesiástico, modelo que se reemplazó con el Decreto 1260 de 1970.

172. En nuestro país, el orden de los apellidos también siguió la costumbre. Las hijas legítimas han llevado el primer apellido del padre, seguido del primero de la madre. Y los hijos naturales reconocidos, o con paternidad judicialmente declarada, han llevado también el apellido del padre seguido del de la madre. A los hijos que no les era reconocido un padre se les imponían los dos nombres de familia de la madre. Esto último sucedía a pesar de que el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 establecía que en casos donde no había padre se asignaría sólo el primer apellido de la madre. La costumbre contra legem ocurría para evitar que se estigmatizara por bastardía a la familia y que fuera objeto de discriminación^{144F}[145]. Dicha práctica se adelantaba desde la época en que la iglesia llevaba el registro de nacimiento de los niños y niñas. Por eso, el legislador expidió la Ley 54 de 1989 “para ajustarse a los usos sociales. La ley en este caso no podía contradecir una práctica ancestral (...) en síntesis, pretendió eliminar un motivo de desigualdad, y, además, reconocer la realidad en lo relativo al uso de los apellidos en Colombia”^{145F}[146]. Además antropólogas como Virginia Gutiérrez de Piñeros han señalado que en Colombia se presenta el fenómeno social del madre-solterismo, proceso en el que, hombres se sustraen de las responsabilidades propias de la procreación y el sostenimiento y cuidados de la familia, razón por la cual, las mujeres quienes asumen los roles de proveeduría y cuidado. En esa situación, la literatura especializada indica que, en muchos casos, se sufre un prejuicio o estigma social, pues una persona que solo lleva el apellido materno, es percibida, a manera de herencia colonial, como ilegítima. Con ello, lo que quiere argumentarse es que, también

existen patrones culturales de carácter clasista que ven en la ausencia del primer apellido paterno una carencia o una insuficiencia familiar.

173. Recapitulando el surgimiento de los nombres de familia estuvo regido por la costumbre de la comunidad. En Europa, esa materia sólo tuvo regulación jurídica hasta mediados del siglo XIX, y en Colombia, tal normatividad surgió en la década de 1930. Lo propio sucedió con el orden de los apellidos, el cual siguió la tradición de imponer sólo el nombre de familia del padre, puesto que era el único que se colocaba inicialmente. Después se accedió a imponer el apellido madre, cuando había los dos progenitores, empero éste se inscribía después del apellido del padre. En Colombia, el legislador retomó la práctica social y dispuso esa secuencia. Inclusive, se desconocía el marco jurídico en caso de que no existiera padre, pues se asignaba al niño o niña los dos apellidos de la madre, a pesar de que la normatividad decía que se atribuyera uno sólo. Sin embargo, para evitar una discriminación social, especialmente la de madresolterismo, se consignaban los dos nombres de familia.

Debates sobre la prelación del orden de los apellidos en otros países

174. Ante la existencia de una justificación diferente de la tradición, varios ordenamientos jurídicos comenzaron a eliminar de sus legislaciones el orden obligatorio de asignación de los apellidos del padre o de la madre. Los legisladores de otros países consideraron que no había inconveniente en conceder a la familia esa libertad e igualdad de trato, puesto que existían formas para evitar el desorden y facilitar la identificación de las personas.

175. Por ejemplo, en España se permite que los padres acuerden el orden de los apellidos de sus hijos e hijas^{146F[147]}. La Ley 40 de 1999 modificó el artículo 109 del Código Civil y permitió a los padres alterar el orden de los nombres de familia. Es más, esa norma incluyó la posibilidad de que el hijo, alcanzada la mayoría de edad, modificara el orden de los apellidos establecido por sus padres, si así lo deseaba. Al respecto, el artículo 109 del Código Civil Español establecía lo siguiente: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones

de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.”

176. Sin embargo, en otra reforma el parlamento español eliminó la prelación que tenía el apellido del padre sobre el de la madre cuando no había acuerdo entre éstos sobre el orden de los nombres de familia. Así, precisó que un tercero, juez o defensor de familia, tomara esa decisión frente a la ausencia de concertación de los progenitores sobre el orden de los apellidos.

177. Lo propio sucedió en Francia. En el año 2002, se modificó el Artículo 57 del Código Civil, por lo que se permite que padre y madre, en acuerdo, modifiquen el orden de los apellidos de sus hijos e hijas. Así, es posible que tras el nombre propio del niño o niña siga el primer apellido materno, seguido del primero paterno^{147F}[148].

178. En Portugal, el Código Civil establece que los hijos podrán usar los apellidos de sus dos padres o sólo de uno de ellos, decisión que pertenece únicamente a los progenitores. En el caso de que no lleguen a un acuerdo, esta determinación estará en manos del juez^{148F}[149].

179. En Italia existe la misma permisión. Empero esa autorización estuvo precedida por un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Caso Cusan et Fazzo vs. Italia^{149F}[150].

En esa ocasión, esa Corporación decidió que los padres demandantes tenían la potestad de escoger el nombre (de pila y apellidos) de su hija. Lo anterior, debido a que éste sirve como medio de identificación personal y de relación con una familia. Adicionalmente, el Tribunal señaló que el interés de la sociedad en regular la transmisión de los apellidos no es suficiente para excluir ese aspecto del derecho a la vida privada y familiar, puesto que éste engloba, hasta cierto punto, el derecho de las personas a establecer relaciones con sus semejantes. Para ese Tribunal, la decisión el Estado desconoció el derecho a la vida privada de la familia en su dimensión no ser discriminado, dado que el trato diferenciado que sufrió la madre de la niña carecía de justificación. La mujer fue discriminada, al no poder asignar a su hija su apellido en primer lugar, aun cuando lo había consensuado con su esposo.

180. En Suecia existe la libertad de asignación de apellidos. Sin embargo, se estableció que en caso de que no exista acuerdo entre los padres, se colocará de primero el nombre de familia de la madre, seguido por el del padre. En otros países, esa opción ocurrió por vía

judicial. Verbigracia, la Corte Suprema de Justicia de México consideró que los padres de los niños tenían la libertad de escoger el orden de los apellidos que deben tener sus hijos. En esa oportunidad, revisó un recurso de amparo que había sido presentado por una pareja de indígenas, porque la autoridad del registro civil no permitió que sus hijas fueran inscritas con el apellido de la madre, seguido por el nombre de familia del padre, de acuerdo con sus costumbres ancestrales. La Corte ordenó el correspondiente registro.

181. Esa decisión se sustentó en que la negativa de la administración de modificar el orden de los apellidos desconocía la igualdad de las mujeres y la libertad de las familias. El primero, toda vez que la finalidad que perseguía la norma, cual era garantizar la seguridad jurídica, desconocía la historia de discriminación en que se basan el orden de asignación de los apellidos. Enfatizó que esa costumbre perpetuaba las relaciones de poder entre hombres y mujeres dada la naturaleza patriarcal de la familia, al punto que era una medida que discriminaba y disminuía el rol de la mujer en ese ámbito. El segundo, debido a que la libertad de conformar una familia comprende la posibilidad de poner cualquier orden a los apellidos de los hijos e hijas, según establece el precedente de ese tribunal.

182. Así mismo, el Tribunal mexicano aseveró que esa decisión no quebranta la seguridad jurídica, en la medida en que la protección de la libertad y de la igualdad no podía ceder ante la certeza, máxime cuando existen otras medidas que podrían garantizar los dos principios en colisión. Por ejemplo, se podría precisar que todos los hijos de una pareja tengan el mismo orden de apellido.

En consecuencia, la regulación que impone a los padres registrar a sus hijos con el apellido paterno en primer lugar y el materno en segundo lugar puede ser modificado, porque es el resultado de una costumbre que sólo tiene justificación en la tradición. Es más, en algunos Estados se concluyó que era una normatividad discriminatoria para la mujer, por cuanto carece de sustento y se basa en criterios patriarcales que benefician al hombre, al igual que refuerzan roles machistas. En ese contexto, los legisladores de distintas partes del mundo han considerado acertado regular la materia y permitir que los padres escojan el orden de los apellidos de sus hijos.

183. La Corte encuentra entonces que, desde una perspectiva amplia, y comprensiva del asunto de la primacía del primer apellido del hombre frente al primero de la mujer, y con el

objetivo de dar concreción a los argumentos de los intervinientes dentro del proceso de constitucionalidad, dicha regla ha cumplido un papel, según la literatura referenciada (i) patriarcal (en la medida que jerarquiza entre lo masculino y lo femenino), (ii) de asimilación cultural (en la medida en que las leyes de indias reforzaron el modelo de familia hispánica, en perjuicio de las formas de filiación prehispánicas) y de (iii) jerarquización clasista (el madresolterismo, fue tenido como una forma de familia truncada, incompleta o con carencias, generalmente de sectores sociales vulnerables). Tener solo el primer apellido materno, en sectores tradicionales es una anomalía, o una situación de carencia.

La finalidad constitucional de la inscripción en el registro civil^{150F}[151]

184. La Constitución Política de 1991, en su artículo 14, y el Artículo 24^{151F}[152] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 18^{152F}[153] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen como garantía fundamental a la existencia en condiciones de dignidad de una persona humana que, como parte del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, existe el derecho a ser identificado por nombre y apellido. La legislación vigente precisa que “toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo” ^{153F}[154].

185. El nombre con los elementos que lo integran es un elemento fundamental en la construcción de las identidades individuales de cada persona, y en esa medida, debe ser protegido como parte esencial de la construcción de la modernidad y de la cultura occidental. El derecho a gozar de un nombre, incluido el apellido, a criterio de la jurisprudencia de esta Corte, no solo se relaciona con aspectos propios del derecho civil, sino que implica también esferas constitucionales, pues a través de él, se hace explícito y externo frente a toda la sociedad, elementos como la procedencia familiar (filiación), los ancestros (parentesco), y la nacionalidad. Además, el nombre y su inscripción en el registro civil crea en el mundo jurídico, la capacidad jurídica de goce y de ser sujeto de obligaciones^{154F}[155].

186. En el caso de los derechos de los niños, la Constitución a la altura del artículo 44, reitera que el derecho al nombre es un derecho fundamental, tal como lo hacen los artículos ^{7155F}[156] y 8 de Convención de los derechos de los niños de 1989. Por su parte,

sentencias como la T-594 de 1993, SU-696 de 2015 T-077 de 2016 y C-114 de 2017, han indicado que los niños, niñas y adolescentes “(...) tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. (...)” (art. 25, Ley 1098 de 2006).

187. Más aún, este Tribunal ha puntualizado que el nombre debe ser entendido como una figura jurídica que goza de una naturaleza plural: (i) “un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia”, (ii) “un signo distintivo que revela la personalidad del individuo, el elemento necesario de su actividad individual que, de no tenerlo, no podría ejercer libremente sino a riesgo de ser objeto de confusión con otros individuos”^{156F[157]} y como un elemento para el desarrollo de un plan de vida conforme a los dictados de la propia voluntad

188. Debido al rango especial que ostenta este derecho en el ordenamiento constitucional y legal, la Corte ha resaltado que el Estado colombiano, como garante y regular de las relaciones jurídico-sociales entre los habitantes de este territorio, tiene la labor primordial de asegurar las condiciones para que todas las personas gocen de un nombre. Con ello, a la vez que se reconoce el carácter disímil del conglomerado social, se asegura que cada persona sea identificable, a través de un signo que la individualice.

189. En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado las ocasiones en las que el apellido que usa una persona hace parte de su identidad y en esa medida, goza de protección constitucional. En la Sentencia T-678 de 2012^{157F[158]}, la Sala Primera de Revisión de la Corte estudió el caso de una persona que, producto de errores administrativos de la Registraduría Nacional del Estado Civil tenía varios registros civiles de nacimiento, varios de ellos, con apellidos diferentes. En un proceso de jurisdicción voluntaria un juez civil se reusó a anular el registro civil que incurría en un error, razón por la cual, la accionante tuvo que formular medio de amparo constitucional contra la providencia del juez civil. En esa ocasión la Corte explicó que el registro civil es un procedimiento que sirve para establecer, probar, y publicar todo lo relacionado con el estado civil de las personas, desde su nacimiento hasta su muerte, y que conforme al Decreto Ley 1260 de 1970, el mismo sirve para establecer la situación jurídica de una persona en la familia y la sociedad, y determina su capacidad para ejercer derechos y contraer ciertas obligaciones.

190. La providencia explicó que el título IX del Decreto Ley 1260 de 1970 se encarga de regular lo concerniente a la forma y circunstancias en que pueden llevarse a cabo las modificaciones y correcciones al registro civil de las personas, puntualmente en relación con el nombre, pero precisando que de acuerdo a la normatividad, “cualquier persona puede solicitar por una sola vez el cambio de su nombre, que como se dijo anteriormente, incluye el nombre de pila y los apellidos, con el fin de fijar su identidad personal como manifestación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a expresar la individualidad”^{158F[159]}. En esa ocasión, la Sala tuteló el derecho fundamental al debido proceso y el derecho al nombre y a la personalidad jurídica de la accionante, pues verificó que existían tres registros civiles con nombres diferentes, incluso en sus apellidos, y en esa medida ordenó la anulación de aquel que no se correspondía con la identidad de la tutelante.

191. En la Sentencia SU-696 de 2015 la Sala Plena de la Corte resolvió una acción de tutela promovida por dos ciudadanos colombianos que por diez años residieron en el extranjero y que eran una familia homoparental y padres de dos niños, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, y varias las Notarías del país, pues, dichas instituciones habían puesto trabas administrativas para adelantar el trámite de inscripción en el registro civil de los menores. En esa ocasión, la Corte indicó que el derecho de los niños y niñas a tener un nombre, junto con los apellidos que evidencien la procedencia de su familia (filiación) y la relación con sus padres (parentesco) es una garantía de rango constitucional que no se encuentra sometida a trámites o desarrollos legales.

192. En aquel caso concreto, y en relación con la filiación, la Corte determinó que autoridades extranjeras ya habían verificado que los dos niños eran hijo e hija de los dos accionantes y que, como guardianes de la fe pública, los Notarios colombianos a quienes se les pidió inscribir en el registro civil de Colombia a los dos niños, debían limitarse a realizar de manera oportuna la inscripción toda vez que “el certificado de nacimiento expedido por el Estado de California, y que fue presentado debidamente apostillado por los accionantes, es plenamente oponible a las autoridades colombianas”. En esa ocasión la Sala señaló que los notarios debían constar que la pareja formada por los dos hombres accionantes era legamente reconocida y cuya paternidad ya fue declarada por una autoridad competente en el extranjero, motivo por el cual, “son sujetos de las reglas generales de los hijos

concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho Estatuto.”

193. La providencia aclaró que los notarios podían realizar el registro de los niños de aquel matrimonio homoparental porque la Legislación civil ya prevé una forma plausible y que ofrece certeza jurídica sobre el trámite^{159F[160]}. Además precisó que el registro civil de nacimiento es un instrumento jurídico que da fe de la filiación y el parentesco, “pero no de un hecho biológico”, y que su finalidad es que el Estado produzca la capacidad jurídica de sus ciudadanos y ciudadanas. La decisión reiteró que la determinación de los notarios accionados^{160F[161]} de no registrar a los dos niños del matrimonio de personas del mismo sexo se basaba “en una interpretación tradicional y heterosexual de la familia que”, a partir de un criterio sospechoso discriminó a los tutelantes, toda vez que, con base en prejuicios e imaginarios tradicionalistas, buscaban justificar la protección a los derechos de los niños.

195. Por consiguiente ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil implementar un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que se señalara que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño.

196. Posteriormente, en la Sentencia T-196 de 2016^{161F[162]}, la Sala Novena de Revisión de la Corte estudió el caso de una familia compuesta por dos mujeres que, tras conseguir un embarazo a través de métodos de fertilidad asistidos, tuvieron a su primera hija. No obstante, al momento de realizar la inscripción del registro civil de nacimiento de la menor, se encontraron con el obstáculo que era imposible registrar dos madres. Tras estudiar los argumentos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Corte concluyó que se habían vulnerado los derechos fundamentales a la familia, al nombre y a la igualdad de la niña, y a la igualdad de las madres, toda vez que, conforme a la jurisprudencia de la Corte le negaron el derecho a tener un nombre y los apellidos de sus dos madres en los términos fijados en la Sentencia SU-696 de 2015. Este Tribunal también constató que, la Registraduría había expedido la Circular No. 24 de 2016, por medio de la cual se implementa y diligencia el nuevo formato de registro civil de nacimiento, en la que claramente se define una casilla óptima para los casos de hijos o hijas de familias conformadas por dos personas del mismo

sexo. En la providencia ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil modificar el registro de la menor, incorporando en ese documento “el apellido, en el orden de elección de las madres, de las aquí tutelantes”.

197. En sede de control abstracto, en la Sentencia C-114 de 2017162F[163], la Sala Plena resolvió una demanda de constitucionalidad en la que se atacaba el artículo 6 del Decreto Ley 999 de 1988, mediante el cual se modificó el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 referido al trámite necesario para cambiar “por una sola vez” el nombre de una persona. El demandante acusó que la expresión “por una sola vez” del enunciado normativo implicaba una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, estrechamente vinculado con el derecho a la autonomía y a la identidad. La Corte señaló que el nombre no es inmutable, pues en efecto, el Decreto Ley 1260 de 1970 y el Código General del Proceso (Art. 18.6 y 577.11) ya establecen procedimientos para la modificación, supresión, o corrección de la partida del estado civil, en casos, por ejemplo, de niños, menores adoptados, adultos que siendo niños ya modificaron su nombre, o como manifestación de la identidad sexual diferente a los de los genitales de una persona.

198. También reiteró que el nombre y su reconocimiento en el registro civil concreta derechos fundamentales163F[164], por ejemplo, a la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la libertad de conciencia y religiosa -aspectos todos ellos estrechamente relacionados con el derecho a la intimidad-, y el derecho a la construcción de la identidad personal164F[165]. En punto, al estudio de la expresión censurada, la Corte encontró que la disposición persigue un propósito constitucional imperioso, pues la protección del nombre y la posibilidad de su cambio un “una sola vez” resulta efectivamente conducente para alcanzarlo y puede considerarse necesario. Sin embargo, observó que, en principio, la restricción examinada era desproporcionada en sentido estricto cuando la modificación del nombre por más de una vez pueda considerarse como urgente desde una perspectiva iusfundamental, - por ejemplo cuando la variación armoniza el nombre con la identidad de género o evitar prácticas discriminatorias-. Por lo anterior, la Corte declaró constitucional la expresión “por una sola vez” contenida en el artículo 6 del Decreto Ley 999 de 1988, que subrogó el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, en el entendido de que tal restricción no es aplicable en aquellos eventos en que exista una justificación constitucional, clara y suficiente.

199. Del anterior precedente constitucional se extrae que: (i) la inscripción en el registro civil materializa el derecho fundamental a la personalidad jurídica, al nombre, a tener una familia y a la nacionalidad de los niños y niñas; (ii) dicho registro cumple varias finalidades constitucionales, entre ellas, la identificación de una persona, el nacimiento a la vida jurídica de su capacidad legal, así como la posibilidad de ejercer los atributos de la personalidad; (iii) el nombre es una manifestación del derecho a la personalidad y es un espacio de formación de la identidad de una persona, pues además de ser el instrumento de identificación, implica la construcción de relaciones de diferenciación y pertenencia sociales en la familia, pues en él se establece la filiación y el parentesco, e incluso nacionales, en atención a que, en dicho registro quedan consignados elementos fundamentales para la ciudadanía; (iv) la jurisprudencia de la Corte referida al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que forman familias homoparentales ha señalado que, los hijos e hijas de parejas del mismo sexo deben ser inscritos en el registro civil de nacimiento y en él deben figurar, (iv.i) dos papás o dos mamás, según sea el caso, y que (iv.ii) el orden de los apellidos debe ser voluntariamente señalado la pareja.

Resolución del cargo y análisis de constitucionalidad de la diferencia de trato en el orden de los apellidos entre hombre y mujer, así como parejas homoparentales y heterosexuales

200. El ciudadano Juan Pablo Pantoja Ruiz demandó la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1989 por estimarla contraria a los principios a la igualdad entre hombres y mujeres contenido en el Artículo 13, a la igualdad de oportunidades de las mujeres previsto en el artículo 43 y al artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) en tanto introduce una diferencia de trato entre hombres y mujeres, bajo el criterio constitucionalmente sospechoso, otorgando prioridad al apellido paterno, sobre el materno, sin justificación válida suficiente, en tanto deriva de una tradición histórica en la que los valores masculinos se naturalizan y a partir de allí se limita la decisión de las mujeres.

201. También esgrime que la comparación alcanza las diferencias que la norma suscita entre las familias heterosexuales y las del mismo sexo, pues la familia conformada por dos mujeres podría elegir el orden de los apellidos, al no existir hombre en la relación; la familia conformada por dos hombres presentaría concurrencia en la elección, por ser ambos

miembros del sexo masculino, con derecho cada uno de ellos a imponer su apellido; mientras que en el caso de la familia heterosexual, conformada por hombre y mujer, se tendría el espacio de aplicación de la norma demandada, donde prima el apellido del progenitor o el adoptante masculino.

202. Tres de las intervenciones sostienen que no es posible que la Corte se pronuncie nuevamente en relación con el artículo 1° de la Ley 54 de 1989, en tanto no se satisfacen las exigencias jurisprudenciales pues la demanda únicamente reitera los votos disidentes de la Sentencia C-152 de 1994 y no ofrece mayores elementos de juicio para corroborar que, efectivamente, aconteció una modificación significativa en materia cultural, política o ideológica que condujese a debilitar la cosa juzgada y a propiciar un nuevo pronunciamiento. Así mismo critican que nada se desarrollara en torno a la existencia de un nuevo parámetro, en tanto solo se enunció el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-, ambos insuficientes para satisfacer la exigencia en cuanto a la carga argumentativa.

203. Dos de los intervinientes defendieron la constitucionalidad de la norma por estimar que la secuencia de los apellidos no implica jerarquía o privilegio, y que su definición se encuentra dentro de la órbita de configuración del legislador, máxime cuando tiene un carácter meramente enunciativo que no afecta derechos fundamentales. Así mismo la Universidad de la Sabana arguye que en la actualidad existe una completa materialización de la igualdad de género al punto que las mujeres gozan de idénticos derechos del hombre y se siguen reconociendo como nodales en la familia, de allí que la prelación no sea un aspecto trascendental para predicar la desigualdad o la discriminación por razón del género.

204. Por su parte el Ministerio de Justicia y del Derecho pide que se declare la exequibilidad condicionada de la norma bajo el entendido de que deben ser el padre y la madre quienes acuerden el orden de los apellidos de los hijos o hijas en el registro. Admite que, en efecto la disposición crea una discriminación directa en contra de las mujeres y se funda en una concepción civil en la que el hombre era el eje del ordenamiento jurídico pero que debe ser reevaluada en tanto hoy no tiene justificación constitucional válida y es un anacronismo.

205. La mayoría de las intervenciones, esto es la Defensoría del Pueblo, el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, la Universidad Externado, la Universidad Nacional, la Universidad Libre, la Universidad Javeriana, la Universidad Santiago de Cali, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal -ICDP- y Colombia Diversa piden que la norma se declare inexecutable y comparten para sustentarlo similares argumentos. En relación con el origen de la prelación del apellido paterno sobre el materno coinciden en que se trata de una costumbre que se remonta a la construcción del derecho civil en el que los valores masculinos se sobreponen sobre los femeninos y se naturalizan, y que esto se invisibiliza más en los espacios privados, como la familia, que en los públicos, en donde es cada vez más enfática la discusión sobre la igualdad de género. Así describen cómo la priorización del apellido paterno se relaciona con una multiplicidad de prejuicios culturales a partir de los cuales se entiende que contar con él implica proceder de un matrimonio, o de ser reconocido, mientras que contar con el apellido materno supone un estigma por tener menos valor.

206. Apuntan que al interior de la familia la igualdad debe ser reconocida y ejercida materialmente por hombres y mujeres y hacen eco de distintas regulaciones internacionales que así lo indican. De manera unánime sostienen que al hacer el test integrado de igualdad estricto, por tratarse de una categoría sospechosa de discriminación por razón del sexo, la Corte advertiría que es contraria a la constitución, dado que no supera el nivel de finalidad y recuerdan que en múltiples decisiones jurisprudenciales, entre ellas la sentencia C-101 de 2005, ha reconocido que el patriarcado ha permitido la discriminación histórica de las mujeres, sino porque no existe justificación constitucional válida que admita que el apellido del padre tenga prelación sobre el de la madre, menos si se advierte que, tras la sentencia SU-696 de 2015, la Corte determinó que las parejas del mismo sexo podrían registrar a sus hijas con el apellido que consideraran de manera consensuada y que incluso la Registraduría Nacional del Estado Civil emitió la Circular 024 de 2018 en la que así lo permite y también considera los casos de las familias indígenas reconociendo la matrilinealidad. Agregan que no se pueden oponer razones para admitir la medida pues en la actualidad y en aplicación del trámite previsto en el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 puede existir cambio de nombre, de allí que permitir una estructuración voluntaria de su orden no contraviene las finalidades del registro civil, en cambio sí tendría incidencia en la promoción y transformación de los imaginarios sociales de desigualdad de las mujeres.

207. Teniendo en cuenta lo esgrimido por el accionante al presentar su demanda, así como

las diversas posiciones de las intervenciones, a la Sala Plena de la Corte debe determinar si la expresión “seguido del” contenida en el Artículo 1 de la Ley 54 de 1989, y que prescribe que al momento de inscribir en el registro de nacimiento el nombre de un niño o una niña, se señalará primero el primer apellido paterno, y luego el primer apellido materno implica, a la luz de la cláusula de igualdad y de lo previsto en el artículo 2 de la CEDAW, un trato discriminatorio entre las mujeres y los hombres, las madres y los padres, y entre las parejas homoparentales y heterosexuales.

208. Para resolver el anterior problema debe, en principio, recabarse que la jurisprudencia ha reconocido que el orden de las palabras contenidas en una ley, los usos de las palabras o el orden de los grafos, no es neutral ni indiferente para el juez constitucional, sino que, por el contrario, en muchas ocasiones plantea problemas en términos de derechos fundamentales cuando, estas tienen el efecto simbólico de reforzar o apuntalar imaginarios discriminatorios en contra de formas alternativas de arreglos familiares. Así mismo, la Corte reitera sus conclusiones^{165F[166]} referidas a que, la familia, como núcleo de la sociedad, es un espacio en que se reproducen y refuerzan formas de discriminación que tradicionalmente fueron naturalizadas, y que solo ahora, en virtud de la nueva carta política y de los movimientos sociales de mujeres han emergido en la sociedad colombiana como formas de exclusión.

209. Como se discurrió en los párrafos 133 a 155 de esta providencia, la Corte ha señalado que el principio a la igualdad contenido, entre otros, en el artículo 13 Superior, obliga a que el Legislador adopte tratamientos igualitarios cuando las personas, situaciones o grupos de personas, son iguales, y que, por el contrario, deba proferir medidas diferenciadas cuando las personas están en situaciones jurídicas o fácticas diferentes. Este mandato constitucional se traduce en que el juez debe examinar si una decisión del legislador es discriminatoria porque: (i) o introduce un trato diferenciado a situaciones iguales, o (ii) adopta una decisión igual a situaciones diferentes. Como lo ha indicado la jurisprudencia, cuando el juez constitucional verifica que se presenta una de las hipótesis anteriores, *prima facie*, debe declarar que existe un trato discriminatorio, salvo que exista una razón suficiente que lo justifique.

210. La demanda del ciudadano Pantoja Ruiz reclama que se presenta un trato diferenciado entre hombres y mujeres, y entre las parejas heterosexuales comparadas con las familias

homoparentales. En esa medida, la Sala Plena debe realizar dos juicios de igualdad con el fin de determinar si la medida del legislador respeta las dos comparaciones propuestas. En cada uno de los pasos del test de igualdad se abordarán de manera intercalada los aspectos de cada comparación.

211. De acuerdo con lo discurrido en esta sentencia, existe claridad que, para resolver supuestas acusaciones contra el principio de igualdad por parte del Legislador, la Corte ha indicado que, en primer lugar, debe examinarse si existe un criterio de comparación que permita establecer una relación de entre las personas o grupos que se solicita determinar si existe o no discriminación. En relación con este primer paso, se ha prescrito que el *tertium comparationis* sirve para examinar si la clasificación del Legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma^{166F[167]}.

212. En segundo lugar, se debe definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado. Con ello, una vez se determine el criterio de comparación, inmediatamente después, debe verificarse si efectivamente existe un trato igual o un trato diferenciado, o si en realidad el cargo por vulneración del derecho a la igualdad parte de una indebida comprensión o interpretación de lo que establece la medida analizada. En este nivel del examen judicial pueden surgir dos consecuencias: o los grupos o personas no son comparables a la luz del criterio de comparación, y en consecuencia no se afecta el mandato de trato igualitario, o los grupos o personas si pueden ser asimiladas y, en esa medida, se presenta una afectación *prima facie* del derecho a la igualdad. Solo si ocurre lo segundo, es decir, las personas o situaciones si pueden ser comparadas y existe un trato diferenciado de iguales, o un trato igualitario de desiguales, corresponde agotar el tercer nivel de la prueba, el cual consiste en examinar si existe una razón suficiente que permita justificar el trato diferenciado.

213. El anterior análisis varía en virtud a los temas que regula el Legislador, por lo ello, la Corte ha advertido que la citada metodología se realiza en los niveles leve^{167F[168]}, estricto e intermedio. Según la clase de escrutinio seleccionada, la Sala debe establecer si:

i) existe un fin imperioso que persiga la norma demandada; ii) el medio escogido para alcanzar esa meta es el medio efectivamente conducente y necesario; y iii) los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Criterio de comparación.

214. El demandante presenta una acusación basada en dos comparaciones posibles. Por un lado, afirma que la expresión acusada vulnera el principio a la igualdad, pues si se compara en razón al “género”^{168F[169]} se evidencia que la norma establece una prioridad de los hombres sobre las mujeres, al señalar que siempre e invariablemente se inscribirán en el registro civil de un niño o niña, primero, el primer apellido paterno, y luego el primer apellido materno. Solo de manera subsidiaria, y ante la ausencia del primer apellido paterno, es posible inscribir de primero el primer apellido materno. A juicio de la Corte, el demandante presenta un criterio de comparación en razón al género de las personas a comparar, toda vez que, señala que hombres y mujeres, en virtud de compromisos internacionales y nacionales, gozan de los mismos derechos y deberes, pero, de manera contradictoria la norma censurada establece una prioridad de lo masculino sobre lo femenino.

215. La Corte encuentra que el accionante sí ofreció un criterio de comparación que permita iniciar un juicio de constitucionalidad por la violación al derecho a la igualdad contra la norma acusada, puesto que, conforme al “género” es posible comparar a hombres y mujeres. En ese sentido debe señalarse que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el inciso primero del Artículo 13 contiene una serie de categorías proscritas para el Legislador, y sobre las cuales, prima facie, se presumen inconstitucionales todas las distinciones legales que establezca. Así, “el sexo”, la “raza”, “el origen nacional”, “la lengua” etc., son criterios sospechosos con base a los cuales, el legislador no debe realizar diferenciaciones. Esta lista no es taxativa ni agota todas las posibles discriminaciones que pueden sufrir una persona o un grupo de ellas.

216. Por ello, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que estos criterios para identificar discriminaciones, son solo indicativos y no taxativos^{169F[170]}, y en últimas el mandato de igualdad contenido en la Constitución debe ser comprendido y asumido por todas las

autoridades públicas como la prohibición de establecer tratos discriminatorios con base en elementos definitorios de la vida de una persona. Surgió así, el concepto de “categoría sospechosa” como la herramienta hermenéutica que permite a los jueces constitucionales determinar si se está frente a una discriminación que se basa en un criterio que define la identidad de las personas y no se trata de aquellos contenidos en el inciso primero del Artículo 13 Superior. En relación con la conceptualización de “categoría sospechosa”, la Corte ha explicado que ellas son las distinciones que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”. Se trata de criterios cuyo “uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros” (subrayado fuera del texto).

217. Como se ve, para la jurisprudencia de la Corte resultan discriminatorias los tratos diferenciados que se fundan en elementos de la identidad de las personas, y sobre las cuales se ha ejercido históricas exclusiones, y entre ellas, se ha indicado que, por ejemplo, las preferencias sexuales de las personas es una distinción constitucionalmente prohibida. Frente a las relaciones entre las categorías “género” y “sexo”, la Sala Plena hace una precisión. En estricto sentido el inciso primero del Artículo 13 Superior señala que “el sexo” es una distinción prohibida, pero no incluye la categoría “género”. No obstante: (i) nada se opone a que el “género” sea tenido por la jurisprudencia constitucional como categoría sospechosa, tal como ya ha ocurrido en varios casos^{170F[171]} y (ii) además los desarrollos y avances de los estudios feministas muestran que la categoría “genero” resulta mucho más comprensiva y totalizadora de las relaciones entre las personas, que la enunciación de sexo.

218. Como lo ha indicado esta Corte^{171F[172]}, “sexo” solo hace referencia a los genitales de una persona y a las características fisiológicas, mientras que la categoría “género” se refiere a las relaciones que permiten la construcción social de las varias dimensiones de la identidad de las personas, entre ellas la preferencia, la identidad y los roles adscritos, y en las que los genitales y la fisionomía de una persona son solo un aspecto a tener en cuenta,

pero que la exceden, en la medida que incluye la forma y procesos a través de los cuales, se adscriben roles, valores, importancia a los individuos de una sociedad. El sexo se restringe a aspectos biológicos de las personas, mientras que el género es una construcción social que puede ser alterada o modificada^{172F[173]}. La categoría “género” en esa medida, toma conciencia que la distinción se produce por los prejuicios y pre concepciones de los operadores judiciales, los legisladores o las autoridades públicas sobre el cuerpo de las personas, la construcción de sus identidades, y sus preferencias sexuales, superando de esa manera, la reducida lectura del sexo.

219. En la jurisprudencia de la Corte se ha explicado que “género” es una categoría que permite comprender la forma en que se estructura y organizan las sociedades. En varios fallos la Corte^{173F[174]} ha explicado que el género de las personas es una construcción social en la que diversos aparatos de construcción de los sujetos modernos operan y adscriben roles, imaginarios y expectativas a las personas, conforme a los genitales que llegan al mundo. Así, a una persona que nazca con genitales femeninos, un repertorio amplio de dispositivos sociales trabaja para introyectar en la conciencia del individuo que su identidad es la de mujer, y en esa medida debe encarnar y materializar valores como la feminidad, la debilidad, la sensibilidad etc. Por el contrario, cuando una persona nace con genitales masculinos (sexo), los diversos dispositivos sociales aplican formas sutiles de subjetivación como la pedagogía, la medicina, la publicidad, la moda, etc., para que la persona asuma una identidad de hombre (género).

220. La categoría “género” permite comparar a hombres y mujeres, y también establecer una relación de comparación entre las parejas homoparentales y las parejas heterosexuales. En efecto, el demandante señala que la preferencia sexual (por personas del mismo sexo o de un sexo diferente “al propio”) no debe ser un obstáculo para que las personas deban gozar de derechos los mismos derechos, y señala que, en la actualidad, de manera paradójica, las parejas homoparentales, en virtud de la Sentencia SU-696 de 2015, sí pueden elegir el orden de los apellidos, mientras las parejas heterosexuales no pueden hacerlo.

221. Asumir una identidad de mujer y construir una preferencia sexual por personas del género opuesto, es decir ser una mujer heterosexual, y que como consecuencia de ello, una persona sufre discriminaciones en razón a dicho género, como por ejemplo, la adscripción

de roles de cuidado, que sea valorada exclusivamente por su aspecto, o que se espere que se comporte conforme a valores tales como la sumisión o el respeto, resulta ser una explicación más compleja y en esa medida integrada por más elementos, que aquella que se limita a decir que una persona nació con determinados genitales.

222. En conclusión, la Corte considera que, con la misma categoría: “género” y los que de ella deriva: preferencia sexual y orientación sexual^{174F[175]}, el accionante establece un criterio de comparación que permite relacionar a dos grupos comparables y en esa medida estructurar el primer paso del juicio de igualdad. El tertium de comparationis es la categoría género y será utilizado para los dos test estrictos de igualdad propuestos por el demandante.

Definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe un tratamiento desigual entre iguales.

223. El demandante presenta argumentos relevantes referidos a que todas las personas, sin importar su género (construcción social de sus identidades como hombres o mujeres) o sus preferencias sexuales (si integran familias homoparentales o heterosexuales) tienen derecho a acordar el orden de los apellidos con los que inscriben en el registro civil a sus hijos e hijas. Así mismo, es explícito en señalar, en el plano jurídico, hombres y mujeres se encuentran en igualdad de condiciones, pues gozan de los mismos derechos y obligaciones, razón por la cual, las mujeres deben tener el mismo derecho que los hombres a que su primer apellido se ubique en el primer lugar del registro civil. Indica que las personas que integran familias homoparentales se encuentran en la misma situación jurídica y son titulares de los mismos derechos que las personas que forman arreglos familiares heterosexuales, motivo por el que deben tener los mismos derechos a ordenar consensuadamente el orden de los apellidos de los hijos o hijas que se van a inscribir en el registro civil de nacimiento.

224. En ambos casos, el demandante señala que se trata de sujetos de comparación que se encuentran en igualdad de condiciones, y que corresponde al legislador imponer la misma consecuencia jurídica. Se está frente al caso de una supuesta vulneración del derecho a la igualdad porque el Congreso aprueba un trato diferenciado a personas que se encuentran en situaciones jurídicas iguales. El legislador incurriría en una violación del principio a la

igualdad por tratar desigual a lo igual.

225. En ambos casos, la Corte concluye que al accionante le asiste razón, toda vez que hombres y mujeres tienen, constitucional e internacionalmente, los mismos derechos civiles y políticos, razón por la cual, prima facie, deben recibir del Legislador el mismo tratamiento. Debe recordarse que la Convención para erradicar todas las formas de Discriminación contra las mujeres, en su Artículo 2 Literal a) y la Constitución Política en su Artículo 43 señala que la igualdad jurídica tiene, todavía, varios obstáculos, entre ellos, los prejuicios sociales y culturales que impiden que las mujeres gocen de los derechos y libertades reconocidos por los sistemas legales. Así, la obligación internacional de trato diferenciado entre hombres y mujeres consiste en que el Estado busque maximizar y acelerar los cambios culturales para conseguir la igualdad material.

226. Lo anterior no implica poner en tela de juicio la premisa fundamental de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. La Sala desea ser clara: la igualdad en derechos entre hombres y mujeres es una victoria de los movimientos feministas de múltiples países del mundo que ha sido reconocida en varios documentos internacionales y es la premisa jurídica de la que parte la Corte Constitucional para efectuar el juicio de igualdad propuesto por el demandante. No obstante la igualdad jurídica, aún persisten diversos y profundos obstáculos para que dicha igualdad de materialice en la vida de todas las mujeres, y la mayoría de dichos obstáculos se encuentran no en las normas Estatales, sino en los prejuicios y pre concepciones culturales que valoran más y mejor lo masculino, e inferiorizan o invisibilizan los reclamos de las mujeres, por ese motivo los tratados internacionales sobre derechos humanos han reconocido la necesidad de profundizar en las políticas públicas en las que los gobiernos visibilicen y pongan de presente las discriminaciones más sutiles y normalizadas de la vida cotidiana, especialmente cuando ellas se desarrollan en la vida privada. En conclusión, la Sala Plena hace propia la proposición del demandante en relación con que, el Legislador trata de manera diferenciada a dos grupos de personas que debe tratar de manera igualitaria, pues mujeres y los hombres se encuentran en la misma situación jurídica.

227. Respecto a la comparación que plantea el accionante referida a las parejas del mismo sexo y a las parejas heterosexuales, la Corte verifica que se satisface el requisito de la verificación de la situación de igualdad y el consecuente trato diferenciado.

228. En efecto, el demandante es claro en señalar que, sin importar las preferencias sexuales o los arreglos familiares que decidan constituir (familias homoparentales o familias heterosexuales), todas las personas tienen derecho a decidir el orden en que se deben inscribir en el registro civil de nacimiento los apellidos de sus hijos o hijas. Por esa vía, indicó que, en virtud de la Sentencia SU-696 de 2015, el sistema jurídico colombiano permite que las personas que forman uniones homosexuales o de mujeres lesbianas decidan consensuadamente el orden de los apellidos, mientras que las parejas formadas de la unión de un hombre y una mujer no tiene dicha posibilidad. Por lo anterior, el accionante indica que la expresión censurada establece un trato diferenciado entre personas que están en condiciones de igualdad, puntualmente que, sin importar, su construcción de su género y de su preferencia sexual de una persona que forma una familia, todas los individuos tienen derecho en condiciones de igualdad, a participar en la definición del orden de los apellidos de su descendencia.

Determinar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado.

229. La Corte considera que la expresión demandada establece una primacía del apellido paterno sobre el materno, y en atención a que no permite que el orden de estos pueda alterarse, prescribe un trato diferenciado entre hombres y mujeres al interior de la familia. El aparte acusado establece que invariablemente, irá siempre al inscribir por primera vez el nacimiento el primer apellido paterno sobre el primer apellido materno. Dicha prioridad, a juicio de la Corte implica un trato diferenciado. Aunado a ello, como ya se indicó, tiene como consecuencia, una doble distinción, puesto que, en tratándose de la comparación entre familias homoparentales, en oposición a las heterosexuales, las primeras, en virtud de la Sentencia SU-696 de 2015, sí pueden cambiar el orden de los apellidos de acuerdo con su voluntad. Además, la definición legal impide que el apellido materno tenga la misma valía que el masculino. Por eso establece un trato diferenciado en los dos test de igualdad que viene realizando la Corte.

230. Corresponde entonces, determinar si el trato diferenciado que plantea el aparte acusado se encuentra justificado con base a razones constitucionales o si, por el contrario, dado que carece de argumentos suficientes, se está ante un trato discriminatorio contrario al artículo 13 y 43 de la Constitución y al Artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Para ello, como se indicó, se va a

aplicar el test de igualdad con sus diversas intensidades. En esta ocasión corresponde aplicar un juicio de intensidad estricta, en atención a que el trato diferenciado se basa en el género de las personas, que como ya se explicó constituye una categoría sospechosa que alerta a los jueces en relación con la posible presencia de un trato discriminatorio. La norma establece una prioridad al apellido, en atención a que es el del hombre, y solo de manera subsidiaria, y en ausencia del padre, resulta posible que primero vaya el primer apellido de la mujer.

231. A juicio de la Corte, la norma establece un privilegio del apellido paterno con base en el género de las personas, es decir, con base en una categoría sospechosa. El género es un elemento definitorio de la identidad de las personas, pues si bien, la construcción como hombre o mujer es un proceso socio-cultural en la que, con base a rasgos biológicos, se adscriben imaginarios y expectativas sociales, de ella no puede dependerse el orden con el que se inscriben los apellidos de un niño o niña. Cuando el legislador adopta decisiones que establecen diferenciaciones con base en el género de las personas, incurre en una categoría sospechosa, toda vez que la construcción de la identidad y de las preferencias es un aspecto, que si bien es socio-cultural e histórico, no deja de ser por ello, un elemento indisponible de las personas y sobre los cuales han operado discursos que excluyen y jerarquizan a los géneros, tratando a unos como superiores y a otros como inferiores. En efecto, el sistema patriarcal opera de tal manera que, jerarquiza los valores masculinos y los define como los ideas de la sociedad, y en esa medida, subalterniza los elementos tenidos como “femeninos”.

232. La Sala considera apropiado someter la medida acusada a un escrutinio de nivel “estricto”, porque se denuncia una posible discriminación que padecen algunos sujetos de especial protección constitucional históricamente discriminados. Esa diferencia de trato se funda en una categoría sospechosa. En Sentencia C-539 de 2016175F[176], la Corte indicó que el tratamiento diferenciado que se funda en igualdad de género debe ser objeto de una prueba de igualdad en nivel estricto.

233. En el caso concreto, existen dos grupos de sujetos que tienen un patrón de igualdad, el cual se identifica en que son padres de los hijos e hijas que van a inscribir en el registro civil. Tanto el padre como la madre son los ascendientes legítimos de los niños y niñas, por lo que desean reconocerlos. La diferencia de género es apenas una disparidad

insignificante si se tiene en cuenta que el elemento central de la regulación es la naturaleza de ascendientes de los niños para que sean registrados. Sin embargo, la disposición cuestionada otorga un trato diferente al priorizar apellido del hombre sobre el de la mujer. Por ende, se estableció un trato desigual a grupos que se encuentran en una situación similar, de modo que debe evaluarse si esta disparidad se encuentra justificada.

234. En la segunda dimensión de discriminación alegada por el demandante, también se trata de una diferenciación basada en un criterio sospechoso, toda vez que, las familias homoparentales si pueden alterar el orden de los apellidos, pero las familias heterosexuales no. Esta distinción se basa en las preferencias sexuales de las personas. Así, quienes integran y forman familias de personas del mismo sexo, si pueden alterar el orden de los apellidos de sus hijos e hijas, de común acuerdo entre los dos padres o las dos madres, situación que no ocurre, con las familias integradas por personas de preferencias sexuales heterosexuales.

235. Las dos discriminaciones alegadas por el ciudadano demandante se fundan en categorías sospechosas: la identidad y la construcción de género de las personas (diferencia en el orden de los apellidos entre hombre y mujer) y a partir de las preferencias sexuales (distinción surgida entre las parejas homoparentales y heterosexuales), razón por la cual, la herramienta que se utilizará es el juicio estricto de igualdad. Como ya se indicó este tipo de test está integrado por tres sub niveles en los que el juez constitucional se interroga en relación con: (i) la finalidad constitucional que persigue la medida del Legislador, y si la misma es un imperativo puesto por la Carta de 1991; ii) si el medio escogido para alcanzar esa meta es el medio efectivamente conducente y necesario; y iii) los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

236. La Corte considera que debe distinguir entre dos hipótesis normativas diferentes. No se trata de establecer si la norma que exige que los niños y niñas deban ser inscritos con dos apellidos en el registro civil de nacimiento, responde a una finalidad constitucional. Ese no es el cargo del ciudadano demandante, de lo que se trata es de examinar si la regla de la primacía del apellido paterno, contenida en la expresión “seguido del” del artículo 1 de la Ley 54 de 1989, responde a una finalidad constitucional imperiosa.

237. Comprender la razón por la cual existe prioridad del primer apellido paterno sobre el primer apellido materno se relaciona un proceso social de alta complejidad, en el que, a criterio de la Corte, no caben las explicaciones simplistas o elementales que pierden de vista los detalles y las discriminaciones más sutiles, e incluso invisibles, a través de las cuales, se formó la mencionada regla del derecho de familia y que fueron explicadas en los párrafos 163 a 173 de esta sentencia. Referirse a dichos motivos permite que se pongan de presente todas las dimensiones de discriminación que encierra dicha norma.

238. En esa medida, el examen judicial a los motivos históricos por los cuales se formó dicha regla del derecho de familia es una condición de posibilidad para la adecuada comprensión de las múltiples discriminaciones que se intersectan y como cada una de ellas se refuerza la una a la otra. En efecto, como adecuadamente lo señala el demandante, la expresión acusada no implica una única discriminación, sino que, por el contrario, encierra múltiples jerarquizaciones que se articulan para mantener la supremacía de “lo masculino” en la sociedad colombiana. La norma simboliza una discriminación contra las mujeres. Así, si la labor de esta Corte exige constatar y reconocer judicialmente la existencia de tratos diferenciados y contrarios al principio de igualdad, la Sala Plena debe señalar cada una de las múltiples discriminaciones que se articulan en torno a la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1 de la Ley 54 de 1989.

239. A juicio de la Corte, si se consulta el informe de ponencia que llevó a la aprobación de la Ley 54 de 1989^{176F[177]} el objetivo del Legislador de 1989 fue permitir que el padre y la madre participaran en el registro civil de un niño o niña, derrumbar los prejuicios que existían en torno al fenómeno del madre-solterismo (ya explicado en esta providencia) y garantizar que los hijos o hijas extramatrimoniales tuvieran dos apellidos: el del padre y la madre. En su momento, en los últimos años de la década de los ochenta del siglo XX, la disposición legal acusada tuvo una finalidad constitucional que buscó la igualdad entre los hijos matrimoniales – que tenían dos apellidos- y los hijos extramatrimoniales no reconocidos que no tenían dicho derecho.

240. Así, en un primer nivel de test de igualdad, referido a la finalidad de la decisión del Legislador, debe indicarse que, la misma si tuvo una finalidad constitucional imperiosa, pues se trataba de garantizar los mismos derechos y la misma forma de identificación para las personas, sin importar si se trataba de hijos matrimoniales o extramatrimoniales no

reconocidos, y que en todo caso, tuvieran dos apellidos. Ello en atención a que, como se reseñó en la parte considerativa de la sentencia, una persona que tuviera solo un apellido, o solo el apellido materno, padecía – y aun también– prejuicios sociales.

241. Esa disposición legal, como se indicó más arriba, se funda en prejuicios sociales relacionados con la mayor estima de los valores masculinos sobre las ideas e imaginarios relacionados con lo femenino. Tal como se explicó en el acápite de reconstrucción de la regla sobre el origen de la figura de prelación del apellido paterno que se relaciona con tres elementos fundamentales que: (i) la moralidad de la sociedad colombiana tiene en alta estima que los hijos e hijas tengan los dos apellidos, primero el paterno y luego el materno, y discrimina a aquellas personas que solo tienen el apellido materno. Como lo indicaron autoras como Virginia Gutiérrez de Piñeres, el fenómeno “del madre solterismo” es un ejemplo de que las personas que solo llevan el apellido materno fueron estigmatizadas y sufrieron prejuicios sociales relacionados con la procedencia de una familia incompleta. Una primera razón de la primacía del apellido paterno se relaciona con que, la legislación nacional refuerza imaginarios y formas idealizadas de familia, y en esa medida, privilegia que los niños y niñas procedan de arreglos familiares integrados por un hombre y una mujer; (ii) como consecuencia de lo anterior, también debe señalarse que, el prejuicio social en contra de los niños y niñas que son registrados con el solo apellido de la madre, se funda en una discriminación en contra de las mujeres.

242. La Constitución prescribe de manera inequívoca la igualdad entre hombres y mujeres; proscribire toda forma de discriminación legal basada en prejuicios culturales, y señala que, en todo caso, cualquier, distinción fundada en el sexo, debe tener como objetivo realizar distinciones positivas que busquen materializar la igualdad sustantiva. En el mismo sentido, el artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, y la Recomendación general No. 28177F[178], señala que uno de los principales obstáculos para el pleno disfrute de los derechos civiles de las mujeres, especialmente al interior de la familia, se relacionan con los prejuicios culturales, las tradiciones que impiden que la ley que prescriben la igualdad de jure, se materialice de facto. Así, la Recomendación No. 28 señala que los Estados parte deberán aplicar políticas encaminadas a revertir las barreras que ocurren en la familia (párrafo 19 de la Recomendación), y puntualmente, “... en las esferas económicas pública y privada, al igual que al ámbito doméstico...”.

243. Como se ve, las dos normas que sirven de parámetro de control de constitucionalidad de la expresión demandada, sin excepción, establecen que, el Estado Colombiano tiene la obligación de materializar la igualdad entre hombres y mujeres, y que, para ello, deben desmontar y contrarrestar los principales obstáculos, como en efecto son las tradiciones y prejuicios culturales que operan como barrera de acceso a los derechos de las mujeres.

244. En el segundo test de igualdad propuesto por el demandante, esto es el referido a la comparación entre las familias homoparentales que si tiene el derecho a modificar el orden de los apellidos de sus hijos e hijas, en oposición a las familias heterosexuales que carecen del mismo, la Corte encuentra que la SU-696 de 2015 tuvo como objetivo garantizar los derechos fundamentales a la identidad y a una familia de los menores que no podían ser adecuadamente registrados, por acción inconstitucional de los notarios y registradores del estado civil, dentro del caso de objeto de revisión por parte de la Sala Plena de la Corte. En esa ocasión, la providencia que creó la posibilidad de que las parejas homoparentales modificaran de común acuerdo el orden de los apellidos de sus hijos o hijas, ordenó la protección de los derechos de los niños a la vida digna, la identidad, a la personalidad jurídica y a la familia, en esa medida, perseguía imperiosas finalidades constitucionales.

245. La Corte considera, entonces que, en su momento existió un motivo constitucional para que, al momento de inscribir a un niño o niña, en el registro civil, siempre, y sin excepción alguna, deba ir el primer apellido paterno. Pero como se precisó en la consideración de esta sentencia referida a la finalidad constitucional del nombre y del apellido, y en general de la identificación de las personas, dicho objetivo constitucional relacionado con la construcción de la identidad de las personas, el reconocimiento de la personería jurídica, y la creación a la vida legal de los derechos de la personalidad, se realizan de igual manera, e incluso mejor, si el padre y la madre, al momento de inscribir a un niño o niña en el registro civil, están en condiciones de elegir el orden en que se inscriben los apellidos, permitiendo de esa manera alterar, y poner primero el apellido materno seguido del paterno. Como se pasará a indicar en el según nivel del test de igualdad.

246. En todo caso, resulta necesario insistir en que, pasados más de treinta años de la regulación, y a partir de los cambios culturales producidos en la sociedad colombiana, especialmente agenciados por los movimientos sociales de mujeres y académicas y teóricas

del feminismo y estudios de género, hoy resulta claro que el fundamento para establecer esa diferencia de trato significa que el legislador basó la regulación del orden de los apellidos en un estereotipo de género que reduce la dignidad humana de la mujer y su rol en la familia. Esa disposición no se compadece con una concepción sustantiva de la igualdad, puesto que ese presunto trato neutral avala la visión de que la mujer es dependiente del hombre, sea su padre o esposo. Nótese que el enunciado cuestionado no revisa las desventajas sociales en que se encuentran las mujeres frente a los hombres a la hora de inscribir el registro civil de nacimiento de sus hijos e hijas. Las consecuencias de la norma cuestionada son perjudiciales para las mujeres, al reproducir estereotipos. Tampoco puede pretextarse que con posterioridad al registro pueda modificarse o alterarse el orden de los apellidos, porque el análisis que aquí se suscita tiene que ver con la posibilidad de que al momento de registrarse la ley imponga el apellido paterno sobre el materno.

247. Con las anteriores consideraciones, la Sala concluye que existieron razones constitucionales imperiosas para la definición de la regla de la primacía del apellido paterno sobre el primero materno. En el mismo sentido, la Sentencia SU-696 de 2015, providencia que creó la posibilidad de que las parejas homoparentales, de común acuerdo determinaran el orden de los apellidos de sus hijos o hijas, tuvo como objetivo la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la identidad personal, la personería jurídica y a la familia, de los menores accionantes y agenciados en ese caso.

Sub nivel de necesidad.

248. Debido a que la Corte concluyó que en su momento el Legislador tuvo una finalidad constitucional imperiosa, y a que la SU-696 de 2015 también ordenó la protección de los derechos fundamentales de los menores, corresponde agotar el examen de necesidad de la medida.

249. En este paso del test de igualdad, el juez constitucional se interroga en relación con las alternativas con las que cuenta el Legislador o las Autoridades Públicas para garantizar la finalidad buscada, y debe indagarse por si existieron alternativas menos restrictivas para ella. La Corte ha indicado que siempre deben preferirse las medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales en conflicto.

250. En el caso de la expresión “seguido del” contenido en el artículo 1 de la Ley 54 de

1989 debe señalarse que conforme a los cambios culturales e ideológicos vividos en el país de la mano de la introducción y fortalecimiento de los derechos humanos de las mujeres, el Legislador sí cuenta con más alternativas para garantizar la identidad de los niños y niñas que son inscritos en el registro civil y permitir que cuenten con dos apellidos, puntualmente el del padre y el de la madre, y que las mismas son menos restrictivas del derecho a la igualdad de las mujeres y de las parejas heterosexuales.

251. En criterio de la Corte, la determinación del Congreso de elevar a nivel legal la primacía del apellido paterno sobre el materno, si bien garantiza la identidad de las personas, lo hace a un costo altísimo, toda vez que refuerza los prejuicios culturales en relación con el papel subalterno de lo femenino en la sociedad colombiana. De allí que en los términos del artículo 42 superior aun cuando el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en relación con el estado civil de las personas, es claro que su competencia tiene los límites de la Constitución, entre los que están no afectar los derechos fundamentales, como el de igualdad.

252. En efecto, se puede garantizar el derecho a la identidad, a la personalidad jurídica y a la familia, pero sin discriminar a las madres, permitiendo que de común acuerdo el padre y la madre determinen el orden de los apellidos con los que se inscribirán por primera vez a los menores en el registro civil. Esto no afecta en absoluto la identidad de las personas pues se puede fijar la procedencia familiar, y establecer el parentesco, y la ascendencia de una persona, toda vez que, el registro civil siempre contendrá el nombre del padre, de la madre, y los apellidos de cada uno. Por ello, que el orden de los apellidos se fije siguiendo la voluntad libre del padre y la madre de un menor, o que dos padres o dos madres (en caso de familias homoparentales) lo hagan, como ya ocurre en virtud de la Sentencia SU-696 de 2015, maximiza el derecho a la identidad, y en la misma manera el derecho a la igualdad de los dos ascendientes. Se insiste, esa alternativa legal garantiza el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, y a su vez realiza valores constitucionales del mismo nivel constitucional, como son la identidad de las personas, el ejercicio de la personalidad jurídica y el derecho a una familia. Debido a que el legislador cuenta con esa alternativa tiene como consecuencia necesaria que, la expresión “seguido del” prevista en el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 sea inconstitucional y por consiguiente deba ser declarado inexecutable.

252. Debe indicarse que, en este contexto, el Estado debe eliminar cualquier clase de

estereotipo que fundamenta la regulación establecida en el artículo 1º de la ley 54 de 1989, puesto que entrañan una discriminación en sí misma que dificultan lograr la igualdad real entre hombres y mujeres. Por consiguiente, el trato diferente entre destinatarios iguales que propone el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 es inconstitucional, toda vez que no satisface el sub nivel de necesidad, al existir otra posibilidad menos restrictiva del derecho a la igualdad de las mujeres. Esa irrazonabilidad de tratamiento disímil se sustenta en que la medida establecida para lograr la certeza y seguridad jurídica en el registro civil desatiende que existen otras alternativas que no entrañan una discriminación y que garantizan los fines buscados. Además, ese trato dispar se fundamenta en estereotipos y prejuicios del rol disminuido que deberían jugar las mujeres en la familia, representación a todas luces contraria a la Constitución de 1991 y su visión de igualdad sustantiva.

253. El juez constitucional tiene vedado avalar visiones que se justifiquen simplemente en la tradición, porque el pasado puede invisibilizar prácticas discriminatorias. Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional declarará inexecutable la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1 de la Ley 54 de 1989. No obstante, como pasa a explicarse debe precisarse las condiciones de la mencionada declaratoria.

Modulación del fallo

254. En el presente caso, la Corte se encuentra obligada a emitir una declaratoria de inexecutable modulada, debido a que debe garantizar el derecho a la igualdad de las mujeres, la competencia del legislador para regular la materia – dado que si bien cuenta con un amplio margen de configuración en materia del estado civil de las personas este, como se señaló previamente, tiene como límite los derechos fundamentales – y la seguridad jurídica de los asociados a la hora de realizar la inscripción de sus hijos en el registro civil. Sobre este último aspecto habrá de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 266 de la Constitución, es al Registrador Nacional del Estado Civil a quien le corresponde reglamentar los aspectos operativos y técnicos en relación con el estado civil y la identificación de las personas, de allí que será este quien ante eventuales desacuerdos deberá reglar el trámite del orden de los apellidos. De manera que la Sala estima pertinente emitir un remedio judicial que implique una modulación del fallo.

255. Como primera medida, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “seguido

del” contenida en el artículo 1 de la Ley 54 de 1989, pero diferirá los efectos de esa inconstitucionalidad a las dos legislaturas subsiguientes a la notificación de la presente sentencia, es decir, a aquella que culminará en las sesiones ordinarias del 20 de junio de 2022, para que el Congreso de la República adapte la legislación a la Constitución Política. Esta medida garantiza el derecho a la igualdad de las mujeres en tanto declara la inexequibilidad de la disposición acusada -aunque con efectos diferidos-, y reconoce la necesidad de la intervención del Legislador para que defina todas las reglas legales necesarias para atender el cambio en el orden de los apellidos de los niños y niñas.

256. Finalmente, la Corte determina que, si el Congreso de la República no expide la regulación de reemplazo dentro del término establecido, y mientras no lo haga, deberá entenderse que el padre y la madre de común acuerdo, podrán decidir el orden de apellidos de sus hijos. Si no hay acuerdo entre el padre y la madre, se resolverá por sorteo realizado por la autoridad competente para asentar el registro civil. Para esto último deberá tenerse en cuenta lo señalado previamente, esto es que el Registrador del Estado Civil es quien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 266 superior, cuenta con la competencia, para reglar el trámite del sorteo en caso de no existir acuerdo entre padre y madre, relacionados con el orden de los apellidos.

Síntesis de la decisión

258. La Sala Plena resolvió la demanda contra la expresión “seguido del” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1989, que reformó el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, por el cargo de igualdad entre hombres y mujeres contenido en el Artículo 13, a la igualdad de oportunidades de las mujeres previsto en el artículo 43 y el artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

259. A juicio del demandante, la norma establece un trato desigual injustificado entre hombres y mujeres consistente en que la ley otorgó prevalencia al apellido del padre sobre el de la madre en la inscripción del registro civil de nacimiento de sus hijos e hijas, secuencia que desconoce la igualdad de género y avala una discriminación de la mujer basada en estereotipos de jerarquización que otorga superioridad a los hombres. Además, señaló que se conculca el principio igualdad de las parejas heterosexuales, en razón de que

éstas no pueden escoger el orden de los apellidos que tendrá su descendencia, opción que sí poseen las parejas homoparentales.

260. Previo a definir de fondo la Sala Plena estudió la eventual configuración de la cosa juzgada constitucional en relación con la Sentencia C-152 de 1994, que definió la exequibilidad de la misma norma, por el cargo de igualdad. Aun cuando halló los elementos de la cosa juzgada formal, explicó que esta figura procesal quedaba descartada dado el cambio de significado de la Constitución. Esto lo derivó a partir de modificaciones introducidas por la evolución interpretativa de la Carta Política a través de decisiones que han marcado sensibles cambios en punto de la igualdad material entre hombres y mujeres. En ese orden destacó que la Constitución tiene la habilidad de adaptarse a la realidad social, económica, política y cultura, pues es un texto vivo. Entre el año 1994 y el 2019, se presentaron a través de esos 25 años los siguientes elementos fácticos y jurídicos que hicieron indispensable volver a estudiar la validez del artículo 1º de la Ley 54 de 1994, al existir una nueva hermenéutica y alcance del principio de igualdad:

i) La Corte ha reconocido a través de su jurisprudencia la discriminación histórica de las mujeres en la sociedad y ha adoptado diversas medidas para alcanzar la paridad de género, con amparo del artículo 13 de la Constitución. En ese sentido ha entendido que la concepción sustantiva de la igualdad implica aceptar que existe una desigualdad y discriminación desde la óptica del género cuando las leyes, políticas y prácticas sociales con pretendida neutralidad no evidencian la desventaja en que se encuentran las mujeres. También ha sostenido que es indispensable el enfoque interseccional de género en la resolución de casos donde se presenta un trato discriminatorio, que requiere de la eliminación de estereotipos, (Sentencias SU-659 de 2015 y T-141 de 2015, C-586 de 2016, C-659 de 2016, C-117 de 2018) y ha determinado que la perspectiva de género es vinculante para todo operador judicial como se indicó entre otras en las Sentencias T-590 de 2017, T-145 de 2017, T- 012 de 2016 y T- 878 de 2014.

ii) La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -CEDAW- comenzó a fungir como parámetro de constitucionalidad para evaluar la validez de la legislación nacional, desde las Sentencias C-355 de 2006, C-667 de 2006, C-335 de 2013, C297 de 2016, C-359 de 2016 y C-117 de 2018, entre otros. Y se han utilizado como referentes las recomendaciones del Comité para la eliminación de la discriminación contra

la mujer (específicamente la Recomendación General No 25) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Para, las cuales reconocen que la discriminación es una forma de violencia y por ende instituyen la obligación del Estado de remover cualquier tipo de estereotipo que afecte la igualdad material entre hombres y mujeres³, y esto alcanza la decisión libre de la pareja de participar en las decisiones familiares. También destacó con fundamento en dichos instrumentos internacionales que las costumbres relativas a la condición personal basadas en la identidad perpetúan la discriminación contra la mujer y la falta de libertad individual para elegir la aplicación u observancia de leyes y costumbres concretas agudiza esta discriminación.

iii) En atención a ese cambio de interpretación en torno a la igualdad, el legislador ha expedido una serie de leyes que intentan igualmente romper las barreras históricas que generan inequidad entre el hombre y la mujer. Por ejemplo, la Ley de cuotas en el acceso a cargos en el sector público – Ley 581 de 2000-, así como las normas sobre la sensibilización, el observatorio de género -Ley 1009 de 2006-, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres – Ley 1257 de 2008-, la amplitud de las semanas de licencia maternidad -Ley 1822 de 2017- o la tipificación del delito de feminicidio -La Ley 1761 de 2015-, entre otras.

iv) Por último, en torno a la igualdad de oportunidades dispuesta por el artículo 43 de la Constitución Política, la Corte ha reafirmado que la “a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

262. Frente al cargo que censura la diferencia de trato entre parejas homosexuales y homoparentales, igualmente por vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, la Corte concluyó que no se configura cosa juzgada, por ser distintos, al basarse en sujetos diferentes. En providencia C-152 de 1994, se estudió la igualdad entre hombres y mujeres a la hora de registrar sus hijos e hijas; mientras que, en la actualidad, el ciudadano cuestionó el trato dispar entre las parejas homoafectivas y heterosexuales.

263. A continuación la Sala Plena de la Corte fijó el problema jurídico en determinar si la expresión “seguido del” contenida en el Artículo 1 de la Ley 54 de 1989 y que dispone que

al momento de inscribir en el registro de nacimiento el nombre de un niño o una niña, se fijará primero el primer apellido paterno, y luego el primer apellido materno implica, a la luz de la cláusula de igualdad, establecida en los artículos 13 y 43 de la Constitución Política y en lo previsto en el artículo 2 de la CEDAW, en cuanto integra el bloque de constitucionalidad, un trato discriminatorio entre, las mujeres y los hombres, las madres y los padres, y entre la parejas homoparentales y las parejas heterosexuales.

264. La Sala precisó que el mandato de optimización de la igualdad es un principio y valor fundante en el Estado Social de Derecho que pretende superar las diferencias estructurales injustificadas que existen en una sociedad en distintos ámbitos de vulneración constitucional. Sobre esa base analiza que la familia es el primer espacio de socialización y de asimilación de las primeras reglas sociales y que a la mujer se le ha relegado en ese espacio privado, a partir de prejuicios culturales y con base en una supuesta disposición “natural” para el cuidado, y la crianza de los niños y niñas, que fijaron el papel predominante de los hombres al interior de la familia. Especialmente, y a efectos de esta decisión, cómo aquellos se trasladan a la familia y generan un espacio de dominación en los que se naturalizan como propios los privilegios de los hombres y se enervan los derechos desde lo femenino. Tal realidad es la que debe ser transformada y por ello existen en la actualidad instrumentos jurídicos que reconocen dichas circunstancias y comprometen por tanto a los Estados a la proscripción de la discriminación por razón del género, a través de estereotipos en proceso de superación.

265. Señaló que la regulación que impone a los padres registrar a sus hijos con el apellido paterno en primer lugar y el materno en segundo lugar debe ser modificada, porque es el resultado de una costumbre, que se justifica en la tradición. Recordó que, en distintos países, como Argentina, Brasil, España, Francia, Italia, México y Portugal, han considerado acertado regular la materia y permitir que los padres escojan el orden de los apellidos de los hijos.

266. En el caso concreto y en aplicación de un test estricto de igualdad, la Sala Plena concluyó que el trato diferente entre destinatarios iguales que propone el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 es inconstitucional, toda vez que carece de justificación priorizar el apellido del hombre sobre el de la mujer a la hora de inscribir a sus hijos e hijas en el registro civil. Esa irrazonabilidad de tratamiento disímil se sustenta en que la finalidad de la medida

establecida para lograr la certeza y la seguridad jurídica en el registro civil de los hijos e hijas desatiende el principio de necesidad. Lo anterior, en razón de que existen otras alternativas que no entrañan una discriminación y que garantizan los fines buscados por el legislador, por ejemplo precisar que todos los hijos de una pareja posean el mismo orden de los apellidos. Además, ese trato dispar se fundamenta en estereotipos y prejuicios del rol disminuido que deberían jugar las mujeres en la familia, representación a todas luces contraria a la Constitución de 1991 y su visión de igualdad sustantiva.

267. La Sala Plena encuentra que, conforme con la Constitución Política, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas De Discriminación contra la Mujer -CEDAW- y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Para, el Estado debe remover esos estereotipos, a partir de parámetros de constitucionalidad que corren en los artículos 13 y 43 de la Constitución, como también en el bloque de constitucionalidad, como aquí sea explicado en las Sentencias C-355 de 2006, C-776 de 2010, C-586 de 2016, C-659 de 2016, entre otras. El juez constitucional tiene vedado avalar visiones que se funden simplemente en la tradición y en estereotipos, porque en el pasado se haya podido invisibilizar prácticas discriminatorias que aparejan tratos desiguales injustificados, entre otros, en relación con las mujeres. Se trata de eliminar las barreras y las prácticas sociales que impiden la realización o reconocimiento de las mujeres.

268. Finalmente, la Corte adoptó una modulación de la norma declarando inexecutable la expresión “seguido del”, pero la difirió a dos legislaturas, hasta el 20 de junio de 2022 para que el Congreso de la República adapte la legislación a la Constitución Política. Si no la expidiera dentro del término establecido en el numeral anterior, y mientras no lo haga, deberá entenderse que el padre y la madre de común acuerdo, podrán decidir el orden de los apellidos de sus hijos. Si no hay acuerdo entre los padres, se resolverá por sorteo realizado por la autoridad competente para asentar el registro civil.

VII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “seguido del” contenido en el artículo 1° de la Ley 54 de 1989.

Segundo. DIFERIR los efectos de esta decisión por el término de dos legislaturas subsiguientes a la notificación de la presente sentencia, esto es, hasta aquella que culmina en sesiones ordinarias el 20 de junio de 2022 para que el Congreso de la República adapte la legislación a la Constitución Política.

Tercero. Si el Congreso de la República no expide la regulación de reemplazo dentro del término establecido en el numeral anterior, y mientras no lo haga, deberá entenderse que el padre y la madre de común acuerdo, podrán decidir el orden de los apellidos de sus hijos. Si no hay acuerdo entre los padres, se resolverá por sorteo realizado por la autoridad competente para asentar el registro civil.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

(Con salvamento de voto)

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

(Con aclaración de voto)

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHELSINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

(Con aclaración de voto)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-519/19

Expediente: D-12261

Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. En particular, me aparto del análisis de la mayoría para enervar los efectos de cosa juzgada de la sentencia

C-152 de 1994 en relación con la norma demandada. En dicho análisis, la Sala Plena concluyó que, entre 1994 y 2019, cambió “el significado material de la Constitución”, lo que permitía que esta Corte se pronunciara de fondo en relación con la demanda de la referencia. Al respecto, considero que (i) esta conclusión se fundó en una aplicación injustificada de la doctrina de la Constitución viviente y (ii) en lugar de aplicar esta doctrina, la Corte ha debido ponderar, en el caso concreto, la afectación del principio de cosa juzgada en relación con la afectación del principio de igualdad.

2. Primero, la decisión de enervar los efectos de cosa juzgada de la sentencia C-152 de 1994 se fundó en una aplicación injustificada de la doctrina de la Constitución viviente. Esto es así por tres razones, a saber: (i) difícilmente se puede sostener, como lo consideró la mayoría, que el alcance y los mandatos que se derivan del principio de igualdad registraron, entre 1994 y 2019, un cambio en su “significado material”; (ii) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), considerada por la Sala Plena como instrumento que incorpora el “cambio en el significado” del parámetro de constitucionalidad, fue aprobada mediante la Ley 51 de 1981, por lo que se encontraba vigente y era vinculante para el año 1994 y, por último, (iii) el auge y el protagonismo de los movimientos sociales, así como el posicionamiento de ciertas agendas públicas, no implica per se un cambio en el significado de la Constitución.

3. Segundo, en relación con los efectos de la sentencia C-152 de 1994, la Sala Plena ha debido ponderar, en el caso concreto, la afectación del principio de cosa juzgada en relación con la afectación del principio de igualdad. A mi juicio, en esta ponderación, la mayoría ha debido tener en cuenta que, además de identidad de cargo y de contenido normativo cuestionado, el análisis de cosa juzgada implica verificar la identidad del problema jurídico de control de constitucionalidad resuelto en el pasado de cara al caso sub examine. Con este análisis, la Sala Plena hubiere identificado que, en la sentencia C-152 de 1994, la Corte no se formuló -y, por tanto, no resolvió- un auténtico problema jurídico de igualdad en relación con la norma. Por esta razón, en un ejercicio de ponderación, habría debido concluirse que enervar los efectos de cosa juzgada de dicha decisión implicaría una afectación leve de este principio, mientras que, por el contrario, no hacerlo daría lugar a que la Corte se abstuviera de someter a escrutinio una norma que implicaba una afectación intensa del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

4. En tales términos, considero que este último argumento ha debido ser el fundamento para enervar los efectos de cosa juzgada de la sentencia C-152 de 1994.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Folios 13 a 19.

[2] Folios 21 a 35.

[3] Folios 37 a 47

[4] Folio 107 a 112 del Cuaderno Principal de la Corte.

[5] Folio 111 del Cuaderno Principal de la Corte.

[6] Folios 186-189 del Cuaderno Principal de la Corte.

[7] Folio 84 a 106 del Cuaderno Principal de la Corte.

[8] Folio 90 del Cuaderno Principal de la Corte.

[9] Folio 90 del Cuaderno Principal de la Corte

[10] Folio 92 del Cuaderno Principal de la Corte.

[11] Folio 208-217 del Cuaderno Principal de la Corte.

[12] Folio 211 del Cuaderno Principal de la Corte.

[13] Folio 210 del Cuaderno Principal de la Corte.

[14] Folio 125 del Cuaderno Principal de la Corte.

[15] Folio 125 del Cuaderno Principal de la Corte.

[16] Folio 128 del Cuaderno Principal de la Corte.

[17] Folios 201-207 del Cuaderno Principal de la Corte.

[18] Folio 205 del Cuaderno Principal de la Corte.

[19] Folio 76 del Cuaderno Principal de la Corte.

[21] Folio 79 del Cuaderno Principal de la Corte.

[22] Folio 114 a 120 del Cuaderno Principal de la Corte.

[23] Folio 116 del Cuaderno Principal de la Corte.

[24] Folio 192-196 del Cuaderno Principal de la Corte.

[25] Folio 197-200 del Cuaderno Principal de la Corte.

[26] Folio 197 del Cuaderno principal de la Corte.

[27] Folio 253-259 del Cuaderno Principal de la Corte.

[28] Folio 81-83 del Cuaderno Principal de la Corte.

[29] Folio 218-251 del Cuaderno Principal de la Corte.

[30] Folio 220 del Cuaderno Principal de la Corte.

[31] Precisaron que la modificación del nombre se encuentra regulada por el Decreto Ley 999 de 1988 y por Código General del Proceso, Artículos 18.6 y 577.11.

[32] Folio 225 del Cuaderno Principal de la Corte.

[33] En este acápite, se reiterarán las consideraciones expuestas en las Sentencias C-352 de 2017, C-287 de 2017, C-516 de 2016, C-007 de 2016, C- 674 de 2015, C-164 de 2005, C-572 de 2014, C-554 de 2014, C-287 de 2014, C-255 de 2014, C-178 de 2014, C-538 de 2016.

[34] Sentencia C-774 de 2001. También en ese sentido véanse las sentencias C-030 de 2003, C-1122 de 2004, C-990 de 2004, C-533 de 2005, C-211 de 2007, C-393 de 2011, C-468 de 2011, C-197 de 2013, C-334 de 2013 y C-532 de 2013.

[35] Sentencia C-538 de 2012.

[36] Sentencia C-538 de 2012.

[37] Sentencia C-007 de 2016.

[38] En Sentencias C-259 de 2008 y C-211 de 2003, la Corte al recordar la sentencia C-310 de 2002, precisó que el efecto de la cosa juzgada material depende de si la norma es declarada inexecutable o executable.

[39] Al respecto se pueden ver la sentencia C-245 de 2009, en el que se sostuvo que: “el principio de cosa juzgada constitucional absoluta cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones de inexecutable, por cuanto en estos casos las normas analizadas y encontradas contrarias a la Carta Política son expulsadas del ordenamiento jurídico, no pudiendo sobre ellas volver a presentarse demanda de inconstitucionalidad o ser objeto de nueva discusión o debate. Lo anterior, máxime si se trata de una declaración de inexecutable de la totalidad del precepto demandado o de la totalidad de los preceptos contenidos en una ley. En tales casos, independientemente de los cargos, razones y motivos que hayan llevado a su declaración de inconstitucionalidad, no es posible emprender un nuevo análisis por cuanto tales normas han dejado de existir en el mundo jurídico.” En esa misma dirección se encuentran, por ejemplo, las sentencias C-255 de 2014 y C-007 de 2016.

[40] Sentencias C-007 de 2016, C-674 de 2015, C-164 de 2015, C-572 de 2014, C-255 de 2014 y C-538 de 2012.

[41] Sobre el particular la sentencia C-148 de 2015 explicó que la cosa juzgada material se produce “cuando existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo, de manera tal que frente a una de ellas existe ya un juicio de constitucionalidad por parte de este Tribunal.”

[42] La Sentencia C-073 de 2014 advirtió que: “[en la] juzgada material, cuando

previamente una disposición con idéntico contenido normativo ha sido declarada exequible o exequible de forma condicionada por la Corte. En estos casos, al tener una proposición jurídica que con anterioridad ha sido encontrada acorde con la Constitución, este Tribunal debe proceder a declarar la existencia de la cosa juzgada material en relación con la norma o regla de derecho, sin excluir el deber ineludible de pronunciarse sobre exequibilidad de la disposición o el texto legal que la contiene, como lo dispone el artículo 241 del Texto Superior, sin que, para tal efecto, se realice un nuevo juicio de constitucionalidad, pues al estarse a lo resuelto en una decisión anterior, como efecto propio de la cosa juzgada, no existiría –como ya se dijo– un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad sobre el contenido normativo que, con anterioridad, fue avalado por la Corte”.

[43] Sentencia C-1024 de 2004.

[44] Sobre el alcance y significado de la cosa juzgada material y formal, de un lado, y absoluta y relativa, de otro, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias C-774 de 2001, C-004 de 2003, C-039 de 2003, C-469 de 2008, C-1122 de 2004 y C-310 de 2002.

[45] Sentencia C-492 de 2008.

[46] En ese sentido se encuentran, entre muchas otras, las sentencias C-478 de 1998, C-310 de 2002, C-469 de 2008, C-600 de 2010, C-912 de 2013 y C-148 de 2015.

[47] Sentencia C-007 de 2016.

[48] Ibídem.

[49] Esta definición de constitución viviente ha sido reconocida en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional. Entre ellos se encuentran, las sentencias C-332 de 2013, C-166 de 2014 y C-687 de 2014.

[50] En Sentencia C-570 de 2013, la Corte precisó que “una transformación del entorno puede poner en evidencia la necesidad de que el juez modifique su interpretación de los principios constitucionales”.

[51] Cfr. Sentencia C-200 de 2019.

[52] Sobre este aspecto, en la sentencia C-152 de 1994 se dijo expresamente: No son necesarias complicadas lucubraciones para entender por qué esta disposición era contraria a los usos sociales del país en materia de apellidos. Bien sabido es que tradicionalmente los hijos legítimos han llevado el primer apellido del padre, seguido del primero de la madre. Y los hijos naturales reconocidos, o con paternidad judicialmente declarada, han llevado también el apellido del padre seguido del de la madre. ¿Por qué? Porque el tener un solo apellido se ha considerado degradante, o señal de un origen familiar inferior. En España primero, y luego entre nosotros, la bastardía fue señal de infamia, que daba lugar a un tratamiento injusto.

Pese al artículo 53 transcrito, la gente, en la medida de lo posible, siguió usando dos apellidos.

Lo anterior explica por qué se dictó la ley 54 de 1989: para ajustarse a los usos sociales. La ley en este caso no podía contradecir una práctica ancestral.

¿Cuál es el fin de la ley 54 de 1989? Que todos los inscritos en el registro de nacimiento, tengan dos apellidos. Esto, en cuanto a las inscripciones hechas a partir de su vigencia.

Pero, para conseguir que nadie, en lo posible, fuera discriminado por esta razón, el párrafo del artículo primero facultó a las personas que al entrar en vigencia la ley estuvieran inscritas con un solo apellido, para “adicionar su nombre con un segundo apellido”, en la oportunidad y mediante el procedimiento señalado en el artículo 6, inciso primero, del decreto 999 de 1988.

[53] Sentencias T-590 de 2017, T-145 de 2017, T- 012 de 2016. T- 878 de 2014.

[54] El crecimiento del espectro de protección ha llevado a que el legislador expida una serie de leyes que intentan romper las barreras históricas que generan inequidad entre el hombre y la mujer. Por ejemplo, la ley de cuotas en el acceso a cargos en el sector público-Ley 581 de 2000-, las normas sobre la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres -Ley 1257 de 2008-, la amplitud de las semanas de licencia maternidad -Ley 1822 de 2017- o la tipificación del delito de feminicidio -La Ley 1761 de 2015-, entre otras medidas.

[55] Para el CoCEDAW, el cumplimiento de esa obligación sólo se logra con una concepción sustantiva de la igualdad, tal como se indicó en la Recomendación General No 25 del 2004.

[56] Sentencia C-327 de 2016. Ese criterio interpretativo es relevante para que la Corte Constitucional establezca el alcance de los derechos reconocidos en la Constitución, al pertenecer al bloque de constitucionalidad en lato sensu – Inciso 2 art. 93 CP.

[57] Sentencia C-622 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara. AV Alejandro Martínez Caballero.

[58] Dicha sentencia se remite a otras que, previamente, habían abordado el rol asignado a las mujeres históricamente y las dificultades en el pleno ejercicio de sus derechos y libertades. Así se traen a colación los contenidos de las decisiones C-410 de 1994 (MP Carlos Gaviria Díaz) en la que se discurió en extenso sobre las múltiples discriminaciones que padecen las mujeres, en el ámbito civil y laboral así como las sentencias T-326 de 1995 y T-026 de 1996 en las que se estudian los efectos de la discriminación contra las mujeres en el acceso al trabajo.

[59] MP Carlos Gaviria Díaz.

[60] MP Carlos Gaviria Díaz.

[61] Así en la Sentencia C-540 de 2008 MP Humberto Sierra Porto se señala que “la protección reforzada derivada de discriminaciones inversas o positivas para su favorecimiento, surge principalmente de una condición histórica marginal innegable, y de la verificación, mediante los datos que ha presentado esta Corporación, de que dicha situación ha mejorado pero no se ha superado”.

[62] Frente a los argumentos opuestos según los cuales dichas normas dificultarían el acceso al mercado de trabajo, la Corte fue enfática al decir “el argumento según el cual la protección reforzada de las mujeres en el campo laboral, representa para ellas la apatía del mercado laboral, pues las medidas de protección significan cargas adicionales y excesivas para los participantes y responsables de dicho mercado ... implicaría aceptar que los derechos y su protección, logrados a lo largo de la historia, admiten retrocesos según las

circunstancias. Así, se admitiría retroceder sobre la justificación de las acciones afirmativas laborales en favor de las mujeres, so pretexto de la tendencia por crear condiciones igualitarias para ellas en relación con los hombres en dicho campo, y porque pueden incidir de una u otra manera en el comportamiento de los agentes del mercado laboral. La Corte encuentra que, si ello fuera posible, también lo sería retroceder en asuntos como la prohibición de la esclavitud, si se llegasen a presentar razones o circunstancias que pretendieran justificarla”.

[63] Pueden consultarse, por su relevancia, entre otras, las sentencias T-624 de 2005 MP Álvaro Tafur Vargas; T-152 de 2007 MP Rodrigo Escobar Gil; T-697 de 2016.

[64] Por ejemplo, los Autos 092 y 237 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-049 de 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra; T-045 de 2010 MP María Victoria Calle Correa; Auto 098 de 2013 MP Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-754 de 2015 MP Gloria Stella Ortiz Delgado; Auto 737 de 2017 MP Gloria Stella Ortiz Delgado. En el primero de tales Autos así quedó explícito: “... en el ámbito de la prevención del desplazamiento forzoso y al identificar los riesgos de género en el conflicto armado colombiano, la Corte hace hincapié en el riesgo de violencia sexual, constatando la gravedad y generalización de la situación de que se ha puesto de presente por diversas vías procesales ante esta Corporación en este sentido, mediante informaciones reiteradas, coherentes y consistentes presentadas por las víctimas o por organizaciones que promueven sus derechos; y explica que los relatos de episodios de violencia sexual contra mujeres sobre los que ha sido alertada incluyen, según informaciones fácticas detalladas que se reseñan en el acápite correspondiente, (a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura -tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados-, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley; (b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliares reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados,

(iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad; (c) la violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades; (d) la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley, violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual; (e) el sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual; (f) actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional; (g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (h) casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o (i) amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes.

[65] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[66] MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[67] Sobre violencia económica en la jurisprudencia constitucional pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-012 de 2016 MP Luis Ernesto Vargas Silva; T-093 de 2019 MP Alberto Rojas Ríos

[69] Sentencia C-372 de 1998 MP Fabio Morón Díaz.

[70] Sentencias C-967 de 2003 MP Marco Gerardo Monroy Cabra; C-310 de 2007 MP Nilson Pinilla Pinilla; C-871 de 2014 MP María Victoria Calle Correa; C-028 de 2019 MP Alberto Rojas Ríos. También en decisiones de tutela pueden verse las sentencias SU-062 de 1999 MP Vladimiro Naranjo Mesa; T-343 de 2016 MP María Victoria Calle Correa; T-722 de 2017 MP Antonio José Lizarazo Ocampo.

[71] MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[72] Cfr. Sentencia T-012 de 2016 MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[73] MP María Victoria Calle Correa.

[74] MP Alberto Rojas Ríos.

[75] MP Antonio José Lizarazo Ocampo.

[76] MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[77] MP Cristina Pardo Schlesinger.

[78] MP Alberto Rojas Ríos.

[79] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

[80] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

[81] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcedaw.aspx>

[82] <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>

[83] <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>

[84] <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2631.pdf?view=1>

[85] También existen otros instrumentos jurídicamente relevantes en la defensa y protección de las mujeres, entre ellos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la

Trata de personas especialmente mujeres y niños. Organización de las Naciones Unidas –ONU- del año 2000, que fue ratificada por Colombia a través de la Ley 800 del 2000; la Resolución 1889 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2009); la Resolución 66/130. Organización de las Naciones Unidas –ONU- (2011); Resolución 2122 de la Organización de las Naciones Unidas –ONU- (2013).

[86] MP Jaime Araujo Rentería.

[87] MP Alberto Rojas Ríos. Al estudiar el contenido del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo se toma como parámetro de control el artículo 2 de la CEDAW.

[88] MP Alberto Rojas Ríos.

[89] Define los criterios de equidad de géneros en la adjudicación de las tierras baldías, vivienda rural, proyectos productivos.

[90] Por el cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

[91] Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, con énfasis en mujeres.

[92] Incrementa las penas para los delitos fundados en intolerancia o discriminación por razón del sexo, entre otras.

[93] Esta Ley modifica la 294 de 1996 y dispone: “Artículo 4o. Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al Comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de éste al Juez Civil Municipal o promiscuo municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente”.

[94] Adopta medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad, mediante el establecimiento de normas de carácter preventivo y sancionatorio, y la expedición de otras disposiciones en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

[95] Determina con enfoque de género las competencias del sector Salud respecto al abuso sexual de niños, niñas y adolescentes.

[96] Crea normas para garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

[97] Define la atención integral en salud para las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno. Considera víctimas de violencia a los niños y niñas nacidos como resultado de violencia sexual en el marco del conflicto armado.

[98] Elimina el carácter de querellable y desistible de los delitos de violencia intrafamiliar.

[99] Define medidas de protección a las víctimas de crímenes con ácido.

[100] Crea el tipo penal de feminicidio. Dispone de mecanismos de protección y asistencia técnico legal para las mujeres víctimas de violencia de género. Incorpora perspectiva de género en la educación. Adopta el Sistema Nacional de Estadísticas sobre violencia de género.

[101] La ley se propone mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural.

[102] En la metodología de este fallo se opta por utilizar la acepción hijas o hijos de manera indistinta y entendiendo que comprende en cualquiera de los eventos a unos y a otras, como un ejercicio de lenguaje neutro. Esto como un elemento de integración de lenguaje de género.

[103] Sentencia C-811 de 2014 MP Mauricio González Cuervo.

[104] Sentencia C-862 de 2008 MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[105] Ibídem. pp, 507 a 509. En el mismo sentido ver Sentencia C-229 de 2011 MP Luis

Ernesto Vargas Silva. “El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes. Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática”

[106] Ver Sentencia C-220 de 2017 (M.P. Antonio Cepeda Amaris, AV. Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, Antonio José Lizarazo Ocampo, S.V. María Victoria Calle Correa.), C-176 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos, SV. Luis Guillermo Guerrero, María Victoria Calle Correa, Antonio José Lizarazo, A.V. Gloria Stella Ortiz Delgado, Alejandro Linares Cantillo), C-115 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo S.V. Alberto Rojas Ríos) y C-568 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

[107]Saba, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? (Derecho y Política) (Spanish Edition). Siglo XXI Editores. Edición de Kindle.

[109] En esta decisión, la Corte reseñó las providencias en que aplicó el test guiado por niveles, por ejemplo, C-445 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-563 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-183 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández). Además, formuló la primera explicación sobre el juicio integrado de igualdad.

[110] Sentencia C-368 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos. SV. Luis Guillermo Guerrero, Nilson Pinilla, A.V. Jorge Pretelt Chaljub) y C- 385 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos. A.V. María Victoria Calle y Mauricio González Cuervo)

[111]Sentencias C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-862 de 2008 (M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-015 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[112] Sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[113] Sentencia C-445 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[114] Opcit, Guastini Ricardo, otras distinciones, pp 516 – 518. En el mismo sentido Sentencia C-989 de 2006 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

[115] Sentencia C-932 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy. A.V. Jaime Araujo Rentería) estableció que “por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades”. Frente al desarrollo teórico de las acciones afirmativas se puede consultar: Tushnet, Mark. “The New Constitutional Order”. Princeton University Press. Princeton, 2004. Un tratamiento sistemático del tema puede verse en: Las estrategias de la Igualdad, la discriminación inversa como medio de promover la igualdad, por Macario Alemany, en Isonomía No. 11, octubre de 1999, Universidad de Alicante, España.

[116] Sentencia C-445 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[117] Sentencia C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa A.V. Álvaro Tafur Galvis y Jaime Araujo Rentería).

[118] En varias sentencias, esta Corporación ha considerado que los elementos señalados en el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) son también criterios sospechosos de discriminación. SU-617 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio. S.V. María Victoria Calle, Jorge Ignacio Pretelt y Martha Victoria Sáchica); C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A.V. Juan Carlos Henao, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla, y Luis Ernesto Vargas Silva A.V. y SVP. María Victoria Calle Correa) o C-075 de 2007 (M.P.

Rodrigo Escobar Gil. A.V. Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, S.V Jaime Araujo Rentería)

[119] Sentencia C-112 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero A.V Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo).

[120] Araceli González, “Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana,” en https://ddd.uab.cat/pub/papers/papers_a2013m7-9v98n3/papers_a2013m7-9v98n3p489.pdf

[121] Ibídem

[122] Susan Estrich, *Real Rape*, Cambridge: Harvard University Press, 1987.

[123] Esta Corporación ha considerado que son relevantes los siguientes instrumentos internacionales: i) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en los artículos 3 y 26, el principio general de prohibición de discriminación por sexo, así como el mandato de igualdad entre hombres y mujeres; ii) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en los artículos 2 y 3 establece la regla de garantía para el goce y ejercicio de tales derechos, sin discriminación por sexo; iii) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, que señala la protección contra toda forma de discriminación; iv) El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, suscrito en 1958, que en el artículo 1 trae una definición de discriminación y en el artículo 3 obliga a los Estados miembros a eliminarla mediante políticas públicas y normas de carácter nacional; v) La Declaración sobre la abolición de toda forma de discriminación sobre la mujer, proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967; vi) La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Organización de las Naciones Unidas; y vii) Del 4 al 15 de septiembre de 1995 se reunió en Beijing la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, que contiene un documento que establece un plan de acción alrededor de los derechos de las mujeres. A nivel regional de protección se encuentran los siguientes instrumentos: i) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969,

especialmente lo previsto artículos 1 Obligación de respetar los derechos, y 24, Igualdad ante la ley, que prohíben toda forma de discriminación por sexo; ii) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado en San Salvador en noviembre de 1988, especialmente el artículo 3 Obligación de No discriminación, que debe ser leído en armonía con el literal a) del numeral 3 del artículo 15, Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.; y iii) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada “Convención de Belém do Pará”, adoptada en dicha ciudad el 9 de junio de 1994, especialmente en lo dispuesto en los numerales f) y j) del artículo 4, que establecen el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas; y una norma muy importante, el artículo 6 que prohíbe el trato discriminado en contra de las mujeres.

Ver entre muchas las Sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz. A.V. Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez caballero), Sentencia C-534 de 2005 (M.P. Humberto Sierra Porto, S.V.P. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis) Sentencia C-335 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt), T-386 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-967 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), C-297 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[124] Su artículo 3 señala “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

[125] En igual sentido el artículo 6 de “Belem do Para” señala que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia e incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

[126] En Sentencia C-586 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos), esta Corporación explicó los niveles de protección de los derechos humanos: “La protección de los derechos humanos y dentro de estos, del derecho a la igualdad, es hoy un imperativo moral y jurídico que compromete la actividad de los Estados, de las Organizaciones y de las personas. Dentro de

esta perspectiva se cuenta hoy con los niveles y los sistemas de protección de los derechos humanos. Así se habla hoy de cuatro niveles de protección de los derechos humanos (subnacional, nacional internacional y supranacional), y de dos sistemas de protección de los derechos humanos, como son el sistema interno de protección, y el sistema internacional de protección, el que a su vez se divide en (i) el sistema universal de protección y (ii) los sistemas regionales de protección, entre los que se cuenta el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, respecto del cual Colombia es Estado parte, habiendo aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985.”

[127] Sentencia C-539 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva A.V. Alberto Rojas Ríos, y Alejandro Linares Cantillo).

[128] Sentencia C-297 de 2016, consideración jurídica No. 32. En este fallo la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 17 de 2015 Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely), que creó el artículo 104 A del Código Penal, tipificando el delito de feminicidio.

[129] Butler, Judith. El Género en Disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. Editorial Paidós. 2007

[130] Disciplinas como la antropología, la historia, la sociología etc., han señalado que la categoría “género” es una herramienta esencial para analizar las relaciones entre las personas, pues evidencia que, en muchas ocasiones, se naturaliza o se pierde de vista que responsabilidades, identidades, jerarquías, son adscritas con base a elementos fisiológicos (los genitales).

[131] Durante siglos los primeros códigos penales del mundo sancionaban la sodomía y la homosexualidad. En igual sentido castigaban conductas como la poligamia, el incumplimiento de la promesa de matrimonio (estupro).

[132] Para el efecto puede consultarse, entre otras el texto del Profesor Guillermo Correa Montoya, Raros: Historial cultural de la homosexualidad en Medellín, 1890-1980 <http://bdigital.unal.edu.co/50960/1/71394345.2015.pdf>

[133] La Declaración de Sentimientos de Seneca Falls de 1848 adoptado en Nueva York, Estados Unidos, fue el documento resultante del primer congreso norteamericano sobre derechos de las mujeres, y es uno de los primeros documentos que contienen las reivindicaciones de los primeros movimientos sociales de mujeres. En él se denuncia que el contrato de matrimonio “le exige obediencia al marido, convirtiéndose éste, a todos los efectos, en su amo, ya que la ley le reconoce el derecho de privarla de libertad y someterla a castigo”. En el mismo sentido acusa que se han “dispuesto las leyes del divorcio de tal manera que no se tiene en cuenta la felicidad de la mujer, tanto a sus razones verdaderas, y, en caso de separación, respecto a la designación de quién debe ejercer la custodia de los hijos, como en que la ley supone, en todos los casos, la supremacía del hombre y deja el poder en sus manos” Cfr. Sánchez Muñoz, Cristina. *Feminismos, Debates Teóricos Contemporáneos*. Segunda Edición, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pág. 43

[134] Lina Fernanda Buchely Ibarra. Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:O1vHb2yb8swJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157139.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=us>

[135] Fernández Pérez, Enrique Antonio. El nombre y los apellidos. Su regulación en derecho Español y comparado. Universidad de Sevilla. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho. Pág. 12 y 122

[136] LINACERO DE LA FUENTE. El nombre y los apellidos. Tecnos. Madrid, 1992. p. 122.

[137] “Ley 2: Matris y munium son dos palabras del latín de que tomó nombre matrimonio, que quiere tanto decir en romance como oficio de madre. Y la razón de por qué llaman matrimonio al casamiento y no patrimonio es esta: porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que no el padre, pues comoquiera que el padre los engendre, la madre sufre gran embargo con ellos mientras que los trae en el vientre, y sufre muy grandes dolores cuando ha de parir y después que son nacidos, lleva muy grandes trabajos en criarlos ella por sí misma, y además de esto, porque los hijos, mientras que son pequeños, más necesitan la ayuda de la madre que del padre. Y porque todas estas razones sobredichas caen a la madre hacer y no al padre, por ello es llamado matrimonio y no patrimonio.” Cuarta Partida.

[138] En relación con la condición de ilegítimo, debe señalarse que, dentro de la misma política de rigidez moral, pero laxitud social, la cédula de “medios” de 1654 no solo autorizó a comprar el indulto de los delitos, la legitimación de hijos naturales y la prórroga de una vida a los encomenderos, sino que incrementó el número y calidad de oficios vendibles que llegó hasta los mismos de la hacienda (plazas en propiedad a contadores de cuentas y oficiales reales)” Lucena, Manuel. Pág. 393

[139] En la sentencia T-201 de 2016, (M.P. Alberto Rojas Ríos) la Corte explicó: “En el caso de las provincias del Imperio Español, la administración de la metrópoli organizó la sociedad con base en criterios raciales, estableciendo en la cúspide de la sociedad colonial a súbditos de ascendencia europea; en la mitad se ubicaron individuos mestizos o “criollos”, es decir, aquellos que tenían antecesores europeos y americanos; finalmente, en la base, y por ello, condenados a las más duras labores, se ubicaron las poblaciones indígenas prehispánicas y las comunidades afro-descendientes[139]. Durante más de tres siglos, el criterio que ordenó la sociedad colonial fue la raza o la adscripción étnica de un individuo a una comunidad. La ideología racista de la colonialidad disponía que el ascenso y posición social dependían de la cercanía consanguínea a ancestros europeos.”

[140] Las primeras leyes coloniales buscaron que los castellanos y los indígenas estuvieran separados geográficamente, y en esa medida, no convivieran durante largos periodos de tiempo. Por ello se denominaban “republica de indios” a los recogimientos rurales de indígenas, y “repúblicas de españoles” a las villas y espacios urbanos. Cfr.

[141] Cfr. Twinam Ann. Vidas Públicas, Secretos privados, género, honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanidad colonial. Primera edición 2009.

[142] En la Roma antigua, se colocaba el nombre a los ciudadanos notables, como Rómulo fundador de la ciudad y su primer rey. En esta civilización, comenzaron a acompañarse esa referencia con los vocablos que identificaban a la familia. En el caso de las mujeres, se les colocaba el nombre de su familia, empero en forma femenina y cuando se casaban esa referencia se complementaba con el nomen de su esposo. Las familias que no constituían una gens, se usaba el nombre del padre, el lugar de procedencia, el apodo, el oficio o las características personales.

En el medioevo, surgieron de nuevo los nombres individuales para renacer en el Siglo XI el

uso de los apellidos o nombre de familia. Así, éste comenzó a emplearse para crear mayor concreción en la identificación del individuo con el fin de facilitar los negocios y actos jurídicos, como donaciones, concesiones y compras. En principio, sólo los nobles y el clero realizaban esos actos, empero con el paso del tiempo, esa práctica se extendió a los artesanos comerciantes y al pueblo. En ese contexto se hizo popular el uso de los apellidos o nombre de familia, el cuál seguía siendo voluntad del individuo. Sin embargo, de las prácticas sociales pueden encontrarse cuatro tipos apellidos, a saber: i) los que referenciaban al padre del sujeto. Estos implicaban agregar ciertas terminaciones al nombre del progenitor, que variaban de la lengua en donde se producía el hecho, castellano (ez - González), portugués (es- Lopes), Escandinavo (sen-Andersen), ingles (son-Jameson) etc; ii) los que se definían por la ocupación del individuo, por ejemplo Labrador, Zapatero o Herrero; iii) los apellidos que utilizaron los lugares de nacimiento de las personas (por ejemplo Navarro), la ubicación de la vivienda del individuo (Ríos, o de la Cueva), o las característica de la persona (Delgado, Valiente o Chaparro); y iv) los nombres de familia que referenciaban a la falta de filiación (Expósito), o los que tenían connotaciones religiosas (Santa María). Véase la tesis “El nombre y los apellidos. Su regulación en el derecho español y en el comparado”. Enrique Antonio Fernández Pérez. Universidad de Sevilla <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/32106/TESIS%20definitiva.pdf;sequence=1>

[143] Pág. 54

[144] Por ello, durante el siglo XIX y XX del periodo republicano, se constata que en múltiples regiones del país, y en diferentes sectores sociales se produjo el fenómeno del “madresolterismo”, esto es, ante la ausencia de un padre responsable que no participa de la crianza de los menores, y por tanto no concurre al levantamiento del registro civil de un niño o niña, razón por la cual, es registrado solo con el primer apellido materno, la madre debían asumir los roles de proveeduría y cuidado, y ser cabeza de familia. Según la autora citada, “el madre-solterismo” sirve como síntoma y como causa de varios procesos sociales.

[145] Sentencia C-152 de 1994 (M.P. Jorge Arando Mejía, S.V.C Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero)

[146] *Ibíd.*

[147] Ordás Alonso, Marta. Imposición al menor del apellido paterno: Igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor. En *Revista de Derecho Privado y Constitución* Núm. 28, enero-diciembre 2014. Pág. 47-92

[149] LINACERO DE LA FUENTE. “El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El art. 49 de la nueva Ley del Registro Civil”, en *Actualidad Civil*, Nº 15-16. Septiembre 2012, p. 1621.

[150] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cusan et Fazzo c. Italie*. Sentencia de 7 de enero de 2014. párr. 55.

[151] T-594 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

[152] “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

[153] “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o a uno de ellos..”.

[154] Artículo 3 del Decreto Ley 1260 de 1970.

[155] La Corte Constitucional ha señalado que la inscripción de las personas en el registro civil es (i) “un derecho del niño, indispensable para el reconocimiento de su personalidad jurídica”, [155] (ii) un trámite mediante el cual se “adquiere oficialmente [uno] de los atributos esenciales de la personalidad: el nombre”, [155] así como (iii) “es un procedimiento que sirve para establecer, probar, y publicar todo lo relacionado con el estado civil de las personas, desde su nacimiento hasta su muerte” Sentencias T-090 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-963 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-623 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

[156] “Artículo 7.1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.” El artículo 8 “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la

nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

[157] Sentencias T-090 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-277 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1033 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-077 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[158] Reiterando la T-963 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[159] Continuó la providencia: “Para tal fin, el interesado debe acudir ante un notario y elevar la correspondiente escritura pública en donde se consigna el cambio y se inscribe en el correspondiente registro civil. Igualmente, esta Corporación ha precisado que el notario encargado de elevar la escritura pública que contiene el cambio de nombre tiene una facultad circunscrita por la ley a dar fe de un hecho, sin que pueda exceder el ámbito de sus atribuciones.”

[160] “En ese sentido, por ejemplo como fue resaltado por diferentes intervinientes, los notarios podían aplicar por analogía la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil[160] y extender sus efectos a la solicitud de registro civil presentado por Antonio y Bassanio quiénes, como pareja legamente reconocida y cuya paternidad ya fue declarada por una autoridad competente en el extranjero, son sujetos de las reglas generales de los hijos concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho Estatuto. Así, aunque este Tribunal entiende la prudencia en la actuación de los funciones notariales ya que sus actuaciones deben observar estrictos límites legales y constitucionales, la Sala encuentra que existen posibilidades, dentro de su marco competencial, que podían brindar una solución oportuna que protegiera los derechos de los menores de edad a tener una familia y a preservar su interés superior. //Dicha presunción, resulta plenamente válida dentro de los límites formales propios de la función fedante ya que los notarios estarían aplicando una figura contemplada en la legislación colombiana cuyos alcances materiales y sustanciales incluyen plenamente un caso como el aquí revisado. Por lo tanto, no es necesario que el Legislador cree una figura específica para los casos del registro de hijos e hijas de parejas del mismo sexo ya que la legislación civil ofrece una salida práctica y

eficiente a cualquier duda hermenéutica que tengan los funcionarios notariales frente a los límites del registro civil. Por esta razón, y como se explicará con mayor detalle en la parte resolutive, se debe concluir que el formato actual de registro civil admite de plano la inscripción en el registro civil de menores de edad que formen parte de familias diversas.” (subrayado fuera del texto)

[161] Dichas autoridades insisten en un vacío nominal en el formato de registro pues las casillas destinadas a registrar el nombre de los progenitores o adoptantes de un menor de edad solo permiten identificar a un hombre y a una mujer.

[162] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[163] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[164] En la sentencia se señaló que: “El nombre no es inmutable. En efecto, el artículo acusado, que subrogó el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, establece que por una vez el propio inscrito y a fin de fijar su identidad personal, mediante escritura pública puede disponer la modificación del registro, con el propósito de sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre. A su vez, el Código General del Proceso prescribe como una competencia de los jueces civiles municipales en primera instancia (art. 18.6) y como una de las materias que se tramitan mediante el proceso de jurisdicción voluntaria (art. 577.11) la corrección, sustitución o adición de las partidas del estado civil o del nombre.

En el caso de los menores de edad, el artículo 2º del Decreto Ley 1555 de 1989 prescribe que sus representantes legales podrán cambiar el nombre de éstos ante notario, siguiendo para el efecto el mismo proceso que establece el artículo 6º del Decreto Ley 999 de 1988. Esta facultad no impide que cuando llegue a la mayoría de edad, el inscrito pueda por otra vez modificar su nombre. La posibilidad de que los padres adoptantes dispongan la modificación del prenombre o nombre de pila del hijo adoptivo depende, según lo tiene establecido el artículo 64 de la Ley 1098 de 2006, de que el niño sea menor de tres años, consienta en ello o el juez llegue a considerar justificado el cambio. En todo caso, sí serán modificados los apellidos de manera que correspondan con los de sus padres.

Si bien la modificación del nombre tiene efectos muy importantes, no implica la alteración del estado civil ni tampoco, por sí misma, la variación de la identidad sexual en el registro

-materia regulada actualmente en el Decreto 1227 de 2015 – ni la variación de la filiación de la persona. Sobre esto último y de tiempo atrás sostuvo la Corte Suprema de Justicia “que el cambio de nombre no conlleva la alteración de la filiación, pues la persona continúa con los mismos vínculos de parentesco de consanguinidad, afinidad y civil que tenía antes de efectuar la sustitución”.

[165] “Dicho derecho se asienta en el reconocimiento de un conjunto de cualidades biológicas, personales y vivenciales de la persona, que permiten definirla como ser único y diferente de los demás. Adecuar su vida a tales cualidades a fin de realizar su plan de vida, sin injerencias injustificadas, se encuentra protegido por la Constitución.”

[166] C-082 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-408 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) entre otras.

[167] Cfr. C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-741 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda).

[168] C-114 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y C-115 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo). Se aplica a medidas legislativas en las que existe un amplio margen de configuración tales como cuestiones económicas, tributarias, o de política internacional. El juicio leve de igualdad que presupone siempre un examen independiente de la licitud de la medida, tiene como propósito analizar dos cuestiones: (i) si determinada distinción persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución, y si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, idóneo para alcanzar la finalidad.

[169]

[170] Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre muchas

[171] Cfr. T- 293 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) En la decisión se indicó: “En este sentido, el artículo 43 de la Carta dispone igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres; así mismo, establece la prohibición de discriminación contra la mujer, citando dicho artículo “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. En tal virtud, la Corte

Constitucional ha establecido que la utilización del género como categoría de distinción es, en principio, sospechosa y, por ende, muy probablemente contraria a los presupuestos constitucionales.”

[172] Cfr. T-804 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio), T-099 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-077 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). En igual sentido la C-117 de 2018, donde la Corte, reiterando la SU-659 de 2015 realizó un análisis interseccional y de género sobre la discriminación que implicaba el IVA a los productos de aseo femenino. En la decisión la Corte indicó que el impuesto sobre un producto de aseos insustituible que solo adquieren mujeres, es una discriminación basada en el género. Precisó: “Respecto a las diferencias de género en el empleo, se constata que: (i) la tasa de participación de las mujeres en la fuerza laboral en todos los países es inferior a la de los hombres, aun cuando estas aportan más tiempo al trabajo remunerado y no remunerado; (ii) según la OCDE, en Colombia existe una diferencia de 20 puntos en tal acceso, lo cual se ha atribuido en parte a diferencias en los niveles educativos; (iii) en las Américas, la brecha salarial entre mujeres y hombres es de 25%. De otra parte, el tipo de empleos a los que acceden las mujeres, en general, es de menor calidad, se encuentra en la informalidad y éstas entran y salen de la fuerza laboral con más frecuencia que los hombres, al igual que tienen trabajos de tiempo parcial[162]. Las anteriores características hacen que sea poco probable que las mujeres lleven la mayor carga impositiva directa.”

[173] Judith Butler señala que las identidades sexuales, las preferencias, y las formas de construcción de los sujetos, son aprendidas durante el largo proceso de socialización de los niños y niñas, que inicia en los espacios formales e informales de educación y que nunca se concluye. En ese proceso a los niños y niñas, a través de juegos, la publicidad, las ciencias sociales, por ejemplo, se les presenta una forma ideal de “masculinidad” o “feminidad”, y cada menor asume el imaginario, lo introyecta en su vida cotidiana y lo interpreta en su vida diaria acercándose o alejándose del imaginario. Así cada persona interpreta una forma de masculinidad o feminidad, o incluso, cuando se adquiere un grado de conciencia sobre el carácter de constructo social del género y se supera la idea que se trata de un hecho biológico, resulta incluso posible transitarlo, es decir, que un día una persona haga la interpretación de una mujer, pero al día siguiente, asuma e interprete formas masculinas, o cientos de formas intermedias o mixtas. Como se ve, las reflexiones feministas señalan que la identidad y las preferencias sexuales son construcciones en las que intervienen

disciplinas y ciencias como la medicina, la pedagogía, etc., y no un hecho biológico que se restringe a los genitales de una persona. Cfr. Butler Judith, *Cuerpo que Importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”* Editorial Paidós. Argentina. 2002. Pág. 29. En el mismo sentido *Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Wittig and Foucault*”, en *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas, compiladora, Editorial Porrúa/UNAM, México. En el mismo sentido Joan W. Scott “El género: una categoría útil para el análisis histórico” En: Lamas Marta Compiladora. *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. PUEG, México. 265-302.

[174]Cfr. T-804 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio), T-099 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-077 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[175] Cfr. T-804 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio).

[176] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[177] Gaceta del Congreso de 10 de agosto de 1988, *Anales del Congreso*. Página 7.

[178] Los párrafos 23 a 27 de dicha Recomendación prescriben que, en relación con el artículo 2 de CEDAW: “El principal elemento de la oración introductoria del artículo 2 es la obligación de los Estados partes de seguir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. Este requisito es un componente esencial y fundamental de la obligación jurídica general de un Estado parte de aplicar la Convención. Esto significa que el Estado parte debe evaluar de inmediato la situación de jure y de facto de la mujer y adoptar medidas concretas para formular y aplicar una política claramente orientada al objetivo de eliminar por completo todas las formas de discriminación contra la mujer y alcanzar la igualdad sustantiva de la mujer y el hombre. El énfasis se ha puesto en seguir avanzando, pasando de la evaluación de la situación a la formulación y aprobación inicial de una amplia gama de medidas, que se han de perfeccionar en forma constante a la luz del análisis de su eficacia y los problemas que vayan surgiendo, con el fin de alcanzar los objetivos de la Convención. Una política de esta naturaleza debe incluir garantías constitucionales y legislativas, incluida la armonización con las disposiciones jurídicas nacionales y la enmienda de las disposiciones jurídicas que sean contrarias. También debe incluir otras medidas apropiadas, por ejemplo, planes de acción amplios y mecanismos para vigilarlos y aplicarlos, los cuales proporcionan un marco para la observancia práctica del

principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, tanto en sus aspectos de fondo como de forma.