

SU696-15

Sentencia SU696/15

LEGITIMACION POR ACTIVA DE LOS PADRES DE FAMILIA EN TUTELAS QUE INVOCAN DERECHOS DE SUS HIJOS-Reiteración de jurisprudencia

En aras de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes, sus familiares, en especial sus padres, pueden interponer acciones de tutela para asegurar el respeto de los mismos frente a las acciones de las autoridades

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES NOTARIALES-Reiteración de jurisprudencia

Como quiera que los Notarios juegan un papel determinante en la protección del estado civil de las personas, sus actuaciones pueden ser controlados por los jueces de tutela. Cualquier omisión, deliberada o no, sin duda tiene un efecto perturbador sobre el reconocimiento de la personalidad de los individuos, un derecho elemental que se desprende de la misma condición humana

SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD-Reiteración de jurisprudencia

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD-Objetivo

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Regla de subsidiariedad es menos rigurosa y se debe atender de manera primordial el interés superior de los menores de edad

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

FAMILIA-Núcleo fundamental de la Sociedad

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Implicaciones

Dicho derecho implica que un menor de edad no puede ser separado de su familia a menos que concurren circunstancias excepcionales, expresamente previstas en la ley, que demuestren que su desarrollo o integridad física estén en riesgo. Igualmente, dicho derecho tiene una dimensión prestacional que obliga al Estado a remover cualquier barrera administrativa para el goce del mismo y que va más allá de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos propias de la jurisdicción de familia

FAMILIA-Reconocimiento y protección constitucional de los diferentes tipos

DERECHO A LA IGUALDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA IGUALDAD-Dimensiones

La Corte ha reconocido en reiteradas ocasiones, como lo hizo de manera reciente en la sentencia C-178 de 2014, que existen tres dimensiones o manifestaciones constitucionales del derecho a la igualdad. En efecto, bajo una interpretación sistemática del artículo 13 de la Constitución Política, la Corporación ha dicho que de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución se derivan: i) una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; ii) una prohibición de discriminación, que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos contruidos a partir de -entre otras- razones de sexo, raza, origen étnica, identidad de género, religión u opinión política; y iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas).

TEST DE IGUALDAD-Elementos/TEST DE IGUALDAD-Niveles de intensidad/TEST DE IGUALDAD-Evolución jurisprudencial

RELACION FILIAL COMO MECANISMO DE PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Contenido y alcance

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Principio y derecho

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA-Protección debe ser más estricta cuando se involucran derechos de menores

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA DE MENORES DE EDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA-Contenido y alcance

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA DE MENORES DE EDAD-Registro civil como instrumento para garantizar este derecho

DERECHO A LA NACIONALIDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA NACIONALIDAD-Concepto

NACIONALIDAD-Instrumentos internacionales

NACIONALIDAD-Contenido y alcance

NACIONALIDAD-Dimensiones

NACIONALIDAD COLOMBIANA POR ADOPCION-Requisitos

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA-Instrumentos internacionales

PROTECCION DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA EN DERECHO COMPARADO-España

PROTECCION DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA EN DERECHO COMPARADO-Argentina

PROTECCION DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA EN DERECHO COMPARADO-Sudáfrica

PROTECCION DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA EN DERECHO COMPARADO-Estados Unidos

PROTECCION DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA EN DERECHO COMPARADO-Reino Unido

NACIONALIDAD COLOMBIANA-Requisitos y normatividad

FUNCION NOTARIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Reiteración de jurisprudencia

NACIONALIDAD Y REGISTRO CIVIL DEL NACIDO EN EL EXTERIOR-Caso de niños nacidos en el exterior, de padres colombianos del mismo sexo, a los que les negaron la inscripción de los menores en el registro civil

DERECHO A LA VIDA DIGNA, PERSONALIDAD JURIDICA, NACIONALIDAD Y PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Orden de inscripción a menores de edad en el registro civil de nacimiento, quienes tienen padres del mismo sexo

DERECHO A LA VIDA DIGNA, PERSONALIDAD JURIDICA, NACIONALIDAD Y PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Orden a Registraduría Nacional del Estado Civil implemente nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale 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

Referencia: expediente T-4.496.228

Acción de tutela presentada por los señores Antonio y Bassanio en representación de sus hijos Bartleby y Virginia[1] contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías Segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado.

Asuntos: Derechos de los niños y niñas; obligaciones de las autoridades encargadas del registro civil en el caso de hijos o hijas de parejas del mismo sexo.

Procedencia: Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, quien la preside, Myriam Ávila Roldán, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de única instancia, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín el 29 de julio de 2014, dentro del proceso de acción de tutela promovida por Antonio y Bassanio en representación de sus hijos Bartleby y Virginia contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías Segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado.

El presente asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión de la Secretaría General del Tribunal Superior de Medellín en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. En auto del 20 de octubre de 2014, la Sala Décima de Selección de esta Corporación la seleccionó para su revisión.

El 10 de diciembre de 2014, la Corte tomó la decisión de que la Sala Plena asumiera el conocimiento del caso por lo que en auto del 29 de enero de 2015[2], de conformidad con el artículo 61 del Reglamento Interno de la Corporación[3], se decretó la suspensión de términos. La Sala consideró que los hechos de la tutela y los potenciales problemas jurídicos que se desprenden de los mismos son de relevancia constitucional, no solo por su notoriedad sino especialmente por su novedad frente a los retos constitucionales que representa la protección del concepto de familia diversa reconocido por esta Corporación en la sentencia C-577 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

1. Antonio y Bassanio, ciudadanos colombianos residentes en Estados Unidos, tienen una relación de pareja desde hace más de 10 años, la cual se encuentra solemnizada como vínculo contractual[4] entre parejas del mismo sexo ante la Notaría 25 del Circuito de Medellín y, a su vez, mediante matrimonio civil[5] realizado en la ciudad de San Diego, Estados Unidos.

2. En febrero de 2013, los accionantes iniciaron un procedimiento médico en la ciudad de San Diego con el fin de conseguir ser padres y así constituir una familia homoparental. Para ello, acudieron a una clínica de esa ciudad con el fin de realizar un procedimiento de fertilización in vitro en el cual los óvulos de una mujer donante fueron fertilizados por espermatozoides de los dos actores. Como resultado de dicho procedimiento médico se obtuvieron dos óvulos fecundados que luego fueron implantados en un vientre subrogado,

lo que terminó en un embarazo gemelar. De esta manera, el 10 de abril de 2014 nacieron los niños Bartleby y Virginia en el Hospital Sharp Gossmonth de la ciudad de San Diego.

3. En el certificado de nacimiento de los menores de edad -expedido por la Agencia de Servicios de Salud de la ciudad de San Diego[6]- se reconoce expresamente la paternidad de los dos accionantes y la nacionalidad de los niños. Con base en ese documento, el gobierno de los Estados Unidos expidió los pasaportes de Bartleby y Virginia[7]. El 16 de abril de 2014 los padres acudieron al consulado colombiano en Los Ángeles para solicitar la expedición de los registros civiles de nacimiento y los pasaportes de sus hijos, por el derecho que les asiste a los niños de ser colombianos en virtud del artículo 96 de la Constitución.

4. En vista de que no recibieron respuesta alguna a la petición formal radicada en el consulado[8] y ante la premura de un viaje al país que habían planeado con anterioridad, los actores decidieron viajar a Colombia el 18 de abril de 2014. Lo hicieron, junto a sus hijos, en calidad de turistas estadounidenses, con un permiso de permanencia vigente hasta el 18 de julio del mismo año.

5. El 30 de abril del 2014, los actores acudieron a la Notaría Segunda del Circuito de Medellín para realizar el registro civil de sus hijos. Sin embargo, los funcionarios de dicha entidad se negaron a proceder con la inscripción alegando que el caso debía ser resuelto por la Oficina de Casos Especiales de la Registraduría Nacional del Estado Civil. El señor William Herrera, funcionario de la Notaría y quien telefónicamente les había confirmado a los accionantes que dicho trámite sí se podía realizar, afirmó que “sí usted [sic] me hubiera dicho que esto era así, especial, yo le hubiera respondido por teléfono otra cosa (...) sí usted me hubiera dicho que los niños son de dos papás, yo le hubiera dicho que no se podía”[9].

6. Los padres se presentaron con sus hijos a la Oficina de Casos Especiales de la Registraduría Municipal de Medellín. Allí, una funcionaria les manifestó que “el registro de niños nacidos en el exterior lo puede hacer cualquier notaría y que en esa dependencia estaban suspendidos los registros”[10].

7. Frente a esta respuesta, los ciudadanos iniciaron un infructuoso recorrido por varias Notarías de Medellín y algunos municipios vecinos. En la Notaría 25 les indicaron que por tratarse de hijos nacidos en el exterior el trámite debía realizarse en la Notaría Décima de la misma ciudad o en Bogotá. Después de esto, realizaron una consulta telefónica en dicha Notaría donde les informaron que la inscripción la realizaban “en cualquier notaría, que antes solo lo hacía [sic] la Notaría Primera de Bogotá, pero que ahora todas las notarías están autorizadas”[11]. Posteriormente, acudieron a la Notaría Primera de Itagüí donde se negaron a inscribir a los menores de edad pues “no existía norma que permita [sic] hacer el registro civil de un niño, teniendo como padres personas del mismo sexo”[12]. En mayo de 2014, los peticionarios se presentaron en la Notaría Segunda de Envigado donde nuevamente se abstuvieron de realizar el proceso de inscripción argumentando que este solo podía hacerse en la Notaría Primera de Bogotá. Finalmente, se comunicaron telefónicamente con esa Notaría donde les informaron que “cualquier Notaría en Colombia podía proceder con el registro”[13].

8. El 5 de mayo de 2014, los accionantes radicaron una petición ante la Registraduría Nacional del Estado Civil a fin de solicitar la inscripción en el registro civil de nacimiento de cada uno de sus hijos. Dentro del término legal, la Registraduría respondió que no podía realizar dicho procedimiento, pues “analizando la legislación colombiana aún no se ha aprobado el matrimonio con parejas del mismo sexo, y tampoco se autoriza la adopción para parejas del mismo sexo”[14].

9. Por estos hechos, el 9 de junio del 2014, los ciudadanos presentaron a nombre propio y de sus hijos una acción de tutela contra las entidades de la referencia alegando que las conductas de las mismas vulneraron los derechos fundamentales de los menores de edad a la dignidad humana, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica, a la nacionalidad, al nombre y a conformar una familia y desconocieron la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños.

2. Actuación procesal y respuestas de las entidades demandadas

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín, juez de única instancia en la presente causa, admitió la acción de tutela de la referencia mediante auto del 9 de junio de 2014, donde le otorgó a todas las partes demandadas un plazo de tres días hábiles para pronunciarse dentro del proceso. En el mismo auto, el magistrado sustanciador vinculó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Asimismo, por considerar que se encontraban involucrados los intereses de los menores de edad Bartleby y Virginia, el juez de única instancia invitó a participar a la Procuraduría Judicial para Asuntos de Familia, delegada ante esa corporación judicial.

2.1. Notaría Primera de Itagüí

La señora Julia Esther Tobón Agudelo, Notaria Primera del Círculo de Itagüí, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela. Para explicar su posición, la notaria comenzó por explicar que los actores nunca elevaron una consulta formal ante ella. Según su relato, un abogado que es usuario habitual de la notaría, le consultó informalmente si “era posible inscribir en el Registro Civil de Nacimiento dos menores que solo tenía papás y no mamá nacidos en Estados Unidos siendo los papás Colombianos [sic]”[15]. Ante la solicitud, respondió que cualquier persona nacida en el exterior puede ser registrado ante cualquier notaría pública a partir de la expedición de la Ley 1395 de 2010 y el Decreto 019 de 2012. Sin embargo, en el caso particular de “la inscripción de niños cuyos papás aparecen (sic) personas del mismo sexo (...) no creía que se pudiera, por cuanto no hay norma que lo permita o sentencia de la Corte Constitucional, que ha protegido los derechos de las personas del mismo sexo, que así lo dispusiera”[16].

Con todo, en su escrito menciona que consultó telefónicamente con la Registraduría y la Superintendencia de Notariado y Registro para corroborar su respuesta. La primera entidad respondió que “esto (el registro de los hijos de parejas del mismo sexo) no era posible por cuanto la Corte Constitucional ni siquiera había permitido la adopción de niños por personas del mismo sexo”[17]. Por otra parte, agrega que el 8 de mayo de 2014 sostuvo una reunión pública con el señor Jorge Enrique Vélez, superintendente de notariado y registro, quien le informó que “no se pueden registrar en Colombia hijos de personas del mismo sexo por qué [sic] no hay norma que lo autorice, ni sentencia que así lo disponga”[18]. La notaria

entonces, describió cómo le transmitió esa información al abogado que realizó la consulta y que éste nunca ejerció el derecho de petición para recibir una respuesta escrita a su requerimiento.

Finalmente, la notaria adjuntó una copia del formato general correspondiente al Registro Civil de Nacimiento, resaltando que en los datos de identificación no existe un folio que solicite datos de “2 madres o de dos padres (sic)”[19].

2.2. Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia

La señora Victoria Eugenia Ramírez Vélez, Procuradora Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, respondió al oficio del juez de instancia oponiéndose a la acción de tutela. Después de realizar un resumen de los hechos del caso, la procuradora comenzó por transcribir una sentencia de esta Corte[20] sobre el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución[21] y como este es de notoria importancia para los menores de edad.

Asimismo, la funcionaria reprodujo el contenido del artículo 42 de la Constitución[22] y algunos apartes de la sentencia C-577 de 2011 para explicar cómo, para ella, la Constitución solo admite que existen tres tipos de familia: i) la pareja heterosexual; ii) las personas con algún grado de relación filial; y iii) las personas con algún vínculo de parentesco. Adicionalmente, afirma que “como se desprende de la sentencia, esta puntualmente se concreta a asignar la competencia en los notarios y jueces para formalizar y solemnizar la unión de parejas del mismo sexo sin que con ello exista acto a ser objeto de registro civil ante los funcionarios que tienen asignada la función de registro civil, es decir que este acto no altera el estado civil (...) porque se habla de un contrato, más no de un matrimonio”[23].

De igual modo, la funcionaria transcribió varias normas que regulan lo concerniente al registro civil y a la nacionalidad de las personas. En primera instancia, resaltó como la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el Estado debe remover todos los obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños. Sin embargo, también afirmó que la misma Corporación ha dicho que esto no implica que “deban pretermitirse los trámites, paso o procedimientos previstos en la ley para la identificación de la personería inmanente al ser humano, íntimamente ligada a su ontología y filiación, que imprimen el carácter al ser y posibilitan el proyecto de vida”[24].

En ese sentido, indicó que “la legislación Nacional [sic] ha previsto el trámite requerido a la nacionalidad colombiana cuando se trate de un nacimiento ocurrido en el exterior, y el registro se realice extemporáneamente documentada o indocumtadamente [sic], lo cual nos arroja y despeja las posibilidades jurídicas de los padres de realizar el registro, de cada uno de los niños, sin exigir lo que aún el legislativo no define, y no ha aprobado (sic) el matrimonio con parejas del mismo sexo [sic], lo que explica claramente, que el registro solo lo puede denunciar el padre, la madre [sic] y se inscribirá el nacimiento ocurrido en el extranjero, de personas hijas de padre o madre colombianos”[25].

Por último, y después de nuevamente reproducir varios apartes de sentencias de esta

Corporación y de normas del Código de Infancia y de la Adolescencia, la representante del Ministerio Público advirtió que los menores de edad se encontraban en un estado de vulneración que se debió exclusivamente a la decisión de los accionantes de registrarlos de manera extemporánea. Por esta razón, argumentó que la tutela no puede prosperar toda vez que el mecanismo adecuado para proteger los derechos de Bartleby y Virginia eran las medidas de restablecimiento de derechos que debe iniciar el Instituto de Bienestar Familiar (ICBF).

Incluso, para la procuradora, era claro que el ICBF debió actuar con el objetivo de “mantener al niño la niña (sic) en un entorno familiar y social (y promover) de forma inmediata al conocimiento del hecho, las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar, para lo cual, incoará, sin perjuicio de la representación legal y judicial que corresponda, las acciones, demandas denuncias, querellas o incidentes y toda diligencia que permita garantizar y restablecer los derechos amenazados o vulnerados de los niños, las niñas o los adolescentes, incluyendo el derecho de amparo o tutela y cualquiera otra medida (sic), siempre y cuando garantice la protección integral de los niños, niñas o adolescentes”[26].

2.3. Notaría Segunda de Medellín

El señor César Augusto Hernández Sanmartín, actuando como notario encargado del despacho, en un corto escrito explicó que los actores efectivamente se presentaron a la notaría para inscribir a sus hijos en el registro civil de nacimiento. Sin embargo, según su relato, un funcionario de la notaría les advirtió que su caso debía ser resuelto por la oficina de asuntos especiales de la Registraduría. Esta instrucción, se debió a que la función notarial debe cumplir con los requisitos establecidos en el formato del documento de registro civil. Para explicar este punto, adjuntó a su respuesta una copia de dicho documento, resaltando que en el mismo solo es posible registrar el nombre del padre y de la madre[27]. Por esta razón, afirmó, no se pudo realizar la respectiva inscripción.

2.4. Notaría Segunda de Envigado

La notaria Claudia Yaneth Hernández Higueta, respondió al oficio del juez, destacando, en primer lugar, que las declaraciones de los peticionarios son “exageradas y mendaces”[28] ya que en Colombia no se ha aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo ni la adopción por parte de las mismas. Esto hace que “tener de padres a dos personas del mismo sexo, porque naturalmente, léase bien naturalmente no lo son y en esas condiciones mal puede obligarse a cualquier funcionario a vulnerar la ley que se comprometió a cumplir”[29].

Adicional a esto, la notaria argumentó que la ley indica que el registro civil de menores nacidos en el extranjero se debe realizar en una notaría de Bogotá según el artículo 47 del Decreto Ley 1260 de 1970[30] ya que el Decreto 019 de 2012 no modificó ningún aspecto de este tipo de registros, pues solo reformó lo concerniente al procedimiento para personas nacidas en Colombia. Asimismo, señaló que de todas maneras en el presente caso se tiene que Bartleby y Virginia son hijos posiblemente de un padre colombiano pero que no se tiene prueba alguna sobre la nacionalidad de su madre. Así, no se cumplió con uno de los requisitos esenciales para realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento.

2.5. Ministerio de Relaciones Exteriores

El señor Álvaro Calderón Ponce de León, actuando como Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores, comenzó por argumentar que su oficina no es competente para resolver solicitudes como las que elevaron los actores ya que no existe una regulación específica sobre el tema. Por esa razón, su actuación se limitó a remitir a los peticionarios a la Registraduría para que absolviera su petición.

Por otra parte, advierte que la alegada vulneración de derechos se debe a un vacío normativo que resulta ajeno al Ministerio ya que sus funciones consulares se derivan de las directrices que se emiten por expreso mandato legal. Así, solicitó que se declare la improcedencia de la tutela en lo que respecta a la entidad que representa, por no tener competencia legal para realizar este tipo de registros[31].

2.6. Notaría 25 de Medellín

En un breve escrito, el notario Jorge Iván Carvajal Sepúlveda, se opuso a las pretensiones de la tutela al considerar que “los solicitantes del amparo confunden el derecho fundamental a la personalidad jurídica de un menor, con el derecho a ser inscrito en el registro civil de nacimiento”[32]. Para explicar esta posición, advirtió que “los Notarios (sic), sólo actúan por delegación y bajo sus directrices, de ahí que la respuesta dada a los accionantes por el Órgano rector (sic) si existía inconformidad debió ser atacado en instancia jurisdiccional, por ser un acto administrativo de autoridad”[33].

Aunado a lo anterior, el funcionario afirmó, al igual que los otros notarios, accionadas, que las normas que regulan el registro civil de nacimiento indican que los nacimientos ocurridos en el extranjero deben ser inscritos en la Notaría Primera de Bogotá. Por esta razón, sostuvo, no era competente para atender la solicitud de las accionantes por lo cual no vulneró los derechos fundamentales de Bartleby y Virginia.

2.7. Migración Colombia

El señor Winston Andrés Martínez Acosta, jefe de la oficina jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, contestó la acción de tutela para afirmar que por las competencias legales de la entidad, no es posible concluir que la misma vulneró los derechos fundamentales de los peticionarios y sus hijos.

Para explicar esta posición, afirmó que de los hechos del caso se puede observar que los menores de edad y sus padres entraron al país de manera regular por lo que Migración Colombia no adelantó “ninguna actuación de tipo administrativa que (amenazó su estadía) en Colombia”[34]. Incluso, advirtió que en caso de que los accionantes no puedan definir la situación relacionada con el registro civil de nacimiento la entidad les puede expedir un permiso temporal de permanencia con base en lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 834 de 2013[35]. Por esta razón, el representante de la entidad concluyó que la misma no vulneró los derechos fundamentales de los menores de edad y sus padres.

2.8. Registraduría Nacional del Estado Civil

La jefa de la oficina jurídica de la Registraduría, María Cecilia del Río Baena, se opuso a la tutela bajo un solo argumento. Para la funcionaria, de acuerdo con algunos antecedentes jurisprudenciales y con las normas legales que regulan la estructura de la entidad, la “función de identificación no está en cabeza del señor Registrador Nacional del Estado Civil sino en el Registrador Delegado para el Registro Civil y la Identificación, la Dirección Nacional de Identificación y la Dirección Nacional de Registro Civil”. Por esta razón, entonces, solicitó que se negaran las pretensiones elevadas contra la institución, pues al no ser competente para atender la solicitud de los peticionarios no vulneró derecho alguno. Asimismo, y de manera posterior a la oficio enviado por la entidad, el Registrador Delegado para el Registro Civil y La Identificación presentó un breve escrito a la Corte[36] donde señaló que, atendiendo el fallo de única instancia, “acaba de adoptar un nuevo formato de registro civil de nacimiento (...) el cual contempla la inscripción de menores de padres o madres del mismo sexo”[37]. En su respuesta, el funcionario adjunta dos copias del modelo actual de registro civil y del modelo reformado donde, en la casilla designada a los padres, se indica con claridad para casos de parejas del mismo sexo el orden de los progenitores será el declarado por las partes para efectos del primer y segundo apellido[38]. Sin embargo, el corto memorial no explica en detalle los planes que tiene la entidad para implementar en los círculos notariales y en las oficinas consulares del país el nuevo formato de registro civil de nacimiento.

3. Decisión objeto de revisión

En fallo de única instancia del 20 de junio del 2014, la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín amparó los derechos de los accionantes y de sus hijos. Por lo tanto, le ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil que en el término de 48 horas, contadas a partir del momento en el que los accionantes allegaran toda la documentación requerida, iniciara los trámites correspondientes a la inscripción de los niños en el registro civil de nacimiento. En ese sentido, advirtió que dicho procedimiento debería realizarse antes del 15 de julio del 2014 por lo que le solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) seguir el caso para verificar que efectivamente la Registraduría cumpliera con la orden descrita anteriormente[39].

En primer lugar, el juez consideró que el riesgo al que fueron sometidos los menores de edad por las actuaciones negligentes de las autoridades accionadas hacía de la tutela el mecanismo preferente para proteger sus derechos. En ese sentido, el Tribunal Superior sostuvo que “esta Sala no puede ser ajena a la situación tan apremiante por la que atraviesan los bebés S y S (sic) ni puede permitir que continúen suspendidas sus prerrogativas fundamentales por la omisión en la que están incurriendo las entidades estatales de llevar a cabo su registro (...) esta acción de tutela está llamada a prosperar, no solo para que el ICBF proceda con el restablecimiento del derecho de estos niños a obtener su registro civil de nacimiento en calidad de colombianos, sino también, para que la Registraduría Nacional del Estado Civil proceda a efectuar el mencionado registro”[40].

En segunda medida, consideró que las autoridades debieron aplicar el principio del interés superior del menor de edad para resolver el aparente vacío legal. Consideró que “la tendencia, tanto de la legislación colombiana como de la internacional, es rodear a los niños de garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación y desarrollo hacia la

adultez (por lo que se debe aplicar) como principio orientador para la solución de los conflictos en los que resulta involucrado un menor, el concepto de interés superior del niño”[41].

Actuaciones en sede de Revisión

Ante la necesidad de ofrecer una solución comprensiva al presente caso la Sala invitó –y bajo las competencias reconocidas en el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 170 del Código General del Proceso[42]- mediante auto del 18 de febrero de 2015[43] a una serie de instituciones para que, desde su experticia académica y profesional, respondieran un cuestionario y aportaran información adicional que consideraran necesaria para realizar un análisis adecuado del presente caso.

De este modo, se ofició a la organización Colombia Diversa, a la Superintendencia de Notariado y Registro, a la Unión Colegiada del Notariado Colombiano y a la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y de Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que presentaran información sobre las normas generales y protocolos administrativos vigentes que regulan todo lo relativo al registro civil en Colombia y lo relacionado al registro de menores de edad que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo. Igualmente, se les solicitó a estas entidades aportar información sobre el procedimiento aplicable para realizar la inscripción en el registro civil de un niño que nació en el exterior pero que tendría derecho a la nacionalidad colombiana y cuyos padres presentan ante las autoridades colombianas un documento extranjero equivalente al registro civil. También, la misma pregunta se elevó a las entidades, pero frente al caso particular de las familias homoparentales. Finalmente, la Sala Plena requirió información de este grupo de instituciones con respecto a los principales obstáculos y vacíos legales que persisten para la inscripción en el registro civil de menores de edad que hacen parte de familias conformadas por familias del mismo sexo.

Mediante oficio del 6 de febrero de 2015[44], la Secretaría General del Tribunal le informó al despacho de la magistrada sustanciadora que, vencido el término probatorio, se recibieron los memoriales de respuesta de la Superintendencia de Notariado y Registro, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Unión Colegiada del Notariado Colombiano y el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

Por otra parte, de manera extemporánea, el despacho de la magistrada sustanciadora recibió las intervenciones de la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, la Clínica del Interés Público, del Observatorio en Derecho Constitucional y del Observatorio de la Universidad Autónoma Latinoamericana, del Grupo de Interés Público de la Universidad del Norte, del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes, de la Facultad de Derecho de la misma universidad, del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, del Ministerio de Justicia, del Grupo de Investigación La Minga de la Universidad Cooperativa de Colombia, de la Fundación ProBono Colombia, de la organización Colombia Diversa, de la Comisión Colombiana de Juristas, de la Universidad de Medellín y de la Defensoría del Pueblo[45]. Posteriormente, el 22 de junio de 2015[46], la Dirección de Asuntos Constitucionales de la Fiscalía envió un memorial interviniendo en el

proceso. Atendiendo el principio de informalidad de la acción de tutela, y considerando que la información suministrada en estas intervenciones es de relevancia técnica, la Sala incorporó dichos documentos al estudio del presente caso con el fin de obtener una gran variedad de elementos de juicios para adoptar una decisión con respecto al caso concreto.

Ahora bien, atendiendo la copiosa cantidad de intervenciones que la Corte recibió durante la revisión del presente proceso, y para ofrecer una mayor claridad se agruparán por la naturaleza de la entidad participante. En primer lugar, se presentará un compendio de los memoriales radicados por las entidades del Estado. En segundo lugar, se sintetizarán las intervenciones de las Universidades y otros actores académicos. Finalmente, se agruparán las respuestas enviadas por las organizaciones no gubernamentales o de activismo legal y comunitario.

Cabe advertir que, aunque se recibieron extemporáneamente varias intervenciones, unas que se solicitaron como conceptos técnicos y/o especializados y, otras a título de *amicus curiae*, la Sala los tendrá en cuenta por cuanto en esta oportunidad, los términos concedidos por la magistrada sustanciadora para contestar el requerimiento fue indudablemente breve. Además, por la importancia de contar con suficientes elementos de juicio y diversidad de aproximaciones al problema jurídica se resumirán a continuación cada una de las intervenciones recibidas.

Entidades del Estado

Superintendencia de Notariado y Registro

Edilberto Manuel Pérez Almanza, jefe jurídico de la entidad, dio respuesta al oficio de la Corte. En primer lugar, el funcionario argumentó que la Registraduría Nacional del Estado Civil, por mandato constitucional[47], es la encargada de todo lo concerniente al registro civil en Colombia. Frente a la primera pregunta sobre las normas que regulan dicho procedimiento hace un recuento histórico desde 1883 hasta el Estatuto del Registro Civil de 1970 aún vigente en el país. Describió cómo “los funcionarios encargados de diligencias, recolectar y archivar los formatos del registro civil, son los Notarios, los Registradores del Estado Civil y los Cónsules de Colombia en el Exterior”[48].

En relación con la segunda pregunta, sobre los protocolos de registro de menores de edad que forman parte de familias del mismo sexo, el funcionario aseguró que “en Colombia no existe un protocolo para la inscripción del nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo (por lo que) la inscripción es igual para todos los ciudadanos”[49]. Con respecto al cuestionamiento sobre el procedimiento para inscribir en el registro civil a menores de edad que tengan el derecho a la nacionalidad colombiana y cuyos padres presenten un documento equivalente extranjero, el señor Pérez Almanza afirmó que “los documentos otorgados en el país extranjero, deberán presentarse debidamente legalizados ante la autoridad que delega cada país para apostillar (...) o presentarse debidamente legalizados por el Cónsul Colombiano (sic) en el respectivo país y abonada la firma de éste por el Ministerio de Relaciones Exteriores (...) documentos aquéllos que se acompañarán con la respectiva traducción oficial cuando fuere el caso”[50].

A su vez, advirtió que “no existe procedimiento alguno para inscribir el nacimiento ocurrido en el exterior de una persona hijo (a) de padre o madre de ambos colombianos del mismo sexo (sic)”[51]. Adicional a esto, consideró el representante de la Superintendencia, que le corresponde a la Registraduría pronunciarse sobre la razón por la que no se ha adoptado un procedimiento especial para estos casos.

En cuanto a las últimas dos preguntas, referentes a los obstáculos que enfrentan las familias conformadas por parejas del mismo sexo para inscribir a sus hijos en el registro civil de nacimiento en Colombia y en el extranjero, el interviniente señaló que “la legislación colombiana ni la constitución Política (sic) se han pronunciado frente a las inscripciones de registro civil de nacimiento de hijo o hija de padres del mismo sexo, tampoco se ha pronunciado respecto a los nacimientos in vitro, motivo por el cual esta entidad desde el aspecto técnico jurídico no tiene competencias constitucional ni legal (sic)”[52].

Ministerio de Relaciones Exteriores

El Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores, Javier Darío Higuera Ángel, respondió al oficio de este Tribunal. Señaló, primero, que el Decreto Ley 1260 de 1970 regula todo lo relacionado con el registro civil de los ciudadanos colombianos. De esta manera, “las oficinas consulares deben seguir las instrucciones impartidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que tiene la competencia constitucional y legal para adoptar las políticas en materia de registro civil y garantizar la inscripción de los hechos sujetos a registro, tanto en el territorio nacional como en el extranjero”[53].

Con respecto a la segunda pregunta elevada por este Alto Tribunal, el interviniente aseguró que las normas que regulan el registro de menores de edad que forman parte de familias del mismo sexo son las mismas que se aplican en los casos de parejas heterosexuales. Sin embargo, advirtió que “este Ministerio desconoce las instrucciones impartidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil en materia de inscripción de nacimientos de hijos presentados como hijos de parejas del mismo sexo”[54]. Incluso, en su escrito, el funcionario aseguró que la dirección que representa ha tenido conocimiento sobre dos solicitudes de registro civil de nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo por lo que le ha corrido traslado a la Registraduría para recibir las instrucciones pertinentes. Sin embargo, afirmó que no ha recibido respuesta alguna y que persisten las dudas sobre el procedimiento a aplicar[55].

En cuanto a la tercera pregunta sobre el registro de menores de edad en el exterior, explicó que se deben aplicar las normas generales del Decreto Ley 1260 de 1970 pero que, con respecto al documento equivalente, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 251 del Código General del Proceso[56] que regula el procedimiento de autenticación de los mismos. En lo referente al cuarto interrogante sobre solicitudes elevadas por familias conformadas por parejas del mismo sexo, el Ministerio insistió en que “no se tienen instrucciones por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre cómo proceder en estos casos”[57].

Por último, la entidad respondió de manera conjunta las preguntas quinta y sexta al afirmar que, aunque la jurisprudencia de la Corte ha tomado decisiones que reconocen derechos

para las parejas del mismo sexo, persisten en la legislación vacíos que impiden tomar decisiones a las autoridades administrativas “sin que previamente se valore cada caso en particular por parte de la judicatura”[58]. Esto hace que, “en algunos eventos en los que se ha solicitado la inscripción de registro civil de nacimiento de menores que han nacido producto de la inseminación artificial o el alquiler de vientres por decisión de una pareja del mismo sexo, surge la duda sobre la filiación natural del menor que se pretende registrar, es decir, la filiación legítima reconocida en un país extranjero en virtud de su propio ordenamiento jurídico, puede variar de su verdadera filiación natural, por cuanto ellos reconocen la condición de padres del menor a las parejas del mismo sexo y así queda probado en algunas de las actas de registro civil extranjeras” (resaltado fuera del texto)[59].

Así las cosas, el Ministerio concluyó en su escrito que el “funcionario consultar no tiene instrucciones sobre cómo proceder a diligenciar el formato de registro civil de nacimiento, pues dicho formato está dispuesto para hijos de parejas heterosexuales (ya que) no se tiene definido como se diligencian los espacios de padre o madre, o el orden de los apellidos que se designan al inscrito en los casos de estas familias homoparentales”[60]. Finalmente, en los casos de inscripción por adopción, el interviniente sostuvo que debe mediar una sentencia judicial.

Ministerio de Justicia y del Derecho

El señor ministro de justicia, Yesid Reyes Alvarado, coadyuvó las peticiones formuladas por Antonio y Bassanio en la tutela de la referencia. Para comenzar, el ministro defendió la procedencia de la acción de amparo en el presente caso. Por un lado, frente al riesgo inminente de vulneración de derechos, afirmó que la omisión de tres autoridades públicas (los notarios accionados, la Registraduría y el Consulado de Colombia en Los Ángeles) de realizar el registro civil de nacimiento de Bartleby y Virginia tiene “efectos inmediatos en la materialización de todo el rango de derechos constitucionales de los que son titulares. De no tomar una determinación pronta en la presente disputa, los menores podrían tener en riesgo el derecho sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la educación”[61].

Por otro lado, sobre la existencia de otras acciones para proteger los derechos de los menores de edad, el ministro argumentó que los peticionarios no cuentan con otro mecanismo de defensa judicial porque la inscripción en el registro civil de nacimiento es un procedimiento administrativo que solo admite un recurso para su corrección o reconstrucción, y no en relación con problemas que pueden surgir frente a la obtención inicial del mismo, según lo establece el artículo 88 del Decreto Ley 1260 de 1970[62].

Adicional a esto, el ministro señaló que las actuaciones de las entidades accionadas vulneraron en particular los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y a la igualdad de Bartleby y Virginia. En cuanto a este último argumento, la Sala quiere destacar que el ministerio consideró que dicha violación se “aprecia cuando se tiene en cuenta que su registro se hubiera podido realizar si tuvieran padres heterosexuales”[63]. De la misma manera, sostuvo que la falta de registro desconoce los derechos a la seguridad social y a la educación, pues la ausencia del mismo hace que sean

considerados como extranjeros por lo que no pueden acceder a la oferta pública en estos aspectos.

Con respecto a Antonio y Bassanio, el documento presentado por el Ministerio cuestionó las decisiones de las entidades accionadas toda vez que las mismas vulneraron, en su opinión, sus derechos a la igualdad y a conformar una familia. En primera medida, “la falta de reconocimiento de la paternidad biológica de los señores accionantes (...) mediante la no inscripción del registro civil, se traduce en un déficit de protección de los menores Bartleby y Virginia que no les permite el goce efectivo de sus derechos”[64]. En segundo lugar, para el señor ministro, “la única razón para no otorgar el registro civil de los menores consistió en la orientación sexual de los padres”[65].

Finalmente, la coadyuvancia concluyó que el “Ministerio de Justicia está trabajando para proteger efectivamente los derechos de la población LGBTI e invita a todas las entidades del Estado, incluyendo las Altas Cortes, a que reconozcan y materialicen el compromiso (...) con la diversidad sexual y de género”[66]. Asimismo, terminó su intervención diciendo que “no existe ningún motivo jurídico que justifique el cercenamiento de derechos y libertades a la población LGBTI, y por tanto se debe reconocer [sic] la posibilidad de acceder al matrimonio, a la adopción y a todos los otros aspectos de la vida que se les han visto negados con base en criterios discriminatorios e inaceptables”[67].

Defensoría del Pueblo

Luis Manuel Castro Novoa, Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, presentó un escrito solicitando que se amparen los derechos de Bartleby y Virginia. En primer lugar, presentó un resumen de los hechos del caso y de las normas que regulan el registro civil en Colombia para luego afirmar que “la inexistencia de una norma que determine el procedimiento para llevar a cabo el registro civil de nacimiento de los niños y niñas que pertenecen a familias homoparentales no implica que las autoridades encargadas puedan negarse a elaborar los documentos de identificación de estos niños (ya que) la falta de regulación en estos casos puede superarse con la aplicación del principio de interés superior del menor” (resaltado fuera del texto)[68].

Asimismo, el funcionario resaltó que esta Corporación ha reconocido que el registro civil es un documento necesario para materializar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a ser individualizado desde el nacimiento por parte de la familia y la sociedad. Así, las autoridades notariales tenían la obligación de inscribir en dicho registro a los menores de edad, porque al no hacerlo se desconoce el libre ejercicio de todos los demás derechos fundamentales.

Por otra parte, el documento sostuvo que las decisiones de las entidades accionadas desconocieron abiertamente el carácter plural de la familia ya reconocido por la Corte Constitucional. Bajo este concepto de pluralidad, la identidad de género o la orientación sexual no constituyen criterios determinantes a partir de los cuales se estructuran los requisitos esenciales para conformar una unión de este tipo. Debido a esto, concluyó la Defensoría, “la paternidad de Antonio y Bassanio es una situación fáctica que el derecho debe reconocer con el fin de que estos niños puedan ejercer plenamente sus derechos dentro del territorio nacional”[69].

Por esta razón, el funcionario arguyó que la lectura que las autoridades deben darle a las normas que regulan el registro civil en Colombia debe incorporar las reglas jurisprudenciales vigentes que reconocen plenamente que las familias conformadas por personas del mismo sexo gozan de toda la protección que la Constitución le otorga a esta institución como núcleo fundamental de la sociedad. Particularmente, resaltó que este tipo de actuaciones deben tener en cuenta que “estas familias son objeto de especial protección constitucional debido a que están formadas por personas que pertenecen a poblaciones históricamente discriminadas (así) es un deber de las autoridades públicas y particulares abstenerse de imponer criterios o cánones específicos basados en esquemas heterosexistas que desconozcan o vulneren sus derechos”[70].

Con todo, la entidad le solicitó a la Corte confirmar el fallo de instancia y ordenarle a la Registraduría Nacional del Estado Civil que creen dos nuevos formatos de registro civil en los que se establezca la opción de inscribir en el mismo a hijos de parejas homosexuales. Igualmente, pidió en el documento que se le ordenara a dicha institución realizar campañas de difusión que den a conocer estos formatos entre todas las autoridades competentes para conducir dicho procedimiento.

Fiscalía General de la Nación

Andrea Liliana Núñez Uribe, Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, presentó una intervención apoyando las pretensiones de Antonio y Bassanio. Inicialmente, la representante del ente acusador manifestó que la restricción impuesta sobre Antonio y Bassanio para registrar a sus hijos afecta normas penales sustantivas. Así, indicó que:

“este déficit de protección en los derechos de los niños y niñas y las familias de parejas del mismo sexo que las conforman, se materializa en (i) la distorsión en la aplicación de las normas procesales relativas al principio de no autoincriminación o incriminación de parientes cercanos; (ii) en la distorsión de la aplicación de las normas procesales penales referentes a los impedimentos y recusaciones y, (iii) en la distorsión de la aplicación de las normas penales que imponen circunstancias de agravación punitiva cuando el delito recae sobre parientes cercano (padres-madres del mismo sexo)”[71].

Por otro lado, la funcionaria señaló que no existe en la regulación legal del registro del estado civil de las personas ningún tipo de restricción o prohibición que impida registrar al hijo biológico de dos personas del mismo sexo. Por esa razón, “obstaculizar el ejercicio del derecho al registro civil del nacimiento del niño hijo de padres homosexuales constituye una flagrante y [sic] violación de sus derechos fundamentales, puesto que le impide al menor el disfrute y goce de sus derechos mínimos como persona y el libre ejercicio de su ciudadanía cuando alcance la edad para ello”[72]. Igualmente, advirtió que las autoridades involucradas en el caso aplicaron una interpretación literal y restrictiva de las disposiciones sobre el registro civil que desconoció abiertamente los precedentes de la Corte sobre la protección a la familia diversa.

Por esa razón, concluyó la Fiscalía, los funcionarios notariales deben aplicar una interpretación sistemática que optimice los precedentes de la Corte y realice de mejor manera los derechos fundamentales de las familias diversas. En ese sentido, solicitó a la Corte confirmar la decisión de instancia en el presente caso y que “declare el derecho

fundamental de los niños a ser registrados por sus padres biológicos, sin que para ello deba considerarse el sexo y la orientación sexual de los padres”[73].

Asociaciones y organizaciones No Gubernamentales

Unión Colegiada del Notariado Colombiano

Álvaro Rojas Charry, presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, intervino en el proceso. Primero, presentó un resumen general de los hechos. Frente a la pregunta sobre las normas generales que rigen lo relativo al registro civil en Colombia indicó que las mismas son los artículos de la Constitución que definen la familia (artículo 42), las funciones del Registrador (artículo 266) y la cláusula general de competencia del Congreso que le otorga la facultad de regular todo lo concerniente al estado civil de las personas (artículo 131). En cuanto a los protocolos para realizar la respectiva inscripción, respondió que entre los artículos 44 y 66 del ya mencionado Decreto Ley 1260 de 1970 se regulan los pasos a seguir para realizar dicho procedimiento.

Con respecto a la segunda pregunta, aunque reconoció que las parejas del mismo sexo tienen el derecho de conformar familias “por unión marital o vínculo contractual”[74] a partir de la sentencia C-577 de 2011, consideró que no es posible, bajo la normatividad actual, registrar a los hijos de estas uniones. De esta manera, argumentó que:

“el formato (del registro civil de nacimiento) está diagramado con diferentes casillas dentro de las cuales está una para anotar los datos de la madre y la que le sigue para anotar los datos del padre, diseño que hoy cumple con los requisitos establecidos en la Ley (sic), pero que no permiten consignar datos e información diferente a la que prevé la Ley (sic). Si se requiere consignar información diferente a la que se exige actualmente, es indiscutible reformar o modificar el formato o formulario para la inscripción del registro civil de nacimiento con base en normas de carácter legal que lo autoricen”[75].

Respecto del procedimiento a seguir en casos de menores de edad colombianos en el extranjero, el interviniente se limitó a transcribir el artículo 118 de la Ley 1395 de 2010[76] y advirtió que la responsabilidad de realizar la inscripción recae en el cónsul colombiano competente según el lugar del nacimiento. Sin embargo, como quiera que el formato del registro civil “no refleja la evolución de la institución de la familia”[77] el funcionario consular, como mero operador jurídico, está limitado por las normas procedimentales vigentes. Por esta razón, concluyó que es necesario expedir una legislación que contemple casos excepcionales como es el objeto de estudio en la presente tutela.

Finalmente, el interviniente afirmó que el mayor obstáculo para el registro de menores de edad que hacen parte de familias del mismo sexo está representado en el ya descrito formulario de registro civil de nacimiento. Aunque reconoció en su escrito que en el caso particular, y en otros similares, el notario o el cónsul deberían realizar el respectivo registro, “ante los vacíos y obstáculos que se han indicado en las respuestas anteriores, en esos momentos la imposibilidad técnico jurídica de la materialización del registro es manifiesta y, entonces, justifica la posición tomada por ellos ante la solicitud impetrada por los padres biológicos”[78].

Fundación ProBono Colombia

Juliana Amaya Lamir, representante de la fundación interviniente, solicitó a la Corte confirmar el fallo de tutela proferido el 20 de junio de 2014 por el Tribunal Superior de Medellín. Para sostener esta posición, la interviniente manifestó que las actuaciones de las entidades accionadas vulneraron el derecho a la personalidad jurídica de Bartleby y Virginia. Después de citar algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[79] y artículos de la Constitución y el Código Civil, la representante de la fundación sostuvo que “bajo los convenios internacionales ratificados por Colombia, la Carta Política y la ley colombiana, toda persona tiene el derecho fundamental al reconocimiento de su personalidad y, en consecuencia, a que se le reconozca su nacionalidad, su estado civil, su nombre y su domicilio como elementos constitutivos (...) de su personalidad jurídica”[80].

Bajo esta idea, la intervención planteó que las instituciones demandadas omitieron en sus decisiones reconocer que el estado civil de una persona está supeditado a su situación familiar, es decir a su filiación, nombre y personalidad jurídica. En esa medida, una interpretación amplia del artículo 42 de la Constitución perfectamente hace viable este tipo de registros. Además, resaltó que este caso no busca resolver o revisar la licitud de los procedimientos científicos de reproducción como la subrogación de vientres sino sobre si el derecho fundamental a la personalidad jurídica de Bartleby y Virginia implica que su inscripción al registro civil colombiano debe ser tramitada positivamente.

Aparte de esto, para la fundación coadyuvante “no se pueden aducir razones morales para afirmar que no está permitida la inscripción del registro civil de un niño cuyos padres conforman una pareja del mismo sexo cuando no es el tema central de la discusión y cuando funge de medio para el ejercicio efectivo de ese derecho fundamental (la personalidad jurídica) para los menores”[81]. Por esta razón, la interviniente concluyó que el Estado colombiano está obligado a adoptar todos los remedios legales para suprimir este tipo de prácticas y evitar futuras violaciones a los derechos de los niños y niñas que, incluso, pueden comprometer la responsabilidad internacional del país frente al Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Colombia Diversa y Dejusticia

Las organizaciones Colombia Diversa y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) suscribieron una intervención conjunta[82] donde coadyuvaron las peticiones de Antonio y Bassanio. La intervención comenzó por describir cómo el registro civil de nacimiento es una institución jurídica orientada a la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad y a garantizar su prevalencia en el ordenamiento constitucional. En esa medida, para los coadyuvantes, este documento es una condición necesaria para la materialización de varios derechos fundamentales como la dignidad humana, la igualdad, la vida y a la salud.

Para estas organizaciones, la decisión de las autoridades de negar el registro constituyó una actuación arbitraria que comprometió los derechos de Bartleby y Virginia en, por lo menos, tres dimensiones: i) sometió a dos sujetos de especial protección constitucional a una situación migratoria irregular en el territorio del cual son nacionales, lo cual amenazó su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella; ii) limitó el goce efectivo de

todas las garantías y libertades constitucionales como lo son los derechos civiles y políticos o los económicos y sociales; y iii) la falta de registro pudo derivar en un expreso desconocimiento de su relación de parentesco con sus padres Antonio y Bassanio, lo que los expuso a riesgos innecesarios como la eventual expulsión del territorio nacional y la separación de la familia que conforman. Por lo tanto, estas circunstancias revelan una actuación discriminatoria que vulneró el artículo 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño[83]. Lo anterior, fue advertido por los intervinientes de la siguiente manera:

“las autoridades de registro, establecieron que los niños colombianos nacidos en el exterior hijos de parejas del mismo sexo son un grupo especial al que se le puede exigir requisitos no previstos en las normas para el reconocimiento de su personalidad jurídica, como por ejemplo pertenecer a una estructura familiar conformada por un padre y una madre. De lo anterior se sigue que las autoridades encargadas del registro no hubiesen tenido inconveniente en proceder al registro si los niños hubiesen sido hijos de una pareja conformada por un hombre y una mujer” (resaltado fuera del texto)[84].

Aunado a lo anterior, advirtieron que el problema jurídico del caso no gira en torno a la validez de la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo pues, tanto Bartleby como Virginia, son hijos de Antonio y Bassanio. Por eso, circunscribieron su memorial a explicar cómo las autoridades de registro vulneraron los derechos de los menores de edad a su personalidad jurídica por razones discriminatorias y desconocieron el derecho que tienen los peticionarios y sus hijos a conformar una familia.

Respecto del derecho a la personalidad jurídica, el memorial presentó algunas generalidades legales -con base en fuentes nacionales, internacionales y de jurisprudencia interamericana[85]- sobre el derecho a la nacionalidad colombiana. Paralelamente explicó los principios alrededor de la protección especial que tiene este derecho cuando se trata de menores de edad. Por último, detalló las formas de obtener el registro civil en casos relacionados con niños nacidos en el exterior pero que tienen derecho a la nacionalidad colombiana. Finalmente, con base en esa información, concluyó que las acciones atacadas en la tutela son evidentemente discriminatorias a partir de un juicio de igualdad[86], pues se basaron exclusivamente en la orientación sexual de Antonio y Bassanio. En esa medida, dejar a los niños sin nacionalidad no persiguió ningún fin constitucional y desconoció abiertamente que el Estado Social de Derecho se funda en un principio inalterable de no discriminación.

A su vez, insistieron en que la decisión administrativa impugnada responde a un criterio sospechoso de discriminación que desconoce la cláusula general de igualdad de la Constitución contenida en el artículo 13. Por esa razón, “el interés superior del niño no puede servir como fundamento para cuestionar la orientación sexual de sus padres, pues ello constituye una forma de discriminación indirecta”[89]. Añaden que, “la familia como institución básica de la sociedad ha estado sujeta a un conjunto de transformaciones derivadas del cambio social contemporáneo. El modelo de familia tradicional ampliamente difundido como familia nuclear, de estructura heterosexual, ha cedido espacio a la creciente diversidad de opciones y formas de vida familiares”[90].

De esta manera, concluyeron su intervención defendiendo la idea de que la decisión libre y

autónoma de constituir una familia es un derecho protegido en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por tanto toda forma de vida familiar tiene derecho a la protección que puedan brindar el Estado, la comunidad internacional y la sociedad. De esta manera, los intervinientes le solicitaron a la Corporación confirmar el fallo de instancia y que se le ordenara a la Oficina de Registro de la Registraduría Nacional del Estado Civil abstenerse de obstaculizar o negar la inscripción en el registro civil de nacimiento de menores que forman parte de familias conformadas por personas del mismo sexo.

Comisión Colombiana de Juristas

Gustavo Gallón Giraldo, Mateo Gómez Vásquez y Valeria Silva Fonseca intervinieron como representantes de la Comisión en este proceso y solicitaron que la Corte confirmara la decisión de instancia y exhortara al Congreso a legislar sobre la materia a la que se refiere el caso. Inicialmente, sostuvieron “que el presente debate constitucional debe resolverse con base en una aplicación irrestricta del principio de igualdad y no discriminación, y asimismo en el interés superior de los niños y especialmente su derecho a tener una nacionalidad”[91]. Para empezar, y tras transcribir algunas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[92] y del Sistema Europeo de Derechos Humanos, sostuvieron que ya es claro que la orientación sexual hace parte de las categorías protegidas contra la discriminación que son oponibles al Estado colombiano.

Paralelamente, argumentaron que en el presente caso “resulta imprescindible (...) que la Corte realice una interpretación de las normas referidas al Registro Civil de Nacimiento Conforme a la Constitución y los tratados de derechos humanos, en el sentido de que se comprenda que el registro es procedente independientemente de la orientación sexual de sus padres” (resaltado fuera del texto)[93]. Esto se debe a que la condición de Antonio y Bassanio como padres de Bartleby y Virginia fue utilizada por las autoridades notariales como justificación para negar su registro civil.

De igual manera, los intervinientes se concentraron en explicar el contenido del derecho a la nacionalidad y los instrumentos nacionales e internacionales que lo reconocen. Todo esto, con el objetivo de denunciar que en el presente caso el Estado negó deliberadamente el reconocimiento de la misma a los niños, desconociendo que la solicitud presentada por Antonio y Bassanio cumplía con todos los requisitos legales. Para la Comisión, la actitud de las entidades accionadas tuvo una consecuencia directa sobre la protección de los derechos de los menores de edad pues, sin el registro civil, se limitó ostensiblemente la posibilidad de que sus derechos sean reconocidos por las autoridades colombianas. Asimismo, sostuvieron que la alegada falta de reglamentación que adujeron las entidades accionadas no es un argumento válido a la luz del derecho a la personalidad jurídica, toda vez que constituye un obstáculo que desconoce la prevalencia de los derechos de los menores de edad en el orden constitucional interno. Puesto de otra manera, para los coadyuvantes “la falta de regulación para este tipo de escenarios ha tenido como efecto la discriminación en perjuicio de los niños por el hecho de pertenecer a una familia diversa”[94].

Facultades de Derecho y Clínicas Jurídicas

Universidad Externado de Colombia

Los investigadores Marcelo Lozada Gómez, Camila Andrea Torres Mafiol y Laura Carolina Galeano Ariza solicitaron, en su coadyuvancia, que la Corte confirmara la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Medellín. Para respaldar su posición, argumentaron, en primer lugar, que los niños Bartleby y Virginia tienen derecho a la nacionalidad colombiana de acuerdo a lo señalado por el artículo 96 de la Constitución[95]. Para los intervinientes, “del estudio del expediente se desprende que la situación de los menores agenciados se enmarca a la perfección en lo prescrito por esta disposición constitucional”[96]. Además, esgrimieron que hay varias normas que forman parte del bloque de constitucionalidad - como la Convención sobre los Derechos del Niño- que establecen expresamente que los menores de edad tienen el derecho a tener un nombre y una nacionalidad.

Por otra parte, los intervinientes, adujeron que:

“en el caso concreto debe tenerse en cuenta que las entidades accionadas esgrimen razones meramente formales para negarse a registrar los niños. En otras palabras, niegan un derecho fundamental por obstáculos adjetivos y procesales. Esta actuación, a todas luces, carece de fundamento, máxime, cuando se trata de la materialización de los derechos de los niños, caso en el cual deben removerse todos los obstáculos que impidan o dificulten el pleno ejercicio de dichos derechos”[97].

En otro aspecto, la coadyuvancia planteó que las actuaciones administrativas de las entidades accionadas fue un negligente ejercicio de sus funciones legales y constitucionales. Estas acciones, según el escrito, estuvieron motivadas por una acción discriminatoria toda vez que “se trata de dos padres con orientaciones sexuales diversas a la mayoritaria (por lo que) al unísono (las autoridades) se abstuvieron de dar aplicación a las normas vigentes y los sometieron a procedimientos adicionales e innecesarios que continúan a la fecha”[98].

Finalmente, el escrito sostuvo que las partes accionadas incumplieron su deber constitucional de promover la progenitura responsable. Esto se debió a que, “la pareja conformada por los accionantes ejerció su derecho a conformar una familia y a escoger libre y responsablemente el número de hijos (y que) es deber del Estado apoyar el ejercicio responsable y respetuoso de los derechos de los niños y de la progenitura responsable”[99]. En el mismo sentido, consideraron que no se puede concentrar la discusión constitucional alrededor de la adopción por parte de parejas del mismo sexo ya que en el presente caso “los peticionarios son padres biológicos de los niños y adquirieron esta calidad desde el momento en el cual voluntariamente decidieron acudir a los avances científicos para concebir a sus hijos como pareja”[100]. Por tal razón, “no hay duda de que todos ellos constituyen una familia, la cual debe ser protegida en igualdad de condiciones”[101].

Universidad Autónoma de Bucaramanga

En un corto escrito, las integrantes de la Universidad Diana Carolina Pinzón Mejía y María Patricia Pabón, le solicitaron a esta Corporación amparar los derechos de Bartleby y Virginia y que, por esa razón, ordenara que se procediera con su inscripción en el registro civil de nacimiento. Para sostener dicha posición, señalaron que de los hechos del caso se puede comprobar que las autoridades aplicaron un criterio sospechoso de discriminación (la orientación sexual de Antonio y Bassanio) para negar el respectivo registro. Asimismo,

consideraron que las actuaciones administrativas desconocieron el principio constitucional del interés superior del menor de edad por lo que “los hechos que constituyen objeto de la acción de tutela objeto de revisión (constituyen) un hecho de violencia institucional y de maltrato a una familia por el hecho de su orientación sexual”[102].

Universidad Autónoma Latinoamericana

Los representantes de la Clínica Jurídica de Interés Público, el Observatorio en Derecho Constitucional y el Observatorio en Género y Derecho de la mencionada Universidad[103] presentaron en conjunto un escrito respaldando la solicitud de tutela de Antonio y Bassanio. En primer lugar, los intervinientes afirmaron que las actuaciones de las entidades accionadas vulneraron el estado civil de Bartleby y Virginia ya que sus decisiones desconocieron sus derechos fundamentales a la personalidad y a la nacionalidad. Igualmente, consideraron que “la negativa de la realización del Registro Civil de Nacimiento para los menores vulnera Derechos Humanos que vienen dados desde normas de carácter internacional a través de tratados internacionales ratificados por Colombia”[104]. En ese sentido, los coadyuvantes transcribieron varias normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos que establecen que los Estados deben garantizar la identidad de los menores de edad, su nacionalidad, el derecho a establecer vínculos familiares y a respetar la prohibición general de discriminación.

Por otra parte, los representantes de la Universidad explicaron en su escrito que las autoridades accionadas se abstuvieron de aplicar en sus actuaciones el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal reconocido en la Constitución y en varias sentencias de este Tribunal. Asimismo, consideraron que se deben amparar los derechos de los accionantes en atención a los avances y reconocimientos hechos por la jurisprudencia constitucional a las familias conformadas por parejas del mismo sexo. De esta manera, argumentaron lo siguiente:

“la Registraduría manifestó en forma ligera e irresponsable que en Colombia no se ha aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, ni se autoriza la adopción de menores por estas parejas, generando una respuesta infundada, basada en hechos y situaciones (...) que evidencia [sic] una práctica reiterada que se ajusta más al diseño y ejecución de un Estado de Derecho fundamentado en el principio de legalidad, más que al reconocimiento [sic] de los derechos de las minorías”[105].

Adicional a esto último, señalaron que la negativa de inscribir a Bartleby y Virginia en el registro civil de nacimiento vulneró los principios de la efectividad de los derechos y el principio pro homine consagrados en la Constitución. También, desconocieron los derechos sexuales y reproductivos de las parejas del mismo sexo particularmente el “decidir libremente el número de hijos e hijas que desee [sic] concebir, sin distinguir la calidad de la pareja”[106]. Por otro lado, para los coadyuvantes la “no realización del Registro Civil de los menores vulnera el núcleo esencial del derecho fundamental a la locomoción (puesto que) sus padres (se ven) sometidos a una situación en la que obligatoriamente resultan condicionados y restringidos en su libertad de locomoción [sic], bien sea por que [sic] se ven en la necesidad de permanecer con sus hijos (...) de manera ilegal en el territorio al ser

catalogados como "turistas"[107].

Universidad del Norte

Luz Estela Pabón y Juan Pablo Sarmiento, como representantes del mencionado Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte, radicaron ante la Corte un memorial de coadyuvancia respaldando las peticiones de Antonio y Bassanio. Su escrito se concentró en describir el marco general de los derechos de los menores de edad y reiteró que los mismos tienen prevalencia sobre los demás por mandato de la Constitución. Finalmente, y partiendo de lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil[108], concluyeron que, como quiera que "la condición de progenitores es reconocida por un instrumento jurídico extranjero válido en el lugar donde fue otorgado (...) no se puede proponer ninguna excepción, sin atacar los derechos de los niños a gozar de los amparos jurídicos derivados de la relación de parentesco que existe entre ellos y sus padres"[109].

Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (PAIS)

Los ciudadanos Andrea Parra, Juan Sebastián Jaime Pardo, Mariana García Jimeno, Juanita Nieto Lineros y María Paula Toro Hoyos presentaron una intervención a nombre del PAIS coadyuvando las solicitudes elevadas por Antonio y Bassanio en la tutela de la referencia. Para comenzar, señalaron que "negar el registro civil de un menor en general es quizás la forma más directa de vulnerarle todos sus derechos fundamentales. No permitir el registro civil de estos menores tiene como primera consecuencia impedir que se establezca legalmente su estado civil y su personalidad jurídica. Pero además, en Colombia, un menor sin registro civil no puede acceder a servicios de salud o educación"[110].

Ahora bien, para la organización, esta situación resulta más gravosa si se tiene en cuenta que "dicha violación de derechos surge como consecuencia de prácticas discriminatorias realizadas por entidades estatales de manera sistemática contra personas por orientación sexual diversa (ya que) la razón por la que estos menores no han sido registrados es precisamente porque sus padres tienen una orientación sexual diversa"[111].

Después de esa introducción general sobre el caso, PAIS agrupó las preguntas acerca del marco regulatorio del registro civil en Colombia y la inscripción en el mismo de menores de edad que nacieron en el extranjero y describió el procedimiento genérico de registro -ya resumido por otros intervinientes- y las obligaciones que tienen tanto los notarios como los cónsules de realizar dicho trámite.

Por otro lado, la organización concentró las preguntas sobre el procedimiento para registrar menores de edad que forman parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo que nacieron en Colombia y en el extranjero. En este punto, aseguró que:

"en aras de proteger el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo y de sus familias, el procedimiento para el registro de niños y niñas nacidos en Colombia y en el exterior debe ser el mismo que el que se aplica a niños y niñas de parejas heterosexuales. Actualmente, la legislación colombiana no prevé un procedimiento diferenciado de registro. Según las normas de interpretación de derecho, esto significa que el procedimiento de

registro de niños y niñas de parejas del mismo sexo debe ser el mismo, y sin embargo en la práctica se ha tendido a negar la solicitud de estas familias"[112]. Al negarse a aplicar un mismo procedimiento, según los intervinientes, las autoridades accionadas vulneraron los derechos a la dignidad humana[113], a la igualdad[114], a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y al nombre de Bartleby y Virginia.

Asimismo, en cuanto a los obstáculos y vacíos jurídicos que persisten para el registro de menores de edad que tienen derecho a la nacionalidad colombiana y que forman parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo, PAIS los resumen en dos tipos: i) los prejuicios que existen sobre la orientación sexual diversa en un país con una cultura tradicionalmente católica y patriarcal; y ii) la ritualidad excesiva con la que los funcionarios aplican las normas relacionados con el registro civil.

Respecto del primer obstáculo, los integrantes de PAIS señalaron que "lastimosamente las notarías no han estado ligadas al reconocimiento de los avances en derechos fundamentales vía judicial. En ese sentido, por ejemplo, las parejas del mismo sexo que quisieron declarar sus uniones maritales luego de la sentencia C-075 de 2007 debieron enfrentar violencia simbólica en las notarías del país donde sistemáticamente fueron rechazadas"[115]. Para sustentar dicha afirmación, citan algunas investigaciones[116] que demuestran que, solo en Bogotá, más del 30% de las notarías se negaban a adelantar el trámite de unión marital con "un variopinto abanico de excusas, entre ellas que la sentencia es muy reciente o que no hay una resolución o norma que le permita a las notarías realizar la declaración"[117]. De igual manera, el documento describió ejemplos similares frente a las sentencias de la Corte sobre matrimonio igualitario[118] y adopción por parte de parejas del mismo sexo[119].

Por esta razón, concluyeron que "lo que es un simple trámite para parejas conformadas por personas de diferente sexo se convierte en un camino de violencia administrativa para parejas del mismo sexo (...) las diferentes barreras administrativas constituyen una verdadera forma de violencia estructural que, además, implica la vulneración sistemática de los derechos de las parejas del mismo sexo, y, en este caso, de sus hijos e hijas"[120].

Con respecto al segundo obstáculo, la organización lo describió como el problema burocrático que representa para las parejas del mismo sexo "el simple hecho de que en el formato de Registro Civil de Nacimiento (...) hay una casilla para el nombre del padre y otra para el nombre de la madre"[121]. Los intervinientes manifestaron que no es plausible argumentar que la actuación de las entidades notariales sigue el tenor literal de lo que establece el artículo 52 del Estatuto del Notariado[122], pues se "debe tener en cuenta que no solamente esta ley es de hace cuarenta años, sino que gracias a los avances en la tecnología y en las dinámicas de la sociedad, este mismo tribunal ha reconocido diversas formas de familia (por lo que) es un hecho que puedan existir menores que tengan dos papás o dos mamás (de esta manera) lo mínimo que puede hacer el Estado es adaptar sus procedimientos administrativos a nuevas dinámicas que les plantea una realidad cambiante del país y la ciencia" (resaltado fuera del texto)[123].

Para finalizar, los coadyuvantes solicitaron que se confirme la sentencia de única instancia. Igualmente, pidieron que se exhorte a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la

Registraduría Nacional del Estado Civil para que establezcan las condiciones necesarias para que los funcionarios de notarías y registradurías apliquen el mismo procedimiento de registro que se utiliza en los casos de hijos de parejas conformadas por parejas heterosexuales a las conformadas por parejas del mismo sexo.

Universidad de los Andes

Isabel Cristina Jaramillo, profesora titular de la referida Facultad de Derecho, y los estudiantes Pablo Brando Espinosa y Felipe Valderrama Barahona, presentaron una coadyuvancia a la acción de tutela. En el mismo, se comenzó por describir el contenido de las principales normas del ya citado Estatuto del Registro Civil (Decreto Ley 1260 de 1970) para explicar la regulación aplicable a los procedimientos de inscripción de menores de edad en el mismo.

Por otra parte, y con respecto a las normas y protocolos que se deben aplicar en lo relativo al registro civil de menores de edad que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo, los intervinientes manifestaron que:

Con respecto a la tercera pregunta, los coadyuvantes comenzaron por transcribir varias normas del derecho internacional de los derechos humanos y sentencias de esta Corte relacionadas con el derecho a la nacionalidad y la personería jurídica. En ese sentido, argumentaron que:

“el procedimiento aplicable para inscribir el registro civil de un menor que tendría derecho a la nacionalidad colombiana pero que nació en otro país y cuyos padres presentan ante las autoridades nacionales o consulares un documento extranjero equivalente al registro civil colombiano, es el de reconocer la validez jurídica del certificado apostillado de nacimiento expedido por el extranjero, en virtud de la Convención de la Haya de 1961”[126].

A su vez, la intervención buscó aclarar que la inscripción del registro civil de nacimiento de un menor de edad que tiene derecho a la nacionalidad colombiana, como consideraron que ocurre en el presente caso, no determina el derecho aplicable sobre la relación filial de este con sus padres. En palabras de los coadyuvantes:

“se trata, por el contrario, de establecer si una filiación ya constituida en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al registro civil colombiano como consecuencia del tratado mencionado. De esa forma, se toma la filiación efectivamente como un atributo de la personalidad jurídica que el Estado no puede desconocer. Desde el punto de vista del interés superior del menor, así como del derecho a la seguridad jurídica, que su filiación no sea reconocida traería como consecuencia una atomización del núcleo familiar, teniendo una filiación en un Estado y otra en otro” (resaltado fuera del texto)[127].

Por último, con respecto a los obstáculos y vacíos legales que enfrentan las familias conformadas por parejas del mismo sexo en cuanto al registro de sus hijos, la intervención los resume en tres dificultades: i) la falta de regulación en los procedimientos de reproducción asistida; ii) la filiación presunta en las parejas homosexuales; y iii) la arbitrariedad de los funcionarios en estos procedimientos. En su escrito, la Universidad

explica de manera detallada el primero y el segundo de los obstáculos. En cuanto al primero, la intervención afirmó que dicha falta de regulación se deriva en una discriminación económica pues solo aquellas parejas que cuentan con los recursos económicos suficientes pueden acceder a este tipo de tratamientos. Frente a la arbitrariedad administrativa, el documento arguyó que “no comprender que dos hombres pueden ser padres o que dos mujeres puedan ser madres del mismo niño conllevan a una violación del derecho a la igualdad y al debido proceso”[128].

Universidad Libre -Sede Bogotá-

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, a través de los señores Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Alejandro Castro Escalante, presentó un memorial apoyando las pretensiones de los accionantes. Después de reproducir el contenido de algunas normas relacionadas con la personalidad y el registro de las personas, los intervinientes destacaron que las normas sobre la materia fueron promulgadas en una época donde la concepción artificial no existía por lo que no se tuvieron en cuenta las nuevas realidades que se desprenden de procedimientos como el del vientre subrogado.

Por otra parte, reconocieron que el derecho a la personalidad, a tener una nacionalidad y a tener una familia son elementos esenciales para obtener una protección integral en favor de los menores de edad. En ese sentido, “no existe impedimento legal y constitucional para que se registre a un menor de edad cuyos padres biológicos son una pareja del mismo sexo”[129].

Universidad Cooperativa de Colombia -Sede Pasto-

Diana Isabel Molina Rodríguez, integrante del grupo de investigación La Minga de la Universidad Cooperativa de Colombia, junto a Nathaly Rodríguez Sánchez, investigadora en asuntos de historia de género y de diversidad sexual de la Universidad Nacional, presentaron un escrito con varias reflexiones acerca del concepto de familia diversa. Para las investigadoras, “conforme lo ha evidenciado la Corte Constitucional, en Colombia se presenta una urgencia normativa frente a los nuevos contextos históricos de familia diversay de paternidad que requieren reconocimiento y trato acertado (sic) de parte del Estado y que han recibido solo respuestas anacrónicas y desfasadas desde el seno de los cuerpos legislativos en el país”[130].

Por consiguiente, para las intervinientes el caso de Bartleby y Virginia muestra como “la filiación y el parentesco son instituciones sociales que se han venido reformulando a sí mismas en los últimos años y que terminan modificando de manera radical la tradicional estructura sobre la familia que antaño parecía tan unívoca”[131]. Para demostrar estos cambios, el documento hace un juicioso recuento histórico de lo que denomina la “desarticulación entre paternidad y homosexualidad en Colombia”[132] para explicar cómo el Estado colombiano, desde sus inicios republicanos, ha perseguido la identidad de género y la orientación sexual no normativa. Así, “uno de los obstáculos que persisten en la inscripción del registro civil de menores que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo y que tendrían derecho a la nacionalidad colombiana es el estereotipo estigmatizante (sic) por parte de los funcionarios del registro civil en Colombia

que desvincula al homosexual del ejercicio de la paternidad” (resaltado fuera del texto)[133].

Por otro lado, la intervención realizó un análisis pormenorizado de las transformaciones científicas alrededor de los métodos de procreación humana en el mundo. El documento, resaltó que la realidad del tema a mediados del siglo XX -momento en el cual se expidieron las normas aún vigentes sobre el registro civil de las personas- ha variado sustancialmente por lo que:

“frente a la deconstrucción del parentesco por procreación heterosexual que vive nuestra cultura, la reglamentación sobre filiación debe encarnarse a las nuevas, pero no por eso anormales, formas de parentesco para proceder a un reconocimiento legal de la paternidad generadora de derecho y obligaciones entre los padres y los hijos que reconozca los elementos necesarios para la formalización de los vínculos afectivos y de paternidad los cuales hoy ya no provienen exclusivamente del parto y/o de la adopción”[134].

Adicionalmente, para las coadyuvantes, el caso resulta emblemático, pues la condición de paternidad que tienen Antonio y Bassanio sobre Bartleby y Virginia procede de “tecnologías de reproducción asistida (por lo que) sus hijos fueron concebidos en el seno de una familia de carácter homoparental legalmente constituida a través de unión marital de hecho (sic)”[135]. Esto, según el escrito, hace que se deba reconocer la legitimidad de la paternidad de los accionantes pues su situación se ajusta a la perfección con lo establecido por el artículo 213 del Código Civil[136] relativo a la presunción de legitimidad de la paternidad o maternidad en la familia.

Finalmente, la intervención concluyó que el presente caso le permitiría a la Corte analizar el tratamiento diferencial que se les otorga a las parejas que, por sus condiciones de procreación y paternidad, reciben un trato discriminatorio por parte de las autoridades de registro. Por esta razón es “muy importante promover desde la alta Corporación nuevos discursos de respeto en estas prácticas institucionales no obstante las diferencias presentes en los tipos de familia que acuden al registro de sus hijos”[137].

Universidad de Medellín

Sergio Estrada Vélez, en su calidad de director de la Clínica Jurídica en Teoría del Derecho de la referida universidad presentó un escrito con el objetivo de defender las pretensiones de los peticionarios. En primer lugar, el interviniente se limitó a transcribir un aparte considerable de la sentencia C-840 de 2010 de este Tribunal[138]. En esta decisión, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo de la Ley de Infancia y Adolescencia que estableció los requisitos para adoptar. Destacó el coadyuvante en su larga cita, los apartes referentes al reconocimiento expreso que tienen los menores de edad a formar parte de un núcleo familiar que les permita tener un desarrollo integral y adecuado.

Como conclusión, el señor Estrada Vélez relacionó varias normas internacionales sobre la protección de los niños y niñas. Luego, para terminar, sostuvo que el caso concreto no guarda relación alguna con las discusiones constitucionales alrededor del matrimonio igualitario y la adopción ya que los menores son hijos de Antonio y Bassanio y estos forman, a su vez, una unión marital protegida ya por la jurisprudencia constitucional. En definitiva,

“la ausencia de normas que regulan la adopción homoparental y el matrimonio en parejas del mismo sexo no debe impedir en absoluto la protección eficaz del derecho de los niños al reconocimiento de atributos de la personalidad tan importantes como su nacionalidad y la capacidad para ser sujetos de derechos”[139].

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Asunto bajo revisión y problema jurídico

2. Los peticionarios consideran que las actuaciones administrativas en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías Segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado, vulneraron los derechos fundamentales de sus hijos Bartleby y Virginia. Particularmente, sostienen que la decisión de estas entidades de negarse a inscribir a sus hijos en el registro civil de nacimiento constituye una práctica que desconoce sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y no discriminación, al reconocimiento a la personalidad jurídica y la cláusula de la prevalencia de los derechos de los menores de edad.

A su vez, las entidades accionadas consideran que dicho registro no era posible ya que se trata de un caso de una familia conformada por una pareja del mismo sexo y el formato de registro civil solo admite la inscripción de la identidad de un padre y una madre. Por lo tanto, y ante el hecho de que la función notarial es una actividad reglada en la ley, no fue posible, según estas instituciones, proceder a dicha inscripción.

El juez constitucional, en única instancia, amparó los derechos de los menores de edad Bartleby y Virginia. El Tribunal, básicamente, consideró que: (i) la negativa de las entidades accionadas a realizar la inscripción ponía a los niños en una situación de riesgo inminente que hacía de la tutela el mecanismo adecuado para la protección de sus derechos; y (ii) en aplicación del principio del interés superior del menor de edad era necesario garantizar el derecho a la personalidad jurídica de Bartleby y Virginia.

3. De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, debe resolver varios problemas jurídicos. En primera instancia, debe determinar si la acción de tutela en este caso resulta procedente. Ahora bien, en caso de que se supere el análisis de procedencia, el Tribunal debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿la negativa de las autoridades consulares y notariales de inscribir en el registro civil de nacimiento a dos menores de edad que (i) nacieron en el exterior, (ii) tienen derecho a la nacionalidad colombiana, (iii) cuentan con un documento equivalente de registro extranjero, y que (iv) forman parte de una familia cuyos padres son del mismo sexo, vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

4 Con el fin de resolver los problemas jurídicos la Sala, (i) estudiará la procedibilidad de la acción de tutela; (ii) abordará el estudio del contenido general y los elementos de la cláusula de interés superior de los derechos de los menores de edad en la Constitución y el

derecho que tienen los niños a conformar una familia y a no ser separado de ella; (iii) se referirá a la protección legal y constitucional de la relación filial entre padres e hijos; (iv) explicará cuáles son las obligaciones y límites de la función notarial; y (v) analizará el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

5. Para realizar un análisis cuidadoso sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso es necesario abordar diferentes temas. Por ello, la Sala (i) evaluará las reglas de la legitimación por activa en casos donde los padres de familia invocan la protección de los derechos de sus hijos a través de la acción de tutela; (ii) resumirá los precedentes de la Corte sobre la procedencia de la acción de tutela contra notarios; y finalmente (iii) examinará el contenido del requisito de la subsidiariedad de la tutela cuando existen otros mecanismos de defensa en el ordenamiento jurídico.

Legitimidad por activa de los padres de familia en tutelas que invocan derechos de sus hijos. Reiteración de jurisprudencia[141]

6. Toda vez que los actores en el presente proceso actúan en representación de sus hijos, es preciso examinar los precedentes que la Corte Constitucional ha construido acerca de la legitimidad que tienen los padres para actuar en defensa de sus hijos en circunstancias donde pueden configurarse posibles vulneraciones a sus derechos.

Es importante recordar que el amparo constitucional en principio, fue concebido como una acción cuyo derecho de postulación se encuentra radicado en la persona a quien se le vulneran u amenazan derechos fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en los casos que señalan: (i) el artículo 86 de la Constitución[142] y; (ii) el Decreto 2591 de 1991 que reglamentó los procesos de tutela.

De esta manera, en los términos del artículo 10 del mencionado decreto[143], la acción de tutela puede ser ejercida: (i) directamente por la persona afectada o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; (ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales; o (iii) por agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

7. Ahora bien, en el caso de menores de edad, que claramente no están en condiciones de promover su propia defensa, la Corte Constitucional ha precisado que no se requiere darle aplicación al rigorismo procesal que se le exige a un tercero para que pueda interponer la tutela como agente oficioso de otra persona. Además de que la indefensión, tratándose de los niños, resulta notoria, es claro que los padres actúan como representantes legales de sus hijos menores de edad en virtud de las facultades que se derivan del ejercicio pleno de la patria potestad. De hecho, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta[144] consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.

A este respecto, por ejemplo, en la sentencia T-462 de 1993[145] la Corte concluyó que cualquier persona puede interponer una acción de tutela ante la eventualidad de una

vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los niños. Esto, toda vez que la interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño. Una interpretación restrictiva de la norma tendiente a la protección de los derechos de los menores de edad, limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de sus derechos, en detrimento de su necesidad de recibir una protección especial.

A su vez, en la sentencia T-439 de 2007[146], la Corte continuó aplicando esta regla, en una tutela en que un padre presentó la acción en nombre de su hijo. En esa oportunidad, señaló que cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, por lo que no interesa calificar la legitimidad de la persona que la promueve.

En suma, los anteriores precedentes demuestran que en aras de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes, sus familiares, en especial sus padres, pueden interponer acciones de tutela para asegurar el respeto de los mismos frente a las acciones de las autoridades. En consecuencia, Antonio y Bassanio gozan de toda la legitimidad procesal para interponer el presente amparo constitucional y solicitar la restauración de los derechos de Bartleby y Virginia, objetivo constitucional que sin duda resulta genuino. Ahora bien, como quiera que la tutela va dirigida contra las actuaciones de varias autoridades de registro, incluyendo a un número plural de Notarios, es importante examinar lo que ha dicho el Tribunal acerca de las acciones constitucionales de protección que se presentan contra estos servidores.

La acción de tutela contra actuaciones notariales. Reiteración de jurisprudencia.

8. Desde sus inicios, este Tribunal ha abordado el análisis de tutelas dirigidas contra actuaciones realizadas por Notarios Públicos. Así, en la sentencia T-464 de 1995[147] el Tribunal conoció de una acción constitucional impetrada contra un notario que se abstuvo de resolver una petición ciudadana. En esa oportunidad, la Corte concedió el amparo al considerar que los notarios, como particulares que prestan un servicio público, están obligados por la Constitución a resolver de fondo las solicitudes que ante ellos eleva la ciudadanía.

Por otra parte, en la sentencia T-729 de 2011[148] la Corte conoció el caso de una tutela presentada contra un notario que se negó a corregir la fecha de nacimiento consignada en el registro civil de nacimiento. Al conceder el amparo, el Tribunal fue claro en señalar que la tutela es un mecanismo idóneo para proteger la personalidad jurídica de las personas, derecho sobre el cual los notarios tienen unas facultades importantes como se explicará en detalle más adelante. Por esta razón, las actuaciones notariales pueden ser sometidas al control de los jueces constitucionales, ya que las mismas tienen una relación estrecha con una serie de derechos fundamentales que se desprenden del reconocimiento de la existencia jurídica de las personas.

Este criterio fue ratificado por la sentencia T-551 de 2014[149], oportunidad en la cual la Corte conoció el caso de una tutela elevada contra la Notaría Primera de Bogotá por el padre de un menor de edad al que, después de nacer en Panamá, no le fue reconocida la nacionalidad colombiana. En este caso, el Notario accionado consideró que no era posible

realizar tal reconocimiento debido a que en el certificado de nacimiento panameño el padre no realizó el reconocimiento de su hijo por lo que en el mismo solo estaba consignado el nombre de su madre. La Corporación en dicha oportunidad amparó los derechos del menor de edad y ordenó realizar la respectiva inscripción, argumentando principalmente que el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación verdadera, así como el derecho al estado civil, hacen parte de los atributos de la personalidad y son reconocidos ampliamente por los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, así como por la Constitución y la ley. Por esta razón cualquier actuación de una autoridad pública, o de un particular que cumple funciones públicas, que los vulnere, debe ser corregida por los jueces constitucionales.

9. En definitiva, como quiera que los Notarios juegan un papel determinante en la protección del estado civil de las personas, sus actuaciones pueden ser controlados por los jueces de tutela. Cualquier omisión, deliberada o no, sin duda tiene un efecto perturbador sobre el reconocimiento de la personalidad de los individuos, un derecho elemental que se desprende de la misma condición humana. Sin embargo, ya que la acción de amparo solo puede presentarse para buscar la protección de un perjuicio inminente ante la falta de otros mecanismos idóneos, la Sala Plana debe realizar un análisis de subsidiariedad en el presente caso. Esto se debe a que, como lo advirtió el Ministerio Público, podrían existir varias medidas de restablecimiento de derechos a disposición de Antonio y Bassanio que en teoría pueden proteger de manera eficiente los derechos fundamentales de sus hijos Bartleby y Virginia.

Subsidiariedad de la acción de tutela frente al Proceso de Restablecimiento de Derechos de los menores de edad. Reiteración de jurisprudencia

10. Para la Corte resulta claro que la tutela se convierte en el medio eficaz para proteger los derechos de Bartleby y Virginia ya que los instrumentos de restablecimiento de derechos son procesos meramente administrativos y el ya citado artículo 86 de la Carta señala que la tutela no procede siempre que exista otro medio de defensa judicial. En ese sentido, para la Sala resulta claro que en el ordenamiento legal colombiano no existe otro procedimiento jurisdiccional que permita reestablecer los derechos de Bartleby y Virginia. Más aún, cuando en este caso se trata de dos niños que están en su primera infancia y cuya personalidad jurídica, y por lo tanto el acceso a todos los servicios que ofrece el Estado para garantizar su desarrollo integral, se ve afectado por las autoridades de registro. No existe por lo tanto, dentro del ordenamiento jurídico, otro mecanismo que pueda garantizar una resolución oportuna y eficaz del caso. Además, como se explorará en el análisis material del caso, los medios con los que cuenta el Proceso de Restablecimiento de Derechos no están dirigidas a resolver una posible situación de discriminación estructural, y por lo tanto un probable déficit de protección constitucional, que padecen los hijos de una familia diversa y que, en razón del artículo 96 de la Constitución, tienen derecho a la nacionalidad colombiana.

Bajo esta premisa, el Tribunal explicará las razones por las que considera que el Proceso de Restablecimiento de Derechos tiene un alcance limitado, dirigido a restaurar los derechos en cada caso concreto y solo ante una responsabilidad imputable directamente a los padres de familia o cuidadores. De acuerdo con lo señalado por el Código de Infancia y Adolescencia[150], el Proceso de Restablecimiento de Derechos de los menores de edad se

encuentra concebido con el objetivo de adelantar todas aquellas actuaciones que sean necesarias para restaurar en los niños, niñas y adolescentes su dignidad e integridad como sujetos y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. El Legislador les otorgó a las autoridades administrativas la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. En otras palabras, dicho proceso se activa cuando existen hechos claros y objetivos que demuestren que los padres no pueden atender a sus hijos.

Para hacerlo, el artículo 53 del mencionado Estatuto[151], incorporó al ordenamiento varias medidas para reestablecer los derechos de los menores de edad que se encuentran en situación de vulnerabilidad asociada a conductas de sus padres de familia o de quienes tienen a cargo su cuidado. Las mismas, dirigidas a los padres de los niños, niñas y adolescentes o a las diferentes autoridades públicas, se pueden resumir de la siguiente manera: i) amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; ii) retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; iii) ubicación inmediata en medio familiar; iv) ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; v) la adopción; y vi) cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, lo que incluye la promoción de acciones policivas, administrativas o judiciales.

Como se puede ver, el objetivo del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos es proteger a los niños de las actuaciones de su propia familia. Los mecanismos de prevención y sanción tienen como fin exclusivo proteger al menor de edad de su entorno familiar, incluso con sustracción del mismo. En este caso, sin embargo, Antonio y Bassanio han actuado de manera responsable y han honrado todas las responsabilidades que, como padres, tienen con sus hijos Bartleby y Virginia. Admitir que el recurso procedente en este caso es alguno de los que contempla el Código de Infancia y Adolescencia, implicará partir de una premisa equivocada ya que la situación de riesgo generada contra los niños no tiene ninguna relación con alguna omisión deliberada de sus padres. Es claro, que los dos hombres han actuado con el cariño, amor, afecto y responsabilidad propios de unos buenos progenitores así que bajo ninguna circunstancia la Sala observa que se cumple con la premisa que activa estos mecanismos urgentes de protección, esto es una violación flagrante de los derechos de los niños cuya responsabilidad directa recae sobre quiénes están obligados a protegerlos.

11. Además, la jurisprudencia de la Corte ha señalado de manera clara, sostenida y consistente[152] que, cuando se trata de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la regla de subsidiariedad es menos rigurosa y se debe atender de manera primordial el interés superior de los menores de edad. En este sentido, en la sentencia SU-961 de 1999[153], la Sala Plena de esta Corporación, al analizar si la tutela prospera cuando existieran otros mecanismos judiciales para impugnar una decisión determinada, señaló que el juez constitucional está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a la persona que acude a la tutela, en cada caso

concreto. Si no es así, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, y el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, caso en el cuál es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales. Así, la existencia de las otras vías judiciales pertinentes debe ser analizada en cada caso concreto en cuanto a su eficacia e idoneidad. Por ello, acogiendo lo dicho por la sentencia T-034 de 2013[154], si el medio no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral para el derecho comprometido, es procedente conceder la tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados[155].

Con todo, en lo que respecta al caso particular de los menores de edad, por ejemplo, en la sentencia T-115 de 2014[156] la Corte analizó la eficacia de la tutela frente a los medios ordinarios de defensa judicial o administrativa en materia de familia. En esta oportunidad, el Tribunal concluyó que la tutela es el medio más adecuado para proteger los derechos de los menores de edad toda vez que, bajo estas circunstancias, el juez debe evaluar con especial atención la idoneidad y la eficacia del medio ordinario para determinar si el mismo puede garantizar el principio constitucional de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, la tutela se convierte en el medio idóneo para tal fin, como instancia dotada del suficiente poder frente a autoridades o particulares renuentes al cumplimiento de los derechos fundamentales de los menores de edad. Por su parte, en la ya mencionada sentencia T-551 de 2014 la Corporación concluyó que la informalidad de la acción de tutela adquiere mayor relevancia cuando están involucrados derechos de los menores de edad ya que se trata de proteger a personas en una situación de vulnerabilidad material evidente.

12. Así las cosas, la Sala considera que concurren las circunstancias que permiten concluir que la acción de tutela es idónea para proteger los derechos fundamentales de las personas que invocan, ante la justicia constitucional, ser víctimas de una violación a su derecho a tener una familia y no ser separada de la misma. En particular, cuando el caso involucre la conculcación de los derechos de algún menor de edad el estándar de subsidiariedad fijado por el artículo 86 de la Carta se atenúa en la medida en que se debe materializar la prevalencia de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 de la misma. Dicho esto, la Sala considera que esta acción de tutela es procedente por lo que pasará ahora a examinar los contenidos sustanciales descritos en el problema jurídico.

Los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano. Reiteración de jurisprudencia.

13. En este segundo capítulo, la Sala abordará el tema del contenido general y los elementos de los derechos fundamentales de los niños y la cláusula constitucional de prevalencia de los mismos. Para hacerlo: (i) explicará el alcance del derecho de los niños a

tener una familia y no ser separados de ella y los riesgos asociados a su inobservancia; (ii) resumirá las reglas jurisprudenciales sobre la protección a la familia diversa; y (iii) abordará el estudio del derecho a la igualdad, particularmente la prohibición de discriminación por origen familiar contemplada expresamente en la Constitución

Derechos de los niños a tener una familia y no ser separado de ella

14. El rango especial que ostentan los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento constitucional es un mandato expreso reconocido en el ya citado artículo 44 de la Constitución. Desde los inicios del Tribunal, como se puede ver por ejemplo en la sentencia T-029 de 1994[157], se ha entendido que esta especial protección se deriva del interés general que debe tener toda sociedad democrática en la infancia. Lo anterior se traduce en un deber ineludible del Estado, como lo recordó también la sentencia T-215 de 1996[158], de respetar dicha prevalencia, y de actuar de manera inmediata e incondicional, siempre que el infante se halle en estado de necesidad o ante una amenaza cierta y grave de sus derechos, como deber prioritario e ineludible. Si los derechos de los niños son prevalentes, el deber del Estado de asistencia y protección a la infancia, también lo es. Luego no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia de la acción del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores de edad, porque el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica. Esta responsabilidad, como ya se explicó en el análisis de procedencia, implica que la acción de tutela resulta ser el mecanismo adecuado por excelencia para resolver casos donde la acción u omisión de las autoridades públicas pone en riesgo la exigibilidad de los derechos de los menores de edad.

15. Más aún, este Tribunal también ha establecido que el artículo 44 de la Constitución debe ser entendido bajo dos dimensiones. La sentencia C-157 de 2002[159] afirmó que se debe resaltar la doble categorización que dicha cláusula hace de las garantías contempladas para los menores de edad. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales por lo que se le deben dar las garantías propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor de edad se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste.

Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior del menor de edad en caso de que sus derechos o interés se encuentren en algún grado de conflicto. La sentencia T-510 de 2003[160] señaló a este respecto que es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, niñas y adolescentes desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Igualmente, las autoridades públicas deben garantizar las condiciones para su pleno ejercicio y protegerlo frente a riesgos prohibidos, abusos y arbitrariedades que constituyan condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico. En ese sentido, solo razones poderosas pueden justificar la intervención de Estado en las relaciones paterno-filiales. Deben existir motivos de fuerza que justifiquen medidas que tengan como

efecto separar a los menores de edad de su familia. Lo contrario, equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable que resulta ser frontalmente violatoria de los artículos 13 y 44 de la Carta.

16. Por otra parte, la atención especial que merecen los niños, niñas y adolescentes se justifica por su propia condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, la sentencia C-172 de 2004[161], al revisar la constitucionalidad del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos a los Niños relativo a su participación en conflictos armados, reafirmó que los menores de edad son individuos frágiles, que se encuentran en proceso de formación, y como tal dicha población se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, se resumen en: i) el respeto de la dignidad humana que, como lo señala la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social; y iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.

Esta prevalencia ha sido importante en muchas actuaciones de la Corte que han tenido que ver con normas o actuaciones que involucren los derechos de los menores de edad. Por ejemplo, al controlar la constitucionalidad de algunas normas del Código de Infancia, la sentencia C-468 de 2009[162] recordó que a partir del estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de los niños, niñas y adolescentes, éstos han sido proclamados como sujetos de especial protección constitucional. Así, dicha protección especial tiene una finalidad liberadora del menor y promotora de su dignidad, orientada a la adopción de medidas positivas en la defensa de sus derechos, incluyendo las que se puedan desarrollar por mandato judicial, que permitan garantizar su ejercicio libre y autónomo, de acuerdo con la edad y madurez. Bajo esta premisa, toda autoridad pública debe entender que la situación de fragilidad en la que se encuentran los menores de edad frente al mundo, le impone al Estado cargas y compromisos mayores en la defensa de sus derechos, con respecto a lo que debe hacer para proteger los derechos de otros grupos que no se encuentran en situación de fragilidad. Igualmente, la función pública debe estar dirigida a promover la prevalencia de los mismos con el objetivo de construir una sociedad democrática, en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad.

17. Dicho de otro modo, la naturaleza y alcance de la prevalencia de los derechos de los menores de edad es un mandato expreso contenido en la Constitución que tiene una relación con la condición de sujetos de especial protección de los niños, niñas y adolescentes. Igualmente, y de manera reiterada y reciente como se puede observar en la sentencia C-239 de 2014[163], el Tribunal ha indicado que el artículo 44 no trae una lista taxativa de derechos y que los mismos pueden incluir los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Frente a este último, la Sala Plena considera necesario realizar algunas consideraciones puntuales dada la relevancia que tiene entender su contenido y alcance para la resolución de los problemas jurídicos planteados.

18. Es así como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella ha sido protegido de manera sostenida por esta Corte. En efecto, por ejemplo en la sentencia T-278 de 1994[164] el Tribunal recordó que la familia es la primera institución social e incluso es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que por lo tanto están instituidas para servir a su bienestar, del cual dependen las condiciones para un desarrollo pleno e integral de la persona. En ese sentido, puede afirmarse, como lo hizo la sentencia T-587 de 1998[165], que la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño en situación de abandono no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, peligro de trata, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos inapropiados. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad. Por esta razón, la violación del mismo implica una degradación del ser humano de tal magnitud que resulta incompatible con el principio de dignidad consagrado en la Carta. Cualquier separación abrupta, intempestiva e injustificada de un niño y su familia hace que se desconozca su pertenencia a una institución necesaria para su desarrollo integral lo que lo priva de un factor determinante de su más íntima individualidad.

19. Además, como lo recordó esta Corporación en la sentencia T-153 de 2000[166] este derecho tiene una protección reforzada, ya que está explícitamente reconocido en normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad a través de la aplicación sistemática del artículo 93 de la Carta[167]. En particular, resulta apropiado resaltar lo señalado por el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[168], el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[169], el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño[170] y el artículo 16 del Protocolo de San Salvador[171]. Por otro lado, y como situación derivada de las obligaciones internacionales del Estado, el Tribunal ha reconocido, como lo hizo en la sentencia T-572 de 2009[172], que el derecho a tener una familia tiene una faceta prestacional que hace que las autoridades se encuentren constitucionalmente obligadas a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar. Entre otras cosas, dichas actuaciones no pueden encaminarse exclusivamente hacia la implementación de medidas de restablecimiento de derechos sino a generar las condiciones necesarias para facilitarle a los padres cumplir con sus deberes de cuidado, solidaridad y protección para con sus hijos, como lo es un sistema de registro civil ágil y efectivo.

Con todo, recientemente la sentencia T-044 de 2014[173] recapituló el contenido esencial del derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. En síntesis, dicho derecho implica que un menor de edad no puede ser separado de su familia a menos que concurran circunstancias excepcionales, expresamente previstas en la ley, que demuestren que su desarrollo o integridad física estén en riesgo. Igualmente, dicho derecho tiene una dimensión prestacional que obliga al Estado a remover cualquier barrera administrativa para el goce del mismo y que va más allá de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos propias de la jurisdicción de familia.

20. Ahora, toda vez que el caso afecta principalmente el derecho de los niños Bartleby y Virginia a tener una familia diversa y no ser separado de ella, resulta oportuno resumir brevemente las principales reglas jurisprudenciales que esta Corte ha desarrollado para proteger este tipo de uniones.

La protección constitucional de las parejas a la familia diversa

21. De manera reciente, pero reiterada y vigente[174], la Corte Constitucional ha escriturado una sólida jurisprudencia que reconoce la importancia de la familia diversa en nuestro ordenamiento constitucional. Por ejemplo, la sentencia C-075 de 2007[175] señaló con precisión, al conocer una demanda contra la Ley 54 de 1990, que el déficit de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual, resultaba lesiva de la dignidad de la persona humana, contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y que se constituía en una forma de discriminación, proscrita por la Constitución.

Por esa razón, la Corte consideró que el régimen de la Ley 54 de 1990, en la medida en que aplicaba exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluía de su ámbito a las parejas homosexuales, resultaba discriminatorio. Declaró la exequibilidad de la mencionada norma, pero en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. De esta manera, a partir de esa decisión, las parejas homosexuales que cumplan con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y los beneficios que se derivan de la misma.

22. Bajo este principio, y después de reconocer también el derecho que tienen estas parejas a ser beneficiarios del régimen de salud[176], de la pensión de sobrevivientes[177] e, incluso, de la extensión del delito de inasistencia alimentaria[178] y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todo funcionario público[179], la Corte aceptó plenamente que la Constitución reconoce el principio de familia diversa y que, particularmente las que están conformadas por parejas del mismo sexo, están sujetas a un déficit de protección que debe ser corregido por el Estado. Puntualmente, la sentencia C-577 de 2011[180], señaló que la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. De esta manera, en su conformación, la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros.

21. En conclusión, para la Sala es claro que la jurisprudencia vigente reconoce plenamente el carácter diverso de la familia sin hacer ninguna distinción acerca de la exigibilidad que tienen los derechos de los niños en los distintos tipos de unión. En otras palabras, mientras el concepto de familia se ha ampliado de manera progresiva, la regla de respeto absoluto por los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separado de la misma se ha mantenido incólume con el paso del tiempo. Sin importar el tipo de hogar, los derechos de los niños prevalecen y las grandes garantías que el régimen constitucional reconoce para

su protección no cambian en los más mínimo.

22. Por otro lado, Antonio y Bassanio, en su escrito de tutela, alegan que las actuaciones de las entidades demandadas, especialmente las notarías accionadas, desconocieron el derecho a la igualdad de sus hijos, especialmente la prohibición expresa que contiene la Constitución de discriminar por origen familiar. Por esta razón, para la Sala resulta importante presentar algunas consideraciones sobre la definición que la Corte le ha dado al derecho a la igualdad y, tratándose de un caso donde existe una aparente discriminación, las reglas que la Corporación ha establecido para, mediante el juicio de igualdad, determinar si existe un trato discriminatorio basado en un criterio sospechoso que, como el del origen familiar, debe ser condenado por el juez constitucional.

Alcance y contenido del derecho a la igualdad

23. Para empezar, la Sala quiere recordar de manera breve que el concepto de igualdad aplicado por este Tribunal desde su creación parte de la definición aristotélica clásica que reconoce que, bajo un concepto elemental de justicia, los ciudadanos de características semejantes deben recibir el mismo tratamiento, mientras que los que ostentan otras particularidades deben recibir un trato diferencial. Sin embargo, la Corte advirtió por ejemplo en la sentencia T-230 de 1994[181], que esta fórmula solo es válida dentro del ordenamiento constitucional si se complementa con algún elemento de valoración que permita establecer una calificación de lo igual y de lo desigual. En ese sentido, como lo recordó la sentencia C-040 de 1993[182] el derecho a la igualdad no se traduce en una igualdad mecánica sino que se basa en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones de la persona. Esto, no implica otra cosa que la aplicación efectiva del principio de igualdad no puede desconocer la pluralidad de características de un ciudadano ya que la vigencia del Estado de Derecho solo admite un trato diferenciado si existe un motivo razonable que lo justifique.

24. Asimismo, atendiendo el carácter excepcional de los actos discriminatorios, el Tribunal ha reconocido una particularidad en la forma de probar los mismos. Por ejemplo, en la sentencia T-098 de 1994[183] la Corte conoció una tutela donde se alegaba un trato diferenciado a partir de la edad de la persona. Al amparar los derechos del ciudadano en aquella ocasión, la Sala de Revisión fue enfática en indicar que, ya que la discriminación suele ser difícil de probar, es apropiado que la carga de la prueba sobre la inexistencia de un trato de esta naturaleza recaerá sobre la autoridad sobre la cual se predica la acción vulneradora. Esta teoría de la prueba, se debe aplicar especialmente en casos donde la clasificación que se hace de una persona es sospechosa, esto es, cuando la misma guarda relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios en la cláusula de igualdad, como lo es la orientación sexual.

De esta manera, el alcance inicial que la Corte le dio al derecho a la igualdad, se ha mantenido incólume en la jurisprudencia constitucional[184]. Así, a partir de la definición clásica y la prohibición de establecer un trato discriminatorio irrazonado, la Corte ha reconocido en reiteradas ocasiones, como lo hizo de manera reciente en la sentencia C-178 de 2014[185], que existen tres dimensiones o manifestaciones constitucionales del derecho a la igualdad. En efecto, bajo una interpretación sistemática del artículo 13 de la

Constitución Política[186], la Corporación ha dicho que de la cláusula de protección del artículo 13 de la Constitución se derivan: i) una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; ii) una prohibición de discriminación, que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos construidos a partir de -entre otras- razones de sexo, raza, origen étnica, identidad de género, religión u opinión política; y iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas). En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica tiene sentido sólo en la medida en que se determine un patrón de igualdad, se identifique a los sujetos a comparar, se diga frente a qué derecho o interés se debe predicar la igualdad y se elabore en detalle criterios razonables para establecer una excepción a ese trato.

Ahora, como se detalló al inicio de este capítulo, la Sala considera relevante analizar la estructura general de los juicios de igualdad que, siguiendo la definición del derecho a la igualdad que se acaba de realizar, ha aplicado este Tribunal en casos donde existe una posible discriminación por identidad de género u orientación sexual. Esto, toda vez que los accionantes, como una familia integrada por una pareja del mismo sexo y sus hijos, alegan que la actuación de las entidades accionadas está fundamentada precisamente en la naturaleza de su unión.

25. Así las cosas, para establecer eventuales violaciones del derecho a la igualdad, resulta adecuado explicar el llamado test de igualdad[187]. En primer lugar, es necesario recordar brevemente los contenidos de dicho test, sus principales elementos y la evolución que ha tenido la jurisprudencia constitucional sobre la materia así como las particularidades que tiene cuando se aplica a casos de discriminación por identidad de género u orientación sexual.

Una primera versión del juicio de igualdad[188] se puede encontrar en la sentencia C-022 de 1996[189] donde la Corte examinó la constitucionalidad de una norma que otorgaba, a aquellas personas que prestaran el servicio militar, una bonificación del 10% en el puntaje de los exámenes para acceder a la educación pública universitaria. En dicho fallo, el Tribunal concluyó que dicho beneficio era inconstitucional y para hacerlo estableció un test de proporcionalidad[190], que debía determinar si las normas acusadas de violar la cláusula general de igualdad: i) perseguían un objetivo a través del establecimiento del trato desigual; ii) ese objetivo era válido a la luz de la Constitución; y iii) el trato desigual era razonable, es decir, el fin que perseguía era proporcional con la medida discriminatoria que implementaba. A su vez, la última etapa del test estaba conformada por tres elementos, así:

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso

de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”(resaltado fuera del texto)[191].

26. Una segunda versión del test de igualdad se puede encontrar en la sentencia C-093 de 2001[192]. En esa oportunidad, la Corte concluyó que el requisito de edad de 25 años para el adoptante que quisiera adoptar un menor de edad era constitucional. Al hacerlo, el Tribunal incorporó la teoría de los niveles de intensidad[193] al test de igualdad, así:

“(el test de igualdad) 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”.

En el escrutinio débil o suave, para que una norma sea declarada constitucional basta con que el trato diferente que se examina sea una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”[194]. Por lo tanto, en este tipo de test se constata 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”[195].

Por otra parte, el escrutinio estricto se aplica cuando una diferenciación se fundamenta en lo que la doctrina constitucional ha denominado “criterios sospechosos” que son causas de discriminación prohibidas explícitamente por la Constitución[196] 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”[197].

Por último, el juicio intermedio es una categoría que se sitúa entre los dos niveles de intensidad anteriormente descritos. Se aplica, entre otros, en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente desfavorecidos. Esta hipótesis se refiere a las llamadas “acciones afirmativas”[198] donde se utiliza un criterio de género o raza para, por ejemplo, promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior. Como el criterio sospechoso no promueve una diferenciación sino que intenta reducir la brecha entre dos o más comunidades 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”[199]. Sobre estas medidas debe aplicarse un escrutinio intermedio que determine: “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”[200].

27. Finalmente, la última etapa de la evolución jurisprudencial del test de igualdad -y que también recoge la citada sentencia C-093 de 2001- se encuentra definida en lo que la Corte Constitucional ha llamado un juicio integrado de igualdad que combina el test de proporcionalidad de la primera versión del juicio con los niveles de escrutinio de la segunda fase, así:

“La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional” (resaltado fuera del texto)”[201].

28. En el caso específico de la discriminación por origen familiar, la regla judicial desarrollada tiempo atrás por este Tribunal ha sido clara en manifestar que cualquier distinción de este tipo vulnera la cláusula general de igualdad de la Constitución. Por ejemplo, en la sentencia T-606 de 2013[202] la Corte examinó el caso de una menor de edad que, por ser hija de crianza de un empleado de Ecopetrol, no fue incluida en el régimen especial de salud que ofrece la empresa a sus trabajadores y familiares. Al amparar los derechos de la niña, la Corte recordó que toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar es abiertamente contraria a la Constitución ya que la misma proscribe toda diferenciación ejercida contra los hijos o contra descendientes de cualquier grado.

Asimismo, el Tribunal ha establecido explícitamente que el derecho a la igualdad tiene una relación estrecha con el principio de dignidad humana, pues se deriva -como lo plantea la definición transcrita- del hecho de reconocer que todas las personas, como ciudadanos, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas. Según este mandato, como lo recuerda la sentencia C-748 de 2009[203], le corresponde al

Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptando medidas a favor de grupos sistemáticamente discriminados.

29. De este recuento es posible concluir que, bajo el principio y derecho a la igualdad, los ciudadanos deben vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación. Este derecho tiene un nexo inescindible con los derechos a la dignidad, a la personalidad jurídica y a la prevalencia de los derechos de los menores de edad ya que cualquier discriminación que no sea razonable, afecta de manera sustancial el proyecto de vida de la persona y su capacidad para ejercer plenamente su individualidad. Además, cuando se trata de categorías como el origen familiar, el test deberá ser estricto, como la Corte lo recordó en la sentencia C-257 de 2015[204], cuando conoció de una demanda contra la Ley 54 de 1990 y sus artículos que se refieren a las sociedades conyugales. En efecto, este tipo de escrutinio procede ante criterios sospechosos -por ejemplo los prohibidos expresamente por la Constitución- y exigen un análisis de racionalidad indiscutible en la justificación de las medidas desiguales. Por eso el juez constitucional debe analizar si los fines perseguidos y los medios utilizados son legítimos y necesarios respectivamente. Igualmente, es ineludible observar si la relación entre uno y otro no implica una restricción excesiva y exagerada sobre los principios y valores que, como la igualdad o el derecho a tener una familia, se encuentran reconocidos por la Carta Política.

30. Ahora bien, siguiendo la estructura de resolución propuesta, la Sala pasará a explicar la importancia que tiene la relación filial para garantizar los derechos de los menores de edad. En particular, se explicará el contenido y alcance de los derechos a la vida digna, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad como quiera que están intrínsecamente relacionados con el núcleo familiar de la persona y las garantías que ofrece el Estado para su normal desarrollo. Igualmente, la Sala abordará el tema de los procesos de fertilización in vitro en parejas del mismo sexo -acudiendo a la literatura científica vigente sobre la materia- para explicar la relación que existe entre Bartleby, Virginia, Antonio y Bassanio.

La relación filial como mecanismo de protección de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia

31. En este tercer acápite, la Sala Plena estudiará la protección integral a la relación filial entre padres e hijos. De esta manera, se referirá a (i) la reciprocidad que guarda dicha relación con la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad; (ii) los principales avances del derecho comparado y del derecho internacional de los derechos humanos frente a la protección de la personalidad jurídica de los menores de edad y su derecho a conformar una familia; (iii) el régimen legal y constitucional de la personalidad jurídica y la nacionalidad en el país; y (iv) el estado científico de las técnicas de reproducción asistida para parejas del mismo sexo.

Derecho fundamental a la dignidad

32. En cuanto al derecho a la dignidad, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades[205] que el mismo debe entenderse bajo dos dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. En relación con el primero, el Tribunal ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de

determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación.

En la sentencia SU-062 de 1999[206] la Corte recordó que el régimen constitucional colombiano está fundado en el respeto por la dignidad humana, es decir la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. Esta posición ha sido ratificada varias veces como se puede observar en la sentencia T-1055 de 2001[207] donde la Corte, al amparar el derecho a la dignidad de una persona de la tercera edad, recordó que la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. Por lo tanto, el derecho a la dignidad también abarca la protección de las condiciones mínimas para asegurar una existencia material adecuada y plena.

De esta manera, en la sentencia T-317 de 2006[208] el Tribunal recordó que el derecho a la dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial para consagrar todos los derechos de la Constitución. Por esta razón, tiene un valor absoluto que no puede ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con otros derechos que pueden ser ponderados de manera proporcional para admitir ciertas restricciones. El respeto por la dignidad humana no solo es una declaración de principios de la Constitución sino que es una norma con un profundo poder vinculante para todas las autoridades. Esta posición ha sido refrendada varias veces por las Salas de Revisión de esta Corte. Por ejemplo, en la sentencia T-299 de 2003[209] la Corporación señaló que por la naturaleza particular de este derecho, la acción de tutela es el mecanismo adecuado para garantizar que el principio de la dignidad no sea simplemente un valor retórico sino que sea en la realidad un instrumento para limitar el ejercicio de las autoridades frente a actuaciones abiertamente abusivas, especialmente cuando su materialización dependa de una prestación estatal.

33. Ahora bien, para finalizar este resumen sobre el contenido del derecho a la dignidad, la Sala quiere hacer énfasis en que, atendiendo la doble dimensión de la dignidad como principio y derecho, la Corte ya ha sido clara en indicar que su protección debe ser mucho más estricta cuando se involucran derechos de los menores de edad. De esta manera, por ejemplo, en la sentencia T-220 de 2004[210] la Corte señaló que cuando la víctima de la vulneración de derechos fundamentales es un menor de edad, el ámbito de protección de la dignidad se amplía. Por esa razón, lo que en un caso puede parecer como ordinario o normal en otro, donde participe un niño, la misma conducta debe ser reprochada por el juez constitucional como violatoria de los derechos fundamentales. Ello, en tanto que constituye un hecho notorio el estado de mayor vulnerabilidad en el que se encuentra el menor de edad frente a posibles agresiones, de ahí que el ámbito de la dignidad debe extenderse con el fin de garantizar la intangibilidad mental, moral y espiritual del niño. Por eso, es justificable aplicar mayores restricciones a las autoridades públicas, o a cualquier tercero,

cuando se trata de proteger la dignidad de un niño, niña o adolescente.

34. En resumen, el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una vida materialmente apropiada y una existencia acorde al proyecto que cada ciudadano le imprime a su vida. Igualmente, este principio constitucional aboga por la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista. Además, tratándose de menores de edad, la dignidad tiene una protección reforzada, pues en sus años de formación y mayor vulnerabilidad es imprescindible proteger el proyecto de vida de los niños, niñas y adolescentes, lo que incluye, como se verá más adelante, su derecho a tener una familia.

Derecho a la personalidad jurídica de los menores de edad

35. Desde sus inicios, este Tribunal ha establecido el alcance del derecho a la personalidad jurídica como parte sustancial de la idea de persona en los Estados Constitucionales modernos[211]. La sentencia C-486 de 1993[212] explicó cómo, con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la personalidad jurídica pasó a indicar, en el caso de los ciudadanos, su idoneidad para ser titulares de todas las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividades. Por esta razón, dicho derecho es una manifestación del principio de igualdad ya que está encaminado a que todo miembro de la sociedad -sin importar su raza, sexo, edad y condición- sea un sujeto dotado de capacidad jurídica.

Bajo la misma lógica, la sentencia C-109 de 1995[213], donde la Corte examinó la constitucionalidad de algunas normas sobre filiación civil, señaló con claridad el alcance y contenido del derecho fundamental a la personalidad jurídica, reconocido por el artículo 14 de la Constitución[214]. En aquella oportunidad, la Sala Plena señaló que dicho derecho no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana para ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones. Además, la personalidad jurídica comprende la posibilidad que todo ser humano tiene de ostentar determinados atributos que constituyen su esencia, por lo que este derecho fundamental comprende también las características propias de la persona.

Frente a los atributos antes mencionados, el Tribunal ha señalado que uno de los más importantes es el estado civil en la medida en que a través del mismo se logra identificar y diferenciar a la persona del resto de ciudadanos. La sentencia T-488 de 1999[215], por ejemplo, indicó con claridad que cuando se carece de certeza sobre el estado civil no es posible que la persona se logre ubicar en su núcleo familiar y social, por lo que el juez de tutela puede ordenar medidas tendientes a reponer la personalidad jurídica, con el fin de garantizar el derecho a la identidad y las garantías que se derivan del mismo.

36. Por otro lado, en el caso de los menores de edad, el Tribunal ha señalado de manera tajante que la protección constitucional especial a sus derechos, reconocido en el artículo 44 de la Carta, da lugar a que el reconocimiento de la personalidad jurídica, y de los atributos ya descritos que lo acompañan, priman ante las formalidades de cualquier proceso jurídico o administrativo por lo que cualquier yerro que se comete en los mismos debe estar supeditado al principio de supremacía constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, la sentencia T-963 de 2001[216] examinó el caso de una tutela interpuesta por un ciudadano residente de un municipio de reciente creación que, por esa

condición, carecía de una oficina notarial para realizar las inscripciones en el registro civil de los niños que nacían en dicha localidad. La Corte, al amparar los derechos invocados, reconoció expresamente que el Estado debe proporcionar los elementos necesarios para garantizar el derecho a la personalidad jurídica de los menores de edad recién nacidos. Esto implica, entre otras medidas, la oportuna inscripción en el registro civil de nacimiento como forma de reconocer la titularidad de los derechos y servicios a los que se tiene derecho por el simple hecho de existir.

Igualmente, en la sentencia T-1008 de 2002[217] la Corte conoció un caso que involucraba una irregularidad dentro de un proceso de investigación de paternidad que afectaba las anotaciones que se habían realizado en el registro civil del hijo de la accionante. En dicha providencia, el Tribunal amparó los derechos a la personalidad jurídica del menor de edad involucrado, al considerar que, dentro de la concepción finalista del derecho procesal, es dable afirmar que las normas que regulan todo lo relativo al registro civil deben estar condicionadas por el deber del Estado de proteger a los niños contra toda forma de abandono, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad sobre los de los demás. Así, las disposiciones que regulan el estado civil deben estar encaminadas a proteger a los niños, niñas y adolescentes al crear condiciones que generen una real y efectiva solidaridad en defensa de sus intereses y prerrogativas.

En otra oportunidad, en la sentencia T-329A de 2012[218], la Sala de Revisión, conoció el caso de una persona que, al ser detenida por las autoridades por el delito de hurto, no pudo ser debidamente identificada, pues no contaba con un documento de identidad porque sus padres nunca lo inscribieron en el registro civil de nacimiento. La Corte, al ordenar que se le expidiera al peticionario la correspondiente cédula de ciudadanía, recordó que la omisión de realizar el registro por parte de quienes tienen a su cargo la obligación de solicitarlo o efectuarlo, implica la vulneración de los derechos fundamentales del menor de edad a tener un nombre y una personalidad jurídica. Por último, el Tribunal conoció, en la sentencia T-212 de 2013[219], de un caso de un niño de padres colombianos que nació en Venezuela y cuya inscripción en el registro civil colombiano no fue admitida debido a que sus documentos equivalentes venezolanos no se encontraban apostillados. El Tribunal concluyó que el derecho a la personalidad jurídica del niño fue vulnerado e indicó que es obligación del Estado remover aquellos obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad, particularmente si estas barreras constituyen meros formalismos, que nada aportan al ejercicio eficaz de los mismos y, por el contrario, los exponen a condiciones manifiestas de vulnerabilidad.

37. En síntesis, este Tribunal ha señalado de manera reiterada que el derecho a la personalidad jurídica no solo comprende la posibilidad que tienen los individuos de ingresar al tráfico jurídico sino que también incluye todas las características individuales asociadas a su condición de persona. En tal virtud, especialmente en el caso de los menores de edad, el registro civil se convierte en el instrumento necesario para concretar dicho derecho y el Estado debe remover todos los obstáculos, materiales y formales, para garantizar su protección y eficacia. En otras palabras, solo a través del reconocimiento expreso de la relación filial, se concreta el derecho que tiene toda persona a ser reconocido por el Estado. Si no se protege dicha relación, que solo se da en el marco de la familia, la persona queda expuesta a una situación gravosa que atenta contra sus derechos fundamentales.

38. El derecho a la nacionalidad, en su concepción elemental, está regulado en varios instrumentos internacionales. Entre éstos, cabe destacar el artículo 15.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[220] y el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[221]. En Colombia, el ya transcrito 44 de la Carta Política le reconoció explícitamente el carácter de fundamental cuando se trata de menores de edad. Igualmente, el artículo 96 de la Constitución[222] estableció las condiciones generales para su reconocimiento.

39. Con todo, la jurisprudencia interamericana ofrece una definición clara y precisa del concepto de nacionalidad. Así, por ejemplo, en el Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana[223] la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso de una demanda interpuesta contra dicho país cuando su autoridad de registro civil negó la inscripción en el mismo de dos niñas de padres haitianos que nacieron en territorio dominicano. En dicha oportunidad, la Corte consideró que la mencionada acción estatal vulneró el derecho a la nacionalidad de las niñas, en tanto que la entendió como un estado natural del ser humano que resulta ser el fundamento de la capacidad política y civil de la persona. De allí que, aunque tradicionalmente se ha aceptado que la regulación de dicho derecho es una competencia que ofrece amplias facultades a los Estados, dicha discrecionalidad está limitada por el deber de protección integral de los derechos humanos. En efecto, a pesar de que la nacionalidad se concibe desde una perspectiva clásica como un atributo que el Estado le otorga a sus ciudadanos, dicho derecho ha evolucionado hasta el punto que ahora reviste el carácter de humano.

Estos avances han sido incorporados de manera reiterada por la Corte Constitucional como parte de su función de juez constitucional. Así, por ejemplo, la sentencia C-893 de 2009[224], reiteró integralmente la definición de nacionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al examinar la constitucionalidad de algunas normas referentes a la adquisición de la nacionalidad en Colombia. De manera reciente, la sentencia C-622 de 2013[225] recordó, al evaluar la exequibilidad de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas y la Convención para Reducir Casos de Apátridas, que la nacionalidad se debe entender como el vínculo legal que une al Estado con un individuo y que significa su existencia jurídica y el disfrute de sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, así como la delimitación de las responsabilidades políticas, sociales y económicas, tanto del Estado, como de la persona. De la misma manera, en la sentencia C-451 de 2015[226] el Tribunal destacó que la nacionalidad se erige como un verdadero derecho fundamental[227] en tres dimensiones; i) el derecho a adquirir una nacionalidad; ii) el derecho a no ser privado de ella; y iii) el derecho a cambiarla. Por esta razón, el hecho de ser reconocido como nacional permite, además, que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades inherentes a la pertenencia a una comunidad política.

En el caso colombiano, la forma de adquisición de la nacionalidad está definida por el ya citado artículo 96 de la Constitución. En el mismo, se establece que la condición de nacional colombiano se adquiere, o por nacimiento o por adopción. En cuanto a la primera vía, la norma señala que la nacionalidad se consigue: (i) cuando el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos; (ii) que siendo hijos de extranjeros, algunos de los padres esté domiciliado en Colombia al momento del nacimiento; (iii) cuando el niño haya nacido en tierra extranjera, pero de padre o madre colombianos, la nacionalidad se obtiene

con el solo registro en una oficina consular del país.

Con respecto a la nacionalidad por adopción, el artículo constitucional sostiene que la misma se obtiene cuando: (i) los extranjeros residentes en el país la solicitan y obtienen la carta de naturalización; (ii) los ciudadanos de Latinoamérica y del Caribe que, con autorización del Gobierno y bajo el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos; y (iii) los miembros de los pueblos indígenas que compartan territorios fronterizos con Colombia.

40. En conclusión, la nacionalidad es el mecanismo jurídico mediante el cual el Estado reconoce la capacidad que tienen los ciudadanos de ejercer sus derechos. Inicialmente, se concibió como una prerrogativa reservada al poder del Estado pero, con el acaecimiento de los avances asociados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dicha facultad pública pasó a ser reconocida como un derecho fundamental, especialmente en el caso de los menores de edad, a partir del cual existe un deber de diligencia y protección estatal que debe remover cualquier obstáculo administrativo para su reconocimiento ágil y eficaz.

41. Ahora, para entender de una manera más comprensiva el tipo de medidas que se pueden implementar para garantizar estos derechos a través del respeto a la relación filial y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, la Sala Plena presentará a continuación algunos ejemplos del derecho comparado y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, y como se verá en el capítulo siguiente, se ofrecerán ejemplos que guarden relación con la protección de la familia diversa y el derecho que tienen los niños a integrar las mismas.

La Protección en el Sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos del derecho de los menores de edad tener una familia bajo el principio de familia diversa

42. Como la doctrina lo ha enfatizado, el Sistema de Derechos Humanos está compuesto por diferentes niveles[228]. En particular, la Sala se referirá a los pronunciamientos sobre la protección del derecho a tener una familia que se han hecho dentro del Sistema Universal, el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano[229], instancias relevantes en el marco constitucional colombiano como ya lo ha señalado esta Corte en reiteradas ocasiones[230].

La Sala Plena no seleccionó estos ejemplos de manera aleatoria, sino que aplicó un criterio de idoneidad, relevancia e identidad con el presente caso con el propósito de ofrecer insumos valiosos para el análisis concreto que se realizará al final de esta providencia.

A.- Naciones Unidas

43. Además de la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, existen varias resoluciones de organizaciones que forman parte del Sistema de Derechos Humanos que han ratificado la importancia de la familia y la obligación estatal de desarrollar políticas públicas para su protección. Por ejemplo la Resolución 2014/08[231] del Consejo Económico y Social, aprobado el 12 de junio de 2014, destacó la importancia de crear un entorno propicio para fortalecer y apoyar a todas las familias, con el reconocimiento de la igualdad plena de sus integrantes y el respeto de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales. De hecho, en el mismo documento se insta puntualmente a los Estados a desarrollar políticas públicas que se dirijan a garantizar el desarrollo armónico del núcleo

familiar y a analizar cualquier afectación a la misma derivada del ejercicio de la autoridad pública. De la misma manera, la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la Resolución A/RES/69/144 del 28 de enero de 2015, exhortó a sus Estados Miembros -entre los que se cuenta Colombia- a que tengan en cuenta el papel que desempeña la familia como contribuyente al desarrollo sostenible y, bajo este principio, implemente acciones de apoyo a su protección y constitución. A su vez, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 5[232] indicó que el derecho a la familia guarda una relación efectiva con la vigencia de todos los derechos del menor de edad debido al lugar que ocupa dicha institución en su vida y al papel de protección, cuidado y crianza que juega en su desarrollo. Así, en el periodo correspondiente a los primeros años de vida de los niños y niñas, cuando su dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal es particularmente importante.

Asimismo, en su Observación General No. 7[233] el Comité de los Derechos del Niño reconoció que la familia se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y que, siempre que sean acordes con los derechos y a su interés superior, los Estados deben reconocer que existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en la estructura de la familia, las funciones parentales y los modelos de crianza. Es importante advertir que la noción diversa de familia tiene unos orígenes arraigados en el Sistema Universal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en el Caso Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras c. República de Mauricio[234], adoptó este criterio para señalar que todas las formas de familia, sin distinción alguna, deben recibir la misma protección del Estado.

B.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

44. Al igual que las Naciones Unidas, el Sistema Interamericano, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido sendas resoluciones relacionadas con el derecho de los menores de edad a conformar una familia. Así, por ejemplo en la Opinión Consultiva OC-17/02[235], la Corte manifestó que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. Siguiendo esta línea, por ejemplo, en el Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala[236] el Tribunal señaló que, de una lectura sistemática de los artículos 17.1[237] y 11.2[238] de la Convención Americana de Derechos Humanos, se desprende una obligación general de respeto que, entre otras cosas, implica que el Estado deba interceder ante cualquier injerencia arbitraria o ilegítima al derecho que tienen los menores de edad a la vida familiar.

De la misma manera, en el Caso Formeron e hija c. Argentina[239] la Corte explicó la relación estrecha que tiene el derecho a la personalidad jurídica con el derecho a la familia. En dicha ocasión, el Tribunal recordó que las relaciones familiares y los aspectos filiales de la historia de una persona, particularmente de un niño, constituyen una parte importante de su identidad. Por esta razón, toda acción arbitraria u omisión deliberada del Estado que tenga efectos sobre dichas relaciones familiares es una violación del derecho a la identidad. En ese sentido, se infiere la necesidad de que los Estados cuenten con sistemas de protección de derechos de la infancia que incluyan, entre otras medidas, políticas de

apoyo y fortalecimiento de la familia, entendida desde la perspectiva plural y amplia descrita.

A su vez, el Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile[240] es el precedente más relevante y significativo para entender la protección que el Sistema Interamericano le ha proporcionado al derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a conformar una familia. En dicha sentencia, el Tribunal conoció el caso de la jueza Karen Atala Riffo quien, producto de un matrimonio con un hombre, tuvo dos hijas. Después de terminar su unión, los padres acordaron que la jueza mantuviera la tuición y cuidado de sus hijas. Posteriormente, la señora Atala Riffo empezó una relación sentimental con una mujer quien convivía con ella y sus dos hijas. Ante estos hechos, el padre de las niñas interpuso una demanda contra el acuerdo de custodia al considerar que la relación de su expareja ponía en peligro el desarrollo emocional y físico de éstas. En última instancia, la Corte Suprema de Justicia acogió el recurso presentado por el hombre y le concedió la custodia bajo los argumentos de que las menores de edad podrían ser objeto de discriminación social derivada de la convivencia de su madre con su pareja del mismo sexo y que se vulneraba su derecho a convivir en una familia tradicional, entre otras razones.

En su decisión, la Corte protegió el derecho de las niñas a tener una familia resaltando que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se privilegia un modelo “tradicional” de la misma. Por lo tanto, rechazó la percepción limitada y estereotipada que aplicaron los funcionarios públicos en el caso y consideró que imponer una determinada visión de dicho concepto constituye una injerencia arbitraria contra el derecho de los menores de edad a tener una familia. De hecho, la Corte fue enfática en recriminar la conducta del Estado toda vez que, en el marco de sociedades democráticas y contemporáneas, se dan constantes cambios sociales, culturales e institucionales que deben conducir a una sociedad más incluyente y plural. Por eso, el Derecho y el Estado deben ayudar al avance social pues, de lo contrario, se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

C.- Corte Europea de Derechos Humanos

45. En el caso Keegan c. Irlanda[241] el Tribunal conoció el caso de un menor de edad que fue declarado en condición de adoptabilidad a pesar de la oposición de su padre biológico. En su decisión la Corte reconoció que el derecho a tener una familia no solo aplicaba para aquellas parejas que se encontraban unidas bajo un matrimonio heterosexual. Así, en la medida en que la noción de familia del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos[242] es más amplia, los Estados deben garantizar sin discriminación alguna la relación paterno-filial entre los menores de edad y sus padres.

Por otra parte, recientemente en Menesson c. Francia[243] el Tribunal conoció el caso de una pareja francesa que, tras un procedimiento de maternidad subrogada en California, tuvo dos hijos. Los demandantes se acercaron al consulado francés de dicho Estado para registrar a los menores de edad y así obtener su nacionalidad. Sin embargo, las autoridades consulares rechazaron la solicitud al considerar que, a pesar de que los padres contaban con los respectivos registros de nacimiento, los procedimientos subrogados de fertilización

no estaban reconocidos en el país. Incluso, el consulado compulsó copias a la Fiscalía para que iniciara las indagaciones penales por considerar que la conducta desplegada por la pareja era criminal. La Corte, concluyó que las acciones del consulado vulneraron el derecho a la identidad de los niños, en la medida en que a pesar de que existía un documento equivalente que reconocía la relación paterno-filial, negaron el registro. Esto, en criterio del Tribunal es una contradicción administrativa que desconoce que la nacionalidad es un componente fundamental de la identidad de las personas especialmente cuando existe un vínculo biológico comprobado entre el menor de edad y sus padres.

En esa misma línea, en el fallo *Paradiso y Campanelli c. Italia*[244] la Corte analizó el caso de unos esposos italianos que, en virtud de un contrato de gestación por subrogación, tuvieron un hijo en Rusia. El Estado italiano, al igual que en el caso anterior, se negó a realizar la inscripción en el registro civil a pesar de que existía un certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas que reconocía a los esposos como padres del niño. Al considerar que se vulneró el derecho a la intimidad del menor de edad, el Tribunal reconoció que el artículo 8 presupone la existencia de una familia y que la misma no solo se reduce a un tipo determinado de unión sino que engloba otros vínculos de hecho.

46. Como puede observarse, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ocupado de establecer reglas claras para refrendar el carácter justiciable del derecho a la familia y la protección del interés superior de los menores de edad. De igual manera, como se verá en la siguiente sección, la experiencia comparada sobre el reconocimiento de estos derechos a menores de edad que hacen parte de familias diversas revela una serie de alternativas administrativas y jurídicas encaminadas a protegerlas.

La Protección en el Derecho Comparado del derecho de los menores de edad tener una familia bajo el principio de familia diversa

47. A continuación, la Sala presentará diversas experiencias del derecho comparado sobre la protección de los derechos de los niños y niñas que forman parte de las familias diversas. Los casos reseñados fueron seleccionados acudiendo a criterios de similitud y relevancia frente al caso concreto que se analiza en la presente providencia.

A.- España

48. En el 2009, una pareja del mismo sexo conformada por G y B acudieron a un proceso de gestación subrogada en el Estado de California. Tras el nacimiento de sus hijos, quienes contaban con el respectivo certificado de nacimiento otorgado por las autoridades locales, solicitaron realizar la inscripción de los menores de edad en el Registro Consular Español. Sin embargo, las autoridades negaron dicho reconocimiento por lo que la pareja tuvo que acudir a un proceso administrativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de España. Dicha autoridad, revocó la decisión inicial y admitió que se realizara el registro civil de los mellizos reconociendo a los dos hombres como sus padres. Para llegar a dicha conclusión, la autoridad consideró que la filiación ya había sido reconocida por otro país por lo que las autoridades consulares solo debían proceder a realizar la inscripción pues no existía duda de la relación paterno-filial. Igualmente, manifestó que “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los

menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”[245]. Así, el certificado de nacimiento otorgado en Estados Unidos sirve como título válido para reconocer la relación familiar ya que dicho documento tiene fuerza vinculante bajo los principios del Derecho Internacional Público[246].

B.- Argentina

49. En Argentina, el vacío en la legislación civil para reconocer los derechos de los menores de edad a tener una familia cuando su concepción fue producto de la gestación subrogada impidió que una pareja, en el año 2012, pudiera inscribir a su hijo biológico en el registro civil nacional. Sin embargo, el padre y la madre del menor iniciaron una acción judicial que terminó con un fallo por parte de la Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Civil que ordenó proceder con dicha inscripción. En la mencionada sentencia, la jueza señaló que la maternidad quedó establecida a partir de la prueba de nacimiento y la identidad del nacido, esto es el Certificado Médico de quien atendió el parto. Además, para la jueza, las autoridades de registro debieron observar que la intención de la pareja no era otra que la de tener un hijo y proporcionarle el afecto y cuidado propio de las relaciones paterno-filiales[247].

C.- Sudáfrica

50. La Corte Constitucional de Sudáfrica, en el caso *J v Director General, Department of Home Affairs*[248] conoció de una acción judicial presentada por una familia conformada por dos mujeres y sus hijos que no obtuvieron el registro civil de éstos, pues las autoridades consideraron que como quiera que no estaban unidas bajo matrimonio no se podía reputar un vínculo paterno-filial. La Corte, concluyó que este trato resultaba ser abiertamente discriminatorio por lo que declaró la inconstitucionalidad de varias provisiones del Código de Protección Infantil con el fin de aclarar que los menores de edad concebidos en una relación conformada por parejas del mismo sexo debían ser reconocidos plenamente por el Estado.

D.- Estados Unidos

51. A nivel federal, recientemente la Corte Suprema de ese país, en el caso *Obergefell v. Hodges*[249] reconoció expresamente que la Constitución protege el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. Entre las razones principales empleadas por el Tribunal, se encuentra que este derecho protege de manera efectiva a los menores de edad pues ofrece una estabilidad a su núcleo familiar y les permite recibir así el cuidado y afecto que merecen. Así, de manera explícita, la Corte reconoció que estas parejas pueden tener hijos y que las autoridades están en la obligación de reconocer la relación paterno-filial sin discriminación alguna.

Este precedente, ha permitido que otras cortes federales reconozcan de manera manifiesta que los menores de edad que hacen parte de una familia diversa deben ser registrados por las autoridades sin barrera alguna. Por ejemplo, en el caso *Henry v. Himes*[250] una Corte del Distrito en el Estado de Ohio, aplicando el precedente antes descrito, consideró que las autoridades notariales del Estado no podían oponerse a aceptar las solicitudes de parejas del mismo sexo para inscribir a sus hijos en el registro de nacimiento. La orden de dicha

sentencia, además de reconocer la capacidad plena que tienen estas parejas para contraer matrimonio, exigió que en el registro de nacimiento los niños aparecieran con los nombres de los dos padres o madres. Asimismo, este año un Juez Federal, en el caso *Kamie and Angie Roe v. Utah Department of Health*[251], acudiendo al mismo precedente que en el caso anterior, le ordenó a las autoridades de registro notarial reconocer como padres a sus dos mamás. El juez señaló de manera categórica que el reconocimiento federal del matrimonio igualitario que realizó la Corte Suprema de Estados Unidos implica que los hijos de estas parejas no pueden ser discriminados bajo ninguna circunstancia, especialmente por las autoridades públicas.

52. A nivel estatal, hay varios ejemplos de legislaciones que incorporan el criterio de familia diversay de matrimonio igualitario en sus normas sobre registro. Por ejemplo, el Distrito de Columbia (Washington D.C.) promovió una reforma legal a su Código de Familia en el 2009[252] que aceptó que en casos de inseminación artificial, la pareja de la persona que se sometió al procedimiento será, previo reconocimiento de la primera, el padre o madre legal del menor sin importar el estado civil de su relación, su identidad de género y orientación sexual. Por su parte, el Estado de California aprobó en el 2014 una reforma a la “Ley de Registro Vital”[253] (Vital Records Amendment Bill) que incorporó en los registros de nacimiento un lenguaje de género neutral que permitió que las parejas del mismo sexo, para efectos del orden de los apellidos, decidieran voluntariamente la forma como querían ser identificados en dicho documento.

E.- Reino Unido

53. El Estado británico acepta, desde el año 2010, que en el registro de nacimiento de niños que forman parte de familias homoparentales, aparezcan sus padres o madres. Esto, a partir de la introducción de la “Ley de Fertilización y Embriología”[254] (Human Fertilisation and Embryology Act) en el 2008 que removió las palabras “padre” y “madre” del registro civil de nacimiento. Así, con la sola petición de las partes -y sin importar el tipo de unión legal que forman- las familias diversas en dicho país pueden registrar a sus hijos sin ningún tipo de barrera administrativa.

54. En conclusión, este aparte de la sentencia le permitió a la Sala observar los avances que sobre la materia se han impulsado, desde la judicatura o la legislatura, en otros países. Resulta oportuno destacar que estos cambios tienen en común un reconocimiento pleno del derecho de los niños a tener una familia. En todos los casos, es claro que las medidas tomadas están encaminadas a superar todas las barreras administrativas, u obstáculos materiales, con el fin de garantizar que los menores de edad no sean separados de sus núcleos familiares. Igualmente, también es claro que existe una consolidada tendencia regional y global para salvaguardar el carácter diverso que tiene la familia y reivindicar el derecho a que sus hijos sean reconocidos como parte de la misma.

55. Ahora, como quiera que la instrumento del registro civil es una institución reglada de tiempo atrás, la Sala considera apropiado resumir el régimen legal del mismo. Esto, con el fin de entender a cabalidad la regulación sobre el tema y ofrecer mayor claridad sobre las responsabilidades que tienen los notarios y oficiales consulares en su aplicación y el margen de apreciación con el que cuentan al momento de recibir solicitudes para incorporar

información al mismo.

Régimen legal del Registro Civil para acceder a la nacionalidad colombiana

56. La Ley 43 de 1993 desarrolló los contenidos constitucionales del derecho a la nacionalidad al establecer las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana. Dicha norma, en su artículo 3º[255], expresamente indica que una de las pruebas de la nacionalidad, particularmente cuando se trata de menores de 14 años, es el registro civil de nacimiento. Por esta razón, dicho documento guarda una relación intrínseca con la nacionalidad, pues es un instrumento que por mandato legal materializa dicho derecho. En el mismo sentido, respecto de los hijos de padres colombianos nacidos en el exterior el artículo 2º de dicho estatuto[256] señala que, en virtud del principio de la doble nacionalidad, la calidad de colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. En otras palabras, en estos casos la nacionalidad se reconoce de manera inmediata sin importar el lugar de domicilio o nacimiento.

57. Por otra parte, desde sus inicios, este Tribunal ha reconocido la importancia constitucional que posee el registro civil de nacimiento. Prueba de esto es la sentencia T-106 de 1996[257] donde la Corte indicó que dicho documento es un factor indispensable para que opere el reconocimiento estatal a la personalidad jurídica de todo ser humano. Incluso, el Tribunal llegó a calificarlo como la noticia que el Estado debe tener acerca de la existencia física de un ciudadano, pues si la persona nace y el hecho de su nacimiento se desconoce, es imposible que pueda tenerse en la práctica como sujeto del Estado Social de Derecho. Tratándose de los niños y niñas, donde se debe proceder en forma inmediata con su registro, no solo es un derecho constitucional fundamental como ya se advirtió, sino que es la forma idónea para asegurar el ejercicio continuo y libre de sus demás derechos.

58. Ahora bien, como lo recordó la sentencia T-212 de 2013[258], para materializar esa forma de adquisición de la nacionalidad se requiere un reconocimiento por parte del Estado, que se formaliza mediante la anotación que deben realizar los notarios de la información de la persona en el registro civil, con el fin de delimitar su situación jurídica frente a su núcleo familiar y la sociedad en general. En cuanto a los nacimientos ocurridos en el exterior, como lo prevé el artículo 47 del Decreto 1260 de 1970[259] -Estatuto del Registro Civil de las Personas-, los consulados colombianos en el exterior son los responsables de realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento de los menores de edad colombianos que nacieron en el extranjero. Igualmente, el cónsul debe remitir copias de la inscripción para el archivo general de registro y para el funcionario encargado del mismo en Bogotá. La misma norma señala que el registro de los menores de edad debe realizarse dentro del primer mes de su nacimiento. Ahora bien, cuando el niño o la niña no fue registrado dentro de la oportunidad señalada los menores pueden ser inscritos en el registro de manera presencial en cualquier notaría del país, una vez el funcionario notarial haya establecido la autenticidad de los documentos que acrediten el nacimiento. Es así como, por ejemplo acudiendo a los mecanismos implementados por la Convención de La Haya sobre la Apostilla[260], los padres deben adjuntar las pruebas necesarias que acrediten que los documentos equivalentes de registro en el extranjero que dan cuenta de su relación filial son genuinos. A su vez, el Decreto 2188 de 2001, en su artículo 4[261], estableció que la

Registraduría Nacional del Estado Civil es la encargada de fijar las especificaciones y contenidos mínimos del formato único de Registro Civil.

59. Este recuento normativo muestra cómo la legislación nacional ha previsto el trámite requerido para acceder a la nacionalidad colombiana cuando se trate de un nacimiento ocurrido en el exterior, y el registro se realice extemporánea e indocumentadamente. Como se puede observar, el registro civil es un documento que debe ser diligenciado por notarios y cónsules bajo las directrices señaladas por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Si bien en principio, se puede considerar que los primeros tienen un margen de apreciación e interpretación reducido frente a las posibilidades de incorporar información al Registro, también es cierto que la función notarial no puede ser ajena a los avances jurisprudenciales de este Tribunal. Por esto, en la siguiente sección la Corte resumirá su posición vigente sobre la naturaleza de la función notarial, especialmente el respeto que la misma debe predicar sobre el principio de neutralidad de la función pública.

60. Con todo, teniendo en cuenta que Antonio y Bassanio recurrieron a un proceso de fertilización in vitro para tener hijos, la Sala considera importante realizar, desde una perspectiva científica, algunas consideraciones sobre el alcance que tiene este tipo de procedimientos en parejas del mismo sexo. En particular, las consideraciones se concentrarán en el vínculo biológico que se forma entre padres e hijos a través de dichos procedimientos.

La función notarial en el Estado Social de Derecho. Reiteración jurisprudencial

61. En cuarto y último lugar, la Corporación se referirá a las obligaciones y límites de la función notarial. Para eso, presentará algunas consideraciones sobre la naturaleza de la función fedante. Finalmente, una vez se presenten todos estos fundamentos previos, la Sala abordará el estudio del caso concreto, presentando a su vez algunas reflexiones puntuales a modo de conclusión, para dirimir la presente controversia jurídica.

62. La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades[262] problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios, su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función notarial y el ámbito de competencias del Legislador para configurar la regulación sobre la materia. Así, ha reconocido que la función notarial debe ser entendida como un servicio público en virtud de lo dispuesto por el artículo 131 de la Carta Política[263] y el artículo 1º del Estatuto del Notariado[264]. Bajo esta premisa, la sentencia C-181 de 1997[265] advirtió que la Constitución instituyó la función de los notarios como una modalidad de la figura administrativa de la descentralización por colaboración en la medida en que la prestación de ese servicio, y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares. Por eso, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el Legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por la misma Carta Política de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares. En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, la misma sentencia

sostiene que ésta se explica por la decisión del Estado de acudir al apoyo de los particulares para el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado.

Bajo la misma línea argumentativa, la sentencia C-399 de 1999[266] explicó que dicha función implica, además de un oficio testimonial de autoridad, la guarda de la fe pública teniendo en cuenta que el notario, en virtud del servicio que presta, debe otorgar autenticidad a las declaraciones que las personas emiten ante él, y en consecuencia, dar plena fe de los hechos que ha podido percibir en el ejercicio de tales competencias. Incluso, en dicha providencia, la Corte diferenció la naturaleza de la función judicial de aquella ejercida por los notarios.

De esta manera, al ser un servicio público, la función notarial está cobijada por la cláusula de responsabilidad y regulación contenida en el artículo 365 del Estatuto Superior[267]. Esto se debe además a que la función fedante, es una atribución de interés general propia del Estado que el notario ejerce a su nombre por asignación constitucional. La sentencia C-741 de 1998[268] describió la actividad notarial como una complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo deberá resolver. De esta manera, el documento notarial aparece como la prueba contra el litigio por excelencia, ya que una actividad notarial robusta, dinámica y ajustada a los principios constitucionales sin duda tiene un impacto en los niveles de litigiosidad de una sociedad.

Por esta razón, como lo mencionó la Corporación en la sentencia C-1508 de 2000[269], el régimen propio de los servicios públicos limita en buena medida el ejercicio de determinadas libertades individuales, respecto de sus prestadores. De ahí que la actividad notarial, como ejercicio de un servicio público, esté sometida a un régimen jurídico preciso y exigente establecido por la ley y sujeta, además, al control y vigilancia del Estado. Por eso, la gestión notarial implica el ejercicio de una actividad pública, en la medida en que desarrollan una función cuya titularidad recae en el Estado. Por esta razón, al igual que a los empleados estatales, su actuación debe estar regida por un principio de neutralidad y apego al régimen constitucional y legal. El notario -aunque no es propiamente un servidor público- ejerce una función pública por lo que debe actuar con absoluta imparcialidad, de ahí que sus convicciones religiosas, ideológicas o partidistas no pueden influenciar su actuación notarial ya que de lo contrario, el interés superior de la buena fe que representan se vería comprometido.

Ahora bien, en lo que respecta al eventual ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de notarios, la Corte señaló en la sentencia C-1159 de 2008[270] de manera clara que el ejercicio de una función pública como la fedante no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico. Así, los notarios no pueden otorgar o reconocer derechos sino simplemente acreditar, siguiendo el contenido del ordenamiento constitucional y legal, la existencia de una realidad jurídica de manera objetiva. Por eso, en la sentencia C-863 de 2012[271] el Tribunal resumió, en tres, las diferencias que guardan

los jueces y los notarios: i) los primeros a diferencias de los segundos, tienen una potestad decisoria y de adjudicación de derechos; ii) las actuaciones notariales encuentran su origen en procesos de jurisdicción voluntaria y no son asuntos contenciosos, como ocurre en la actividad jurisdiccional de los jueces; y iii) los notarios están supeditados a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos que requieren sus servicios y que desean protocolizar alguna realidad social.

63. En suma, la Sala quiere reiterar que el notariado es un servicio público que está destinado a satisfacer la función fedante, una necesidad de interés general para la ciudadanía. Así, su existencia es una forma en la que se concreta el principio de descentralización por colaboración, bajo el cual el Estado asume algunas de sus obligaciones con la asistencia de los particulares. Por esta razón, los notarios no son autoridades administrativas o judiciales pero, sin embargo, su actuación sí debe estar precedida por el principio de imparcialidad, neutralidad y apego estricto a los principios y valores constitucionales.

64. Con base en los elementos dogmáticos desarrollados en las consideraciones anteriores, la Sala entra ahora al análisis del caso concreto. En el mismo, se debate la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los niños Bartleby y Virginia, especialmente su derecho a tener una familia y no ser separados de la misma. Los niños no fueron registrados de manera oportuna en el registro civil de nacimiento, pese a que cuentan con un documento equivalente de registro extranjero y que tienen el derecho a la nacionalidad colombiana (pues sus padres son nacionales del país) ante la negativa de las autoridades consulares y notariales a realizar dicho procedimiento por la naturaleza homoparental de su núcleo familiar, es decir por el origen de su familia. Para eso, la Sala examinará si las actuaciones notariales fueron el resultado de una interpretación indebida del derecho de los niños a tener una familia y no ser separada de ella y si, por lo tanto, constituyó un trato discriminatorio proscrito por la cláusula general de igualdad de la Constitución, la protección derivada del derecho a la vida digna, la personalidad jurídica, el derecho de los niños a tener una familia y la prevalencia constitucional de sus derechos. Para comenzar, a continuación se presente un breve resumen de los hechos y pretensiones.

Análisis del caso concreto

65. Antonio y Bassanio, en representación de sus hijos menores de edad Bartleby y Virginia, presentaron una acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías Segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado, por considerar que sus actuaciones vulneraron varios de sus derechos fundamentales. Particularmente, alegaron que su negativa de inscribir a sus hijos en el registro civil de nacimiento estuvo motivada por el carácter homoparental de la familia que conforman y que, en consecuencia, desconocieron los derechos fundamentales de los niños a la dignidad humana, a la igualdad, al reconocimiento a la personalidad jurídica y a la nacionalidad, al nombre, a conformar una familia y la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para analizar el presente caso, el Tribunal determinará si la presente acción de tutela es procedente, toda vez que el Ministerio Público, planteó la existencia de otros mecanismos

de defensa, particularmente el Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos como posible salida para proteger los derechos de los niños. En segundo lugar, se abordará el estudio de las actuaciones notariales y, finalmente, se establecerá si los hechos del caso dan cuenta de una manifestación expresa de un déficit de protección constitucional que padecen las niños que hacen parte de familias diversas y, por lo tanto, si es necesario dar una serie de órdenes de carácter estructural para remediar las barreras administrativas que enfrentan al momento de hacer exigible su derecho a tener una familia y no ser separado de la misma.

La procedencia de la acción de tutela en el presente caso

66. La Sala considera que el análisis de procedibilidad realizado por el Tribunal de instancia fue idóneo y responde a las reglas que sobre la materia ha fijado la Corte Constitucional. En primer lugar, del acervo probatorio se puede deducir claramente que la negativa a realizar la inscripción por parte de las autoridades notariales constituyó una amenaza cierta a los derechos fundamentales de Bartleby y Virginia. Dicho rechazo, no solo implicó un desconocimiento de sus derechos a la nacionalidad y su personalidad jurídica, sino que los expuso a una condición migratoria irregular que podía terminar con un proceso administrativo de expulsión del país. Sin duda, una situación de esta naturaleza resulta inadmisibles, pues una sanción de esta magnitud atentaría, en este caso, contra el derecho a tener una familia de los menores de edad y, en general, desconocería el interés general de los niños y el carácter especial que tienen sus derechos fundamentales.

66. En segundo lugar, la Corte también encuentra superado el requisito de la subsidiariedad. En efecto, la Sala no comparte el argumento presentado por el Ministerio Público, en el sentido de afirmar que todas las medidas de restablecimiento de derechos que el Legislador contempló en el Código de Infancia y Adolescencia[272] están encaminadas a amonestar a los padres por alguna conducta que vulnere los derechos de sus hijos, como por ejemplo el retiro de la custodia en caso de la realización de actividades que amenacen su integridad, la ubicación en centros de acogida o en otro medio familiar, la promoción de otro tipo de acciones policivas, administrativas o judiciales e, incluso, la adopción. Como se puede ver, estas medidas están dirigidas a castigar a aquellos padres que por su conducta ponen en peligro expreso la integridad física o mental de sus hijos.

En este caso, la Sala encuentra probado perfectamente que se trata de un núcleo familiar estable que no merece el reproche de la administración sino, por el contrario, toda la ayuda y diligencia posible para preservar los derechos de sus hijos. Tanto Antonio como Bassanio, les han ofrecido a sus hijos todo el amor, afecto, solidaridad y cariño, por lo que someter a esta familia a un trámite administrativo de restablecimiento de derechos, como lo sugiere la representante de la Procuraduría, implicaría aceptar una actitud de descuido por parte de los dos hombres, lo cual claramente no existe. Solo es necesario observar la diligencia con la que los accionantes actuaron y los obstáculos que debieron enfrentar y que los obligaron a acudir a la jurisdicción constitucional para concluir que su actuación ha sido conforme a los derechos de sus hijos. Tan pronto nacieron los niños, sus padres fueron reconocidos en el certificado de nacimiento y éstos inmediatamente solicitaron ante el Consulado más cercano a su ciudad de residencia la incorporación en el registro civil de nacimiento. Igualmente, tramitaron con éxito la expedición del pasaporte estadounidense

para Bartleby y Virginia. Una vez en Colombia, solicitaron cerca de diez veces la incorporación de los niños en el registro civil de nacimiento ante cinco notarías diferentes de Medellín y Envigado. En cada una de ellas, se les impusieron diferentes tipos de obstáculos, como respuestas imprecisas indicando que el registro de menores nacidos en el exterior solo se podía realizar en la Notaría Primera de Bogotá o que el mismo no era posible ya que no está regulada la adopción voluntaria por parte de parejas del mismo sexo cuando desde un inicio era claro que dicha figura no tiene ninguna relación con este caso, toda vez que Bartleby y Virginia son hijos tanto de Antonio como de Bassanio como quiera que éstos acudieron a un proceso de reproducción asistida con el propósito deliberado de tener hijos de los dos.

67. Cuando se trata de la vigencia y defensa de los derechos fundamentales, especialmente en el caso de menores de edad, las actuaciones de los funcionarios públicos deben estar encaminadas a garantizar su exigibilidad de manera eficiente y a propiciar un ambiente adecuado para su crecimiento y desarrollo integral, lo cual incluye por supuesto la garantía de que cuenten con un hogar que les brinde el cariño y amor que merecen. En este caso específico, aceptar que las medidas de carácter administrativo contempladas en el Código de Infancia y Adolescencia son apropiadas implica admitir la premisa equivocada de que los padres accionantes son responsables de la no inscripción de sus hijos en el registro civil de nacimiento. En otras palabras, desconocer la idoneidad de la acción de tutela como mecanismo preferente de protección en este caso, equivale a aceptar que fueron los padres de Bartleby y Virginia, y no las entidades accionadas, quienes vulneraron sus derechos fundamentales, conclusión que resulta inadecuada a partir de los hechos del caso y del material probatorio recaudado por el Tribunal. En ese sentido, y atendiendo a la obligación de verificar la garantía de los derechos de los menores de edad (incluyendo la inscripción en el registro civil)[273], las autoridades de familia debían acudir a la acción de tutela si los padres de los menores no lo hubieran hecho de manera oportuna.

68. En resumen, la acción de tutela resulta ser plenamente procedente por dos razones. En primer lugar, porque las actuaciones de las entidades demandadas expusieron a Bartleby y Virginia a un perjuicio irremediable, que se concretó en la amenaza cierta de ser expulsados del país junto a sus padres al no encontrarse regularizada su situación migratoria y, más importante aún, en el desconocimiento abierto de su derecho a la personalidad jurídica y a la nacionalidad en los términos señalados en la parte considerativa de esta sentencia. En segundo lugar, los trámites administrativos de restitución de derechos no resultan idóneos para atender los problemas que se derivan del caso ya que su naturaleza implica que exista una omisión deliberada por parte de los padres de familia de cumplir sus deberes hacia con sus hijos, cosa que no ocurre en este caso dado el interés continuo y manifiesto que tanto Antonio como Bassanio han demostrado. En ese sentido, la Sala no encuentra otro mecanismo constitucional o legal, además de la tutela, que ofrezca una garantía cierta de que los derechos fundamentales de los menores sean protegidos, especialmente, y como se pasará a explicar a continuación, cuando lo que está en entredicho es la protección del interés superior de Bartleby y Virginia.

La actuación notarial ante la solicitud de Antonio y Bassanio

69. Para la Sala, la cuestión fundamental a resolver no está asociada a la adopción de

parejas del mismo sexo como lo sugieren varias de las notarías demandadas. Por el contrario, en este caso es claro que existe un vínculo legal y filial entre los menores de edad y sus padres, reconocido explícitamente por documentos de autoridades extranjeras, que son equivalentes al registro colombiano. En efecto, de una parte, en este caso el certificado de nacimiento del Estado de California de Bartleby y Virginia reconoce la paternidad de Antonio y Bassanio, pues en las casillas respectivas a padre y madre se incorporan sus nombres y los mismos y, de otro, los accionantes obtuvieron el pasaporte estadounidense de sus hijos. Así las cosas, se concluye que las actuaciones y omisiones de las autoridades colombianas desconocieron los derechos de los niños y niñas y el interés superior que reviste su protección.

70. Para la Sala, no hay duda de que los notarios actuaron bajo el absoluto convencimiento de que su respuesta a la solicitud de Antonio y Bassanio se encontraba ajustada al marco legal vigente y a los límites de la función fedante. Sin embargo, este Tribunal encuentra que dicha interpretación desconoció el mandato del ya citado artículo 44 de la Carta y los derechos de Bartleby y Virginia a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y a tener una familia. Como común denominador, la Corte observa que los notarios apelaron a polémicas, ya superadas en parte por este Tribunal[274], sobre la adopción de parejas del mismo sexo para omitir el hecho de que en el presente caso la relación filial fue declarada por una autoridad extranjera competente y que, como guardianes de la fe pública, su función debía limitarse a realizar de manera oportuna la inscripción de los niños en el registro civil de nacimiento 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 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[275] y extender sus efectos a la solicitud de registro civil presentado por Antonio y Bassanio quienes, 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.

Asimismo, no existe ninguna razón material u objetiva que justifique una razón para no proteger, a través de dicha presunción, el derecho de Bartleby y Virginia a la identidad y la personalidad jurídica. La Sala considera que dicha figura legal fue concebida por el Legislador como una medida rápida y eficaz para otorgarle seguridad a la situación civil y filial del menor de edad. Además, se convierte en un mecanismo adecuado que preserva el derecho a la intimidad del núcleo familiar ya que evita que prima facie se deba acudir a una prueba genética para determinar la paternidad. Por lo tanto, la presunción cumple un doble valor, por un lado garantiza los derechos de los niños y niñas y por otro preserva la intimidad de la familia. Aceptar que el contenido del artículo 213 del Código Civil no se puede aplicar a familias diversas es una posición que no se compadece con la prohibición de discriminación por origen familiar y que, por esa razón, debe ser reprochada por el juez constitucional.

Los notarios, aunque actuaron movidos por una interpretación legal que consideraron legítima, impidieron que el Estado prestara los servicios en favor de dos menores de edad colombianos e incluso pusieron en riesgo la estabilidad familiar de los mismos al exponerlos a una situación migratoria irregular. En definitiva, no es de recibo para esta Sala que los funcionarios demandados se hayan amparado en un supuesto vacío del formato de registro y en discusiones ya superadas sobre la relación filial que pueden tener los hijos en familias homoparentales para negar a realizar una de sus labores más elementales e importantes, proceder con el trámite que otorga la personalidad jurídica y que a su vez reconoce la nacionalidad y protege el derecho a la familia de dos menores de edad.

71. En ese sentido, los notarios debieron realizar el registro sin demora alguna tras un examen profundo pero eficiente de la validez de los documentos equivalentes de registro que presentaron los padres. Si bien puede decirse que las autoridades consulares de Los Ángeles no contaron con el suficiente tiempo para realizar el trámite, no ocurre lo mismo con las cuatro notarías accionadas. De los hechos del caso, y de sus respuestas, se puede probar una falta de claridad sobre el procedimiento aplicable en estos casos por lo que la posición expuesta por la Unión de Notarios tampoco resulta acertada, pues de una interpretación sistemática de los precedentes constitucionales, especialmente aquellos relacionados con la protección de los derechos del niño y el reconocimiento de la familia diversa, es perfectamente admisible inscribir en las casillas para padre y madre del formato de registro civil de nacimiento a una pareja homoparental que presente un documento equivalente extranjero que acredite la relación filial que ésta tiene con sus hijos. Además, las actuaciones de las entidades accionadas omitieron un hecho elemental ya que los niños, sin atisbo de duda, gozan del derecho a la nacionalidad por nacimiento consagrado en el artículo 96 de la Constitución, pues sus padres son colombianos, como plenamente queda probado con las cédulas de ciudadanía que ambos anexaron a la acción de tutela[276].

72. De nuevo, no se trata de un discusión acerca de la capacidad que tienen las parejas del mismo sexo a adoptar sino del derecho que tienen los menores de edad, en aras del interés superior que obliga al Estado a observar y proteger sus derechos fundamentales de manera prioritaria, a tener una familia y a no ser separados de ella. En este caso se trata de dos menores de edad que tienen una relación filial con sus dos padres, a partir de la presunción de legitimidad del Código Civil y por la naturaleza del proceso de reproducción

asistida al que acudieron los accionantes, por lo que la figura de la adopción, destinada a reemplazar un vínculo biológico o reconocer la realidad filial en una familia[277], no aplica. En otras palabras, en este caso los notarios accidentalmente confundieron las figuras de protección contempladas en el Código de Infancia y Adolescencia[278] con la realidad jurídica establecida previamente por las autoridades de Estados Unidos que reconocieron que tanto Bartleby como Virginia son hijos de Antonio y Bassanio.

En ese sentido, no resulta admisible que, amparados en dicha confusión, las autoridades hayan concluido que no era posible realizar el trámite de registro civil. Incluso, al tratarse de una situación de urgencia manifiesta ya que los tres meses que la legislación colombiana le otorga a toda persona que ingrese al país para regularizar su situación migratoria estaban por terminar, las accionadas acudieron a reglas formales de reparto para evadir su responsabilidad. Por ejemplo no es cierto, como se lo hicieron saber a Antonio y Bassanio, que la Notaría Primera en Bogotá es la única responsable de realizar el registro civil de menores de edad nacidos en el exterior. Para 2010, dicha norma fue derogada expresamente por la Ley 1395 que señaló con claridad en su artículo 118[279] que todos los actos, hechos y providencias que deban incorporarse en el registro civil o que afecten el mismo, podrán inscribirse en cualquier oficina notarial del país.

73. Incluso, el argumento presentado por las notarías accionadas, y reiterado por la Unión Colegiada del Notariado, acerca de su imposibilidad de actuar por fuera de las normas legales y constitucionales permite concluir que su actuación fue desacertada. La función fedante, sin excepción alguna, debe observar lo dispuesto por la Constitución ya que, como normas de normas, indica el derrotero que debe seguir cualquier persona que ejerce una función pública. Como ya se explicó, la Carta reconoce como fundamentales los derechos a la personalidad jurídica, a la nacionalidad, a la vida digna, como también el interés superior del niño y su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Por esta razón, una actuación diligente implicaba interpretar cualquier posible vacío formal bajo el amparo de estas normas constitucionales. En otras palabras, las autoridades accionadas contaban con todos los insumos normativos para, conforme a derecho, realizar la inscripción de Bartleby y Virginia en el registro civil de nacimiento. Las explicaciones de los notarios no resultan aceptables para la Sala Plena, ya que la Constitución es una norma de aplicación inmediata y directa con la que debieron contar al momento de resolver la petición elevada por Antonio y Bassanio. Por el contrario, los notarios debieron aceptar los documentos equivalentes extranjeros ya que los mismos se ajustan a las tarifas legales de autenticidad fijadas por el Estatuto del Registro Civil en Colombia. Al igual que cualquier otra pareja, heterosexual u homosexual, Antonio y Bassanio apostillaron debidamente los certificados equivalentes de registro de Bartleby y Virginia por lo que las autoridades notariales, aplicando el ya citado artículo 47 del Decreto 1260 de 1970, simplemente debieron proceder a su registro sin demora alguna.

En ese sentido, es oportuno advertir que el registro civil de nacimiento no es un instrumento jurídico que da fe de un hecho biológico sino que es un mecanismo con el que cuenta el Estado para generar capacidad jurídica. Sí se aceptara la primera premisa, por ejemplo, sería imposible admitir la inscripción en dicho registro del hijo de una madre soltera que acudió a un procedimiento de fertilización in vitro ya que en estos casos no se tiene certeza sobre la paternidad del menor de edad. Tampoco, se podría modificar el registro de

menores de edad dados en adopción ya que los padres adoptantes no tendrían ningún vínculo natural con el niño o niña. Por esa razón, los notarios se deben limitar a realizar un examen objetivo y material de cada petición para determinar si los requisitos generales de ley se cumplen. Así, la mencionada presunción del artículo 213 del Código Civil se convierte en una manera eficiente para poder superar cualquier duda interpretativa que solicitudes como las de Antonio y Bassanio les puede generar a los notarios.

74. En definitiva, la Sala encuentra que las actuaciones administrativas y notariales vulneraron los derechos a Bartleby y Virginia a permanecer con su familia y recibir de la misma el afecto y cariño necesario para su desarrollo integral. Además, la negativa a realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento, acudiendo a normas de competencia derogadas y a interpretaciones formalistas que reniegan de los avances jurisprudenciales sobre la materia, desconocieron el principio de neutralidad de la función notarial y, peor aún, pusieron en peligro el derecho a la nacionalidad y a la personalidad jurídica que claramente tienen los niños. Una actitud de esta naturaleza debe ser reprochada enfáticamente por el juez constitucional ya que desconoce al alcance del interés superior del menor de edad y los expone a una situación de peligro por razones sin soporte constitucional como supuestos vacíos o inexactitudes en el formato que utiliza el Estado colombiano para registrar el nacimiento de sus nacionales. Además, y como se analizará en el siguiente aparte, este comportamiento se deriva expresamente de un criterio sospechoso: el origen familiar de Bartleby y Virginia, que vulnera la cláusula general de igualdad y antepone prejuicios acerca de la familia diversa que perpetua el déficit de protección constitucional que existe sobre estas uniones y que la Corte ha venido denunciado de tiempo atrás.

El criterio sospechoso utilizado por las autoridades notariales para discriminar a Bartleby y Virginia por su origen familiar

75. En el presente caso, la Sala observa que los argumentos utilizados por los notarios para justificar sus actuaciones se basan en una interpretación tradicional y heterosexual de la familia que, aunque se encuentra plenamente protegida por la Constitución, no es la única unión familiar amparada por la Carta. Particularmente, 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.

Como ya se dijo, este caso involucra a Antonio y Bassanio, una pareja de hombres con nacionalidad colombiana que a través de un procedimiento de fertilidad regulado por las leyes de California tuvieron dos hijos que fueron reconocidos inmediatamente por las autoridades de dicho Estado. Sin embargo, a pesar de contar con un registro civil de nacimiento de las autoridades de dicho país, la actuación de las notarías en Colombia hace posible suponer que tales entidades consideran que es legítimo tratar de manera distinta a dos grupos poblacionales: las parejas heterosexuales y sus descendientes y las parejas del mismo sexo y sus hijos. En efecto, como ya se ha resaltado, uno de los argumentos principales elevados por los demandados se relaciona con la imposibilidad que tienen las familias diversas de adoptar y la falta de claridad en el formato de registro civil de nacimiento.

76. Para la Sala, la diferenciación realizada por las notarías se basa en un criterio sospechoso: el origen familiar de Bartleby y Virginia. En efecto, el artículo 13 de la Constitución prescribe que todas las personas son iguales ante la ley, por lo que tienen derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de las mismas oportunidades, sin ningún tipo de discriminación por, entre otras, la naturaleza de su familia. Así, cualquier actuación basada en ese criterio, en principio, debe ser evaluado por medio de un juicio estricto de igualdad para establecer si se presentó un evento discriminatorio.

En este caso, la actuación de las entidades vulnera de manera patente el derecho a la igualdad, tanto así que ni siquiera supera el primer paso del mismo. Es así como no es posible encontrar un fin imperioso que justifique el tratamiento diferenciado dado a Bartleby y Virginia quienes, a diferencia de niños que nacen en familias heterosexuales, fueron sometidas a trámites dilatorios para acceder a la inscripción en el registro civil de nacimiento. Incluso, del recaudo probatorio no es posible asegurar que existía una duda razonable sobre la autenticidad de los documentos equivalentes presentados por Antonio y Bassanio, pues los mismos contaban con los respectivos sellos de apostilla que dan cuenta de su valor legal. La justificación ofrecida por los notarios, la supuesta imposibilidad de reconocer la adopción a las familias diversas y los vacíos que generaba el formato de registro, muestra que las accionadas no establecieron de manera adecuada los términos de comparación. Así, no se trata de comparar entre parejas heterosexuales que tienen hijos con parejas del mismo sexo que no los tienen. En este caso, Antonio y Bassanio tienen una probada relación filial con Bartleby y Virginia por lo que aplicar una interpretación diferente a las normas que regulan el registro civil de nacimiento, como efectivamente lo hicieron las susodichas notarías, resulta discriminatorio. Como se advirtió, los notarios simplemente tenían que acudir a los principios generales consagrados en la Constitución, y respetar el carácter neutral que tiene la actuación fedante, para de manera diligente reconocerles a los niños su registro civil al que por ley, tienen derecho.

Igualmente, y como se advirtió en la relación de hechos donde se describe la técnica de reproducción asistida utilizada por Antonio y Bassanio, la única manera de comprobar la relación en este tipo de familias sería acudir a una prueba genética. Sin duda, concluir que el procedimiento a seguir en caso de niños concebidos por medio de reproducción asistida de una pareja homosexual siempre sería el de exigir una prueba genética, reafirmaría la discriminación de los niños por origen familiar, ya que en los casos de familias heterosexuales solo es necesario acudir a presunciones legales existentes, pues la carga se invierte cuando se trata de impugnar la paternidad y la maternidad legítima. Por lo tanto, la Sala Plena considera que en aras de preservar el derecho a la igualdad de los niños que forman parte de familias diversas, por analogía, se deben extender dichas presunciones cuando se trata del reconocimiento de la paternidad, la nacionalidad y, sobre todo, la personalidad jurídica de los menores de edad.

77. Las interpretaciones aplicadas por dichas entidades van en contravía de la prohibición de discriminación de la Constitución y los estándares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, reniega de los avances constitucionales sobre la protección que deben recibir las familias diversas y desconoce que no es un caso donde a través de la adopción se pretenda proteger a un menor de edad sino de un trámite

de registro que debe realizarse de manera sencilla y cuyas implicaciones tienen un efecto vitalicio ya que una falta en el mismo implica desconocer, como ya se explicó ampliamente en el anterior acápite, el interés superior del niño y el derecho a la nacionalidad, la personalidad, y a tener una familia de Bartleby y Virginia. Al no contar con el mencionado documento, los menores de edad sencillamente no pueden acreditar su condición de nacionales ni su propia personalidad frente al Estado. Esto, inexorablemente, lleva a que no puedan gozar de los servicios que prestan todas las autoridades públicas y las garantías básicas, en temas tan importantes como salud y educación, que se activan una vez se reconozca la existencia jurídica de la persona.

78. Con todo, la constatación de la falta de razones imperiosas para dar un tratamiento diferenciado y que ha generado un claro trato discriminatorio sobre los niños, hace innecesaria la aplicación y constatación de los demás pasos del juicio estricto de igualdad, consistente en el estudio de los fines perseguidos, de los medios elegidos para ello y de la proporcionalidad -en sentido estricto- de la ponderación de los derechos involucrados frente a los objetivos buscados con el trato desigual. Sin embargo, y a partir de la respuesta ofrecida por el Ministerio de Relaciones Exteriores sobre que la solicitud de Antonio y Bassanio no es extraña a la función consular y se presenta con algún grado de frecuencia con otras familiares diversas, la Sala quiere realizar algunas consideraciones acerca de cómo las actuaciones de las notarías son una manifestación del déficit de protección que padecen los niños que forman parte de familias diversas y la necesidad que tiene el juez constitucional en estos casos de tomar algunos remedios estructurales para reducirlo. Por eso, a continuación se explicará en detalle cuál es la manifestación concreta de ese déficit y cómo es posible superarlo.

La falta de registro de los hijos de las familias diversas como manifestación del déficit de protección constitucional que éstos sufren

79. En la parte motiva de esta sentencia se explicó con amplitud la manera como la Corte Constitucional ha reconocido, en jurisprudencia reciente y con plena vigencia, que el artículo 42 de la Carta Política incluye el reconocimiento y protección a varias formas de familia y que las mismas sufren de un déficit de protección constitucional que debe ser remediado, en primera instancia por el Legislador, y de manera subsidiaria por el juez constitucional. El presente caso, es una oportunidad para reflexionar acerca de la persistencia de dicha deficiencia de protección constitucional pero ya no desde la óptica de los adultos que la conforman sino de los niños que hacen parte de las mismas. Las actuaciones de los notarios explican la necesidad de tomar un remedio estructural frente a la falta de voluntad de quienes ejercen una función pública para proteger los derechos de los niños a tener una familia diversa y a no ser separado de ellas.

La interpretación formalista que las accionadas aplicaron al formato de registro civil constituye una abierta contradicción con el espíritu de las decisiones del Tribunal, que cobran efectos de cosa juzgada y son oponibles a todas las autoridades y particulares. Parafraseando al juez Albie Sachs, las autoridades notariales, aprovechando un eufemismo exegético derivado de un vacío meramente nominal del formato del registro civil de nacimiento, optaron por aplicar la regla de la "igualdad del cementerio"[280] al extender la discusión sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo a casos donde la figura no

encuentra ningún asidero ya que el vínculo filial de los dos padres se encuentra plenamente probado. En otras palabras, los notarios concluyeron que como las familias diversas no podían, al momento de la solicitud de Antonio y Bassanio, acudir a procesos de adopción voluntaria para vincular en sus familias a niños o niñas sin ninguna relación biológica con ellos, dicha restricción es asimilable a casos como el presente, que sí tienen una probada relación filial con Bartleby y Virginia. Sin embargo, admitir una restricción de esta naturaleza implicaría desconocer que el artículo 42 de la Carta reconoce que sin importar si la relación familiar es biológica o filial todos los menores de edad tienen iguales derechos. Esto equivaldría entonces a “igualar por lo bajo” a los menores de edad según el origen de su relación familiar, algo que de manera evidente resulta inaceptable.

Esta conducta es censurable no solo desde un punto de vista constitucional y legal, sino también desde la ética de la neutralidad que toda actuación fedante debe tener. No es admisible que en un Estado democrático, y con una robusta carta de derechos como el colombiano, acepte que por un vacío formal se le impida de manera arbitraria a dos menores de edad gozar de sus derechos más elementales, como el de la nacionalidad, la personalidad jurídica y el de tener una familia y no ser separado de la misma. Por esa razón, la Sala considera que las diversas interpretaciones que los notarios pueden aplicar ante solicitudes como las de Antonio y Bassanio, y la subsecuente inseguridad y aleatoriedad abusiva a la que pueden ser sometidos los niños que forman parte de familias diversas, debe ser corregida de manera estructural por las autoridades de registro del país. De los hechos del caso, queda claro que la actitud caprichosa de los notarios fue el resultado de una percepción equivocada y poco objetiva frente a los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo y sus hijos. En vez de aplicar el principio pro persona, que señala que ante múltiples interpretaciones en un mismo caso se debe aplicar la más favorable al individuo, los funcionarios actuaron bajo una presunción de sospecha dirigida a cuestionar la validez social, constitucional y legal de la familia de los accionantes y del derecho incuestionable que tienen Bartleby y Virginia a tener una familia y no ser separados de la misma. Citando nuevamente al juez Sachs, las actuaciones reprochadas no buscaron respetar una “igualdad del viñedo”[281] donde se garantizara un acceso igualitario y amplio a la protección ofrecida por las normas. No se trata de construir una igualdad sobre la negación absoluta de los derechos de las familias diversas, sino de reconocer que Bartleby y Virginia, como cualquier otro menor de edad que forma parte de una familia heterosexual, tienen derecho a un trato digno y respetuoso por parte del Estado.

80. Por esta razón, la Sala considera que la respuesta de la Registraduría, en el sentido de introducir un nuevo formato de registro civil de nacimiento que de manera explícita permita la incorporación de parejas del mismo sexo como padres de un menor de edad es un paso adecuado hacia la superación del déficit de protección constitucional descrito. Sin embargo, la información suministrada por dicha autoridad no es del todo precisa ya que no es claro si dicho formato es una realidad y si existe una circular clara, concisa y expresa dirigida a todas las notarías y consulados del país para empezar a introducir dichas modificaciones de manera inmediata. En el oficio enviado a la Corte, la entidad solo pone de presente de manera sumaria la existencia del nuevo formato pero no especifica un cronograma cierto de implementación ni describe las medidas concretas que tomará con el fin de informar sobre los cambios introducidos por el mismo. Por esa razón, y advirtiendo que el formato clásico

también permite el reconocimiento de familias diversas a través de una interpretación sistemática de los precedentes de este Tribunal, la Sala ordenará a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, si no lo ha hecho aún, introduzca de manera pronta el nuevo modelo de inscripción del registro civil de nacimiento. En el mismo, se debe indicar de manera clara que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y a la “madre” del recién nacido, si se cumplen con los requisitos generales de ley, se puede introducir el nombre de dos hombres o dos mujeres, siendo el orden de inscripción el que sea definido voluntariamente por la pareja para efectos de los apellidos legales del menor de edad. Igualmente, deberá proferir una circular dirigida a todos las notarías y oficinas consulares del país con el fin de realizar una pedagogía sobre el mismo y señalar una fecha cierta para su inmediata aplicación.

Conclusión

81. En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que las Notarías Segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado, violaron los derechos fundamentales de los menores de edad Bartleby y Virginia a la dignidad humana, a la igualdad y no discriminación, al reconocimiento a la personalidad jurídica y la cláusula de la prevalencia de los derechos de los menores de edad. Particularmente, dicha violación se debió a su negativa reiterada y probada de realizar la inscripción de los niños en el registro civil de nacimiento, pese a que existía un documento equivalente extranjero que reconoció la relación filial de los mismos con sus padres Antonio y Bassanio.

Los notarios en mención, consideraron que el caso de los niños se ajustaba a la actual imposibilidad que tienen las parejas del mismo sexo para acudir a los procesos de adopción voluntaria cuando la realidad fáctica y procesal señala que dicha figura no tiene ninguna aplicación en el caso concreto. Esto, ya que Bartleby y Virginia son hijos tanto de Antonio y Bassanio, gracias a un procedimiento de reproducción asistida que cumplió con todas los requisitos legales del Estado de California en Estados Unidos. Así, el presentar la solicitud, los notarios simplemente debieron dar fe de la legalidad de los certificados de nacimiento otorgados en dicho país y proceder con la inscripción en el registro civil de nacimiento toda vez que los niños, por ser hijos de padres colombianos, tienen el derecho a la nacionalidad a partir de lo dispuesto por el artículo 96 de la Constitución. Sin embargo, no es posible concluir que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Consulado General de Colombia en la ciudad de Los Ángeles vulneró los derechos de los menores de edad ya que entre la solicitud de inscripción en el registro civil y el viaje de la familia a Colombia solo transcurrió un día hábil, por lo que no es razonable asumir que hubo una negación expresa por parte de dicha autoridad a realizar dicho trámite. Sin embargo, la respuesta que el Ministerio ofreció a este Tribunal da cuenta de que esta situación es común en las oficinas consulares del país por lo que es necesario tomar medidas estructurales para evitar posibles violaciones de los derechos fundamentales de otras familias diversas que, teniendo hijos reconocidos por documentos equivalentes al registro civil colombiano, quieran tramitar la nacionalidad colombiana de esos menores de edad.

Por otra parte, la mora injustificada en realizar dicho trámite representó una violación directa y contundente a la dignidad, personalidad jurídica y al derecho a tener una familia

de los niños. Al negarse a proceder con la inscripción, y hasta tanto el juez de tutela de primera instancia tomó la acertada decisión de proteger sus derechos fundamentales y ordenar que se realizara el procedimiento notarial, Bartleby y Virginia estuvieron expuestos a una posible expulsión del país junto a sus padres por encontrarse en una situación migratoria irregular. Este procedimiento administrativo, se hubiera producido por una omisión deliberada impulsada por prejuicios intolerables en cualquier Estado Constitucional hacia los niños que forman parte de familiares diversas y representó una amenaza cierta contra la estabilidad del núcleo familiar, el interés superior de los derechos de los menores de edad, en especial su derecho a tener una familia y no ser separado de la misma.

82. Además, la Corte en sus órdenes advertirá que, siguiendo el principio pro persona, bajo el actual formato se puede realizar una inscripción de padres del mismo sexo por lo que no será necesario establecer un periodo de transición que signifique que otras peticiones futuras, en el inmediato y corto plazo y mientras la Registraduría toma las medidas necesarias para implementar un cambio en el formato del registro civil de nacimiento en el tiempo señalado por la Corte, toda vez que lo ideal es que se exprese con claridad en dicho documento que es admisible la inscripción de dos padres o dos madres, puedan encontrarse con interpretaciones que escapan de los avances introducidos por la jurisprudencia vigente de esta Corporación alrededor del reconocimiento del valor que tiene la familia diversa y el cuidado que el Estado le debe proporcionar.

III. 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.- LEVANTAR la suspensión de los términos del presente proceso, decretada mediante auto del 29 de enero de 2015.

Segundo.- CONFIRMAR la decisión proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín que, en sentencia de única instancia del 20 de junio de 2014, declaró la procedencia de la acción de tutela y CONCEDIÓ la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la personalidad jurídica, la nacionalidad y la protección del interés superior de los menores de edad Bartleby y Virginia y ORDENÓ su inscripción inmediata en el registro civil de nacimiento.

Tercero.- ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil[282] que, en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, implemente un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale 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. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se expida, además del formato ya descrito, una circular única dirigida a todas las notarías y consulados del país en el extranjero explicando: i) el contenido de esta sentencia y los cambios introducidos por

el nuevo formato de registro civil; y ii) que mientras se introduce en todos los circuitos notariales y consulados del país el nuevo formato, las peticiones que llegaran a presentar parejas del mismo sexo que son padres o madres de un menor de edad con respecto a su inscripción en el registro civil de nacimiento se deben tramitar utilizando el formato actual sin que el mismo constituya un obstáculo para reconocer el derecho a la nacionalidad, a la vida digna, a la personalidad jurídica, el derecho a tener una familia y el interés superior de los niños y niñas.

Cuarto.- INVITAR a la Defensorías Delegadas para Asuntos Constitucionales y Legales y para la Infancia, la Juventud y Adulto Mayor de la Defensoría del Pueblo[283] y a la Superintendencia de Notariado y Registro[284] para que acompañen y le hagan seguimiento a la implementación de las medidas descritas en la orden anterior.

Quinto.- ORDENAR a la Secretaria General de esta Corporación y a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín que se abstengan de publicar cualquier dato o circunstancia que puedan llevar a la identificación de los actores o de sus hijos.

Sexto.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (e)

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con Salvamento Parcial de Voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con Salvamento de Voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con Permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La Sala considera que mantener en el anonimato a los accionantes en tutelas que involucren derechos de parejas del mismo sexo es, a menos que sea solicitado de manera expresa en la acción y no se trate de menores de edad, una práctica que preserva el estigma discriminatorio hacia estos ciudadanos al mantener invisible una conducta protegida constitucionalmente. Sin embargo, en el escrito de tutela, los peticionarios explícitamente solicitan que se mantenga la reserva de sus nombres, los de sus hijos y cualquier otro dato personal, por lo que se procede a proteger dicha información de manera plena en la presente sentencia. Además, como quiera que en el proceso están involucrados dos menores de edad, la Sala considera necesario mantener dicha reserva.

[2] Auto de Sala Plena (folio 15; cuaderno auxiliar).

[3] Acuerdo 02 de 2015. Artículo 61. Revisión por la Sala Plena. “Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009. En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela.”

[4] Declaración de existencia de unión marital de hecho y de sociedad patrimonial de bienes (folios 34 a 36; cuaderno principal).

[5] Copia de la licencia de matrimonio (folios 4 a 7; cuaderno principal).

[6] Certificados de nacimientos expedidos por la ciudad de San Diego, Estados Unidos a

nombre de los menores Bartleby y Virginia. Los documentos fueron anexados en su formato original en inglés pero también se adjuntaron copias traducidas al español debidamente apostilladas (folios 8 a 16; cuaderno principal).

[7] Copia de los pasaportes estadounidenses expedidos a nombre de los menores Bartleby y Virginia (folios 17 a 20; cuaderno principal).

[8] Copia manuscrita del derecho de petición que presentaron los peticionarios ante el Consulado colombiano en Los Ángeles el 17 de abril de 2014 (folio 33; cuaderno principal).

[9] Escrito de tutela (folio 41; cuaderno principal).

[10] Ibídem (folio 41; cuaderno principal).

[11] Ibídem (folio 42; cuaderno principal).

[12] Ibídem (folio 42; cuaderno principal).

[13] Ibídem (folio 42; cuaderno principal).

[14] Facsímil de la respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil Folio 31; cuaderno principal.

[15] Escrito de respuesta de la Notaría Primera de Itagüí (folio 96; cuaderno principal).

[16] Ibídem (folio 96; cuaderno principal).

[18] Ibídem (folio 97; cuaderno principal).

[19] Ibídem (folio 97; cuaderno principal).

[20] Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[21] Constitución Política. Artículo 14. "Toda persona tiene derecho a la personalidad jurídica".

[22] Constitución Política. Artículo 42. "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean

menores o impedidos .Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

[23] Escrito de respuesta de la Procuraduría General de la Nación (folio 104; cuaderno principal).

[24] Ibídem (folio 109; cuaderno principal):

[25] Ibídem (folio 108; cuaderno principal).

[26] Ibídem (folio 112; cuaderno principal).

[27] Escrito de respuesta de la Notaría Segunda de Medellín (folio 115; cuaderno principal).

[28] Escrito de respuesta de la Notaría Segunda de Envigado (folio 120; cuaderno principal).

[29] Ibídem (folio 120; cuaderno principal).

[30] Decreto Ley 1260 de 1970. Artículo 47. “Los nacimientos ocurridos en el extranjero o durante viaje cuyo término sea lugar extranjero, se inscribirán en el competente consulado colombiano, y en defecto de éste, en la forma y del modo prescrito por la legislación del respectivo país. El cónsul remitirá sendas copias de la inscripción; una destinada al archivo de la oficina central y otra al funcionario encargado del registro civil en la capital de la república, quien, previa autenticación del documento, reproducirá la inscripción, para lo cual abrirá el folio correspondiente. Caso de que la inscripción no se haya efectuado ante cónsul nacional, el funcionario encargado del registro del estado civil en la primera oficina de la capital de la república procederá a abrir el folio, una vez establecida la autenticidad de los documentos que acrediten el nacimiento”.

[31] Escrito de respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 122 a 126; cuaderno principal).

[32] Escrito de respuesta de la Notaría 25 de Medellín (folio 127; cuaderno principal).

[33] Ibídem (folio 127; cuaderno principal).

[34] Escrito de respuesta de Migración Colombia (folio 130; cuaderno principal).

[35] Decreto 834 de 2013. Artículo 20. “De los permisos. La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia podrá otorgar Permiso de Ingreso y Permanencia, así como Permiso Temporal de Permanencia a los visitantes extranjeros que ingresen al territorio nacional sin

ánimo de establecerse en el país y que no requieran visa, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por acto administrativo, de la siguiente manera:

*PIP. Permiso de Ingreso y Permanencia. Este permiso lo otorgará a la entrada al país la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia a los extranjeros, que no requieran visa, por noventa (90) días calendario, con excepción del Permiso de Ingreso y Permanencia modalidad técnica (PIP-7) el cual se otorgará solamente por treinta (30) días calendario”.

*PTP. Permiso Temporal de Permanencia. Este permiso (prórroga), se dará a los extranjeros que soliciten la permanencia en el territorio nacional después de haber hecho uso del Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP). Este permiso estará fundamentado en dos condiciones:

- Para los extranjeros que ingresen al país como visitantes.
- Para los extranjeros que deban aclarar al interior del territorio colombiano alguna situación administrativa o judicial.

En las dos condiciones indicadas anteriormente, el Permiso Temporal de Permanencia será otorgado por noventa (90) días calendario y se podrá prorrogar de acuerdo con lo establecido por la autoridad migratoria, para los extranjeros que deban aclarar al interior del territorio colombiano alguna situación administrativa o judicial.

*PGT. Permiso de Ingreso de Grupo en Tránsito. Este permiso se dará a los extranjeros pasajeros de grupo en tránsito de buques de cruceros turísticos que visiten los puertos marítimos o fluviales que reembarquen en el mismo navío. Para tal efecto, no se requerirá visa ni diligenciar tarjeta migratoria por parte del pasajero, tampoco será necesario el estampado de sello de entrada o salida en el pasaporte o documento de viaje.

Se realizará el control migratorio a pasajeros de grupo en tránsito de buques de cruceros turísticos, que desembarquen en los puertos marítimos y fluviales para dirigirse a otro país de destino por cualquier puesto de control migratorio.

Para la situación descrita en el inciso anterior, los extranjeros que requieran visa para ingresar al país, deberán presentarla ante la autoridad migratoria”.

[36] Escrito presentado por la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 358; cuaderno auxiliar).

[37] Ibídem (folio 359; cuaderno auxiliar).

[38] Ibídem (folio 362; cuaderno auxiliar).

[39] En escrito del 26 de junio del 2014, la Registraduría Nacional del Estado Civil remitió al Tribunal Superior de Medellín copia de los registros civiles de Bartleby y Virginia como prueba del cumplimiento del fallo de la acción de tutela. En los mismos, se observa que el registro fue realizado el 24 de junio y que tanto Antonio como Bassanio figuran en los mismos como padres de los menores (folios 205 y 206; cuaderno principal). A su vez, en un escrito del 1 de julio de 2014 Mary Luz González Tabares, defensora de familia de Medellín,

certificó que los menores fueron registrados en la Registraduría Local de Teusaquillo en Bogotá (folio 207; cuaderno principal).

[40] Fallo de única instancia (folios 154 a 155; cuaderno principal).

[41] *Ibídem* (folio 155; cuaderno principal).

[42] Código General del Proceso. Artículo 170. “Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”.

[43] Auto de pruebas decretadas por el despacho de la magistrada sustanciadora (folios 17 a 19; cuaderno auxiliar).

[45] Con base en el principio de informalidad de la acción de tutela (artículo 14 del Decreto 2591 de 1991) y por considerar que la información contenida en los documentos es valiosa para el examen del caso, el despacho de la magistrada sustanciadora incorporará a la presente acción todas las intervenciones presentadas durante el proceso, sin importar si las mismas fueron radicadas en el término señalado por la Sala Plena o después del mismo.

[46] Informe de la Secretaría General (folio 343; cuaderno auxiliar).

[47] Constitución Política. Artículo 266.2. (El Registrador) ejercerá las funciones que establezca la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas, así como la de celebrar contratos a nombres de la Nación, en los casos que aquella disponga.

[48] Escrito de respuesta de la Superintendencia de Notariado y Registro (folio 30; cuaderno auxiliar).

[49] *Ibídem* (folio 31; cuaderno auxiliar).

[50] *Ibídem* (folio 33; cuaderno auxiliar).

[51] *Ibídem* (folio 34; cuaderno auxiliar).

[52] *Ibídem* (folio 35; cuaderno auxiliar).

[53] Escrito de respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 39; cuaderno auxiliar).

[54] *Ibídem* (folio 40; cuaderno auxiliar).

[55] El Ministerio adjuntó en el memorial de respuesta las respectivas solicitudes en los casos que menciona y las respuestas que recibió por parte de la Registraduría (folios 49 a 108).

[56] Código General del Proceso. Artículo 251. “Documentos en idioma extranjero y

otorgado en el extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano. Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país”.

[57] Op. Cit. Escrito de respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 40; cuaderno auxiliar).

[58] Ibídem (folio 41; cuaderno auxiliar).

[59] Ibídem (folio 41; cuaderno auxiliar).

[60] Ibídem (folio 41; cuaderno auxiliar).

[61] Escrito del Ministerio de Justicia y del Derecho (folio 209; cuaderno auxiliar).

[62] Decreto Ley 1260 de 1970. Artículo 88. “Los errores en que se haya incurrido al realizar una inscripción, se corregirán subrayando y encerrando entre paréntesis las palabras, frases o cifras que deban suprimirse o insertando en el sitio pertinente y entre líneas las que deban agregarse, y salvando al final lo corregido, reproduciéndolo entre comillas e indicando si vale o no vale lo suprimido o agregado. Podrá hacerse la corrección enmendando lo escrito o borrándolo y sustituyéndolo, y así se indicará en la salvedad que se haga. Las salvedades serán firmadas por el funcionario encargado del registro del estado civil. Sin dichos requisitos no valdrán las correcciones y se tendrán por verdaderas las expresiones originales”.

[63] Op. Cit. Escrito del Ministerio de Justicia y del Derecho (folio 211; cuaderno auxiliar)

[64] Ibídem (folio 212; cuaderno auxiliar).

[65] Ibídem (folio 213; cuaderno auxiliar).

[66] Ibídem (folio 213; cuaderno auxiliar).

[67] Ibídem (folio 213; cuaderno auxiliar).

- [68] Escrito de la Defensoría del Pueblo (folio 333; cuaderno auxiliar).
- [69] Ibídem (folio 335; cuaderno auxiliar).
- [70] Ibídem (folio 336; cuaderno auxiliar).
- [71] Escrito presentado por la Fiscalía General de la Nación (folio 350; cuaderno auxiliar).
- [72] Ibídem (folio 354; cuaderno auxiliar).
- [73] Ibídem (folio 366; cuaderno auxilia).
- [74] Escrito de respuesta de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (folio 116; cuaderno auxiliar),
- [75] Ibídem (folio 116; cuaderno auxiliar).
- [76] Ley 1395 de 2010. Artículo 118. Inscripción de actos jurídicos, hechos jurídicos y providencias. “Todos los actos, hechos y providencias que deban inscribirse en el registro civil o que afecten el mismo, podrán inscribirse en cualquier oficina autorizada para cumplir con la función de registro civil del territorio nacional o en los consulados de Colombia en el exterior”.
- [77] Op. Cit. Escrito de respuesta de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (folio 118; cuaderno auxiliar).
- [78] Ibídem (folio 120; cuaderno auxiliar).
- [79] Cfr. Radilla Pacheco c. México, Pueblo Saramaka c. Surinam. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay y Fornerón e hija c. Argentina.
- [80] Escrito de la Fundación ProBono (folio 243; cuaderno auxiliar).
- [81] Ibídem (folio 246; cuaderno auxiliar).
- [82] La intervención fue presentada por Mauricio Albarracín Caballero, Eliana Robles Pallares y Máviló Nicolás Giraldo a nombre de Colombia Diversa y por Nathalia Sandoval Rojas, Paola Molano, Nina Chaparro y Silvia Rojas en representación de Dejusticia.
- [83] Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 2. 1. “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.
- [84] Escrito de Colombia Diversa y Dejusticia (folio 264; cuaderno auxiliar).

[85] El escrito presenta un resumen de los casos de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana y Atala Riffo y niñas c. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Sala, en sus consideraciones, se referirá con mayor precisión a esta sentencia.

[86] En las consideraciones de la sentencia, este Tribunal realizará un análisis más detallado del mencionado juicio y sus elementos constitutivos.

[87] Op. Cit. Escrito de Colombia Diversa y Dejusticia (folio 276; cuaderno auxiliar).

[89] *Ibídem* (folio 280; cuaderno auxiliar).

[90] *Ibídem* (folio 282; cuaderno auxiliar).

[91] Escrito de la Comisión Colombiana de Juristas (folio 305; cuaderno auxiliar).

[92] Los intervinientes hacen hincapié en varias normas contenidas en los Principios de Yogyakarta. El contenido de estos principios y su posición en el sistema de fuentes del derecho internacional será sujeto de análisis en las consideraciones de la presente decisión.

[93] Op. Cit. Escrito de la Comisión Colombiana de Juristas (folio 306; cuaderno auxiliar).

[94] *Ibídem* (folio 312; cuaderno auxiliar).

[95] Constitución Política. Artículo 96. “Son nacionales colombianos. 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y; b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República. 2. Por adopción: a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción; b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y; c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos. Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

[96] Escrito del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (folio 128; cuaderno auxiliar).

[97] *Ibídem* (folio 128; cuaderno auxiliar).

[98] *Ibídem* (folio 130; cuaderno auxiliar).

[99] Ibídem (folio 131; cuaderno auxiliar).

[100] Ibídem (folio 132; cuaderno auxiliar).

[101] Ibídem (folio 132; cuaderno auxiliar).

[102] Escrito de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (folio 142; cuaderno auxiliar).

[103] Los ciudadanos que suscribieron el memorial fueron Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Mario Enrique Correa, Dora Cecilia Saldarriaga Grisales, Martha Isabel Gómez Vélez, Edilma del Socorro Agudelo, Carolina Restrepo Munera, Carolina Gómez Jiménez y Oscar Daniel Rodríguez Ortegón.

[104] Escrito de la Universidad Autónoma Latinoamericana (folio 146; cuaderno auxiliar).

[105] Ibídem (folio 149; cuaderno auxiliar).

[106] Ibídem (folio 153; cuaderno auxiliar).

[107] Ibídem (folio 153; cuaderno auxiliar).

[108] Código Civil. Artículo 21. Forma de los Instrumentos Públicos. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el código judicial de la unión. La forma se refiere a las solemnidades externas, a (sic) la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

[109] Escrito del Grupo de Litigio de Interés Público de la Universidad del Norte (folió 163; cuaderno auxiliar).

[110] Escrito del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (folio 166; cuaderno auxiliar).

[111] Ibídem (folio 167; cuaderno auxiliar).

[112] Ibídem (folio 170; cuaderno auxiliar).

[113] Constitución Política. Artículo 1º. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

[114] Constitución Política. Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en

favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

[115] *Ibíd*em (folio 181; cuaderno auxiliar).

[116] Cfr. Sarmiento, Erazo. Juan Pablo. “Las Uniones Maritales de Hecho entre las parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación”. En: *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, No. 32 (2009), pp. 57-96.

[117] *Ibíd*em (folio 182; cuaderno auxiliar).

[118] Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[119] Corte Constitucional. Sentencia SU-617 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[120] *Ibíd*em (folio 183; cuaderno auxiliar).

[121] *Ibíd*em (folio 184; cuaderno auxiliar).

[122] Decreto Ley 1260 de 1970. Artículo 52. La inscripción del nacimiento se descompondrá en dos secciones: una genérica y otra específica. En aquella se consignarán solamente el nombre del inscrito, su sexo, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio y general de la oficina central. En la sección específica se consignarán, además la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre, el nombre del padre; en lo posible, la identidad de una y otro, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia. Además, se imprimirán las huellas plantares del inscrito menor de siete años, y la de los dedos pulgares de la mano del inscrito mayor de dicha edad. La expresión de los datos de la sección genérica constituye requisito esencial de la inscripción.

[123] *Op. Cit.* Escrito del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (folio 184; cuaderno auxiliar).

[124] Escrito de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (folio 188; cuaderno auxiliar).

[125] *Ibíd*em (folio 188; cuaderno auxiliar).

[127] *Ibíd*em (folio 192; cuaderno auxiliar).

[128] *Ibíd*em (folio 195; cuaderno auxiliar).

[129] *Ibíd*em (folio 203; cuaderno auxiliar).

[130] Escrito de la Universidad Cooperativa de Colombia (folio 220; cuaderno auxiliar).

[131] Ibídem (folio 224; cuaderno auxiliar).

[132] Ibídem (folio 226; cuaderno auxiliar).

[133] Ibídem (folio 226; cuaderno auxiliar).

[134] Ibídem (folio 236; cuaderno auxiliar).

[135] Ibídem (folio 237; cuaderno auxiliar).

[136] Código Civil. Artículo 213. Presunción de Legitimidad. “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

[137] Op. Cit. Escrito de la Universidad Cooperativa de Colombia (folio 239; cuaderno auxiliar).

[138] Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[139] Escrito de la Universidad de Medellín (folio 328; cuaderno auxiliar).

[140] La Sala Plena, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 54A del Reglamento Interno de esta Corporación, dispuso asumir el conocimiento del presente asunto. Dicha decisión fue ratificada por auto del 29 de enero de 2015 (folio 15; cuaderno auxiliar).

[141] La Sala tomará como modelo, en lo concerniente a las características generales de la acción en estos casos, lo consignado en las sentencias T-541A de 2014 y T-478 de 2015.

[142] Constitución Política. Artículo 86. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[143] Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se

presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

[144] Constitución Política. Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[145] Corte Constitucional. Sentencia T-462 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[146] Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2007. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas.

[147] Corte Constitucional. Sentencia T-464 de 1995. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

[148] Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[149] Corte Constitucional. Sentencia T-551 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[150] Ley 1098 de 2006. Artículo 50. Restablecimiento de los derechos. “Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”.

[151] Ley 1098 de 2006. Artículo 53. Medidas de Restablecimiento de Derecho. “Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: 1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; 3. Ubicación inmediata en medio familiar; 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; 5. La adopción; 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes; 7. Promover las acciones policivas,

administrativas o judiciales a que haya lugar”.

[152] Ver, entre otras, las sentencias T-572 de 2009; T-090 de 2010; T- 671 de 2010; T-502 de 2011; T-844 de 2011: y T-214 de 2014.

[153] Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[154] M.P. Luis Guillermo Guerrero

[155] Corte Constitucional. Sentencia SU-961 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[156] Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[157] Corte Constitucional. Sentencia T-029 de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[158] Corte Constitucional. Sentencia T-215 de 1996. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

[159] Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[160] Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[161] Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[162] Corte Constitucional. Sentencia C-468 de 2009. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[163] Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

[164] Corte Constitucional. Sentencia T-278 de 1994. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

[165] Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[166] Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

[167] Constitución Política. Artículo 93. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre

derechos humanos ratificados por Colombia”.

[168] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 23.1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

[169] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 17.1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

[170] Convención sobre los Derechos del Niño. 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”.

[171] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 16. “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

[172] Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[173] Corte Constitucional. Sentencia T-044 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[174] La Sala tomará como modelo, para resumir las reglas de protección a la familia plural, lo consignado en la sentencia T-506 de 2015.

[175] Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[176] Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007. Magistrado Ponente: Margo Gerardo Monroy Cabra.

[178] Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[179] Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[180] Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[181] Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[182] Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 1993. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

[183] Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[184] Ver, entre otras, sentencias T-100 de 1994; T-166 de 1994; C-216 de 1994; T-342 de 1994; T-364 de 1994; T-402 de 1994; T-456 de 1994; T-059 de 1995; C-106 de 1995; T-144 de 1995; T-145 de 1995; C-264 de 1995; T-298 de 1995; T-326 de 1995; CV-083 de 1996; C-262 de 1996; C-279 de 1996; T-593 de 2006; y C-057 de 2010.

[185] Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

[186] Constitución Política. Artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

[187] La reconstrucción que se realiza en este capítulo está basada en otras consideraciones anteriormente elaboradas por la Sala Plena, como la que se presentó en la sentencia C-880 de 2014.

[188] Frente a la evolución del juicio de igualdad en la Corte Constitucional ver: Bernal Pulido, Carlos Bernal. “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”. En: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (7º, 2002: México D.F). Memorias del 7º Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, 2002, 51-74.

[189] Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[190] Sobre el juicio de proporcionalidad ver: Rodríguez Garavito, César. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”. En: Observatorio de Justicia Constitucional. Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Cepeda Espinosa, Manuel José (editores). Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998.

[191] Ibídem.

[192] Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[193] El concepto de los niveles de intensidad fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y fue adoptada por la Corte Constitucional en la segunda versión del test de igualdad. Frente al tema, se pueden ver sentencias como *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938); *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); o *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

[194] Op. Ci. Sentencia C-093 de 2001.

[195] Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[196] La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha considerado que los criterios señalados por el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) son también criterios sospechosos de discriminación (ver, entre otras sentencias, SU-617/14; C-577/11 o C-075/07).

[197] Corte Constitucional. Sentencia C-112/00. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[198] Frente al desarrollo teórico de las acciones afirmativas se puede consultar: Tushnet, Mark. "The New Constitutional Order". Princeton University Press. Princeton, 2004.

[199] Op. Cit. Sentencia C-445 de 1995.

[200] Corte Constitucional. Sentencia C-673/01. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

[201] Op. Cit. Sentencia C-093 de 2001.

[202] Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

[203] Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[204] Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[205] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-881/02. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[206] Corte Constitucional. Sentencia SU-062 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[207] Corte Constitucional. Sentencia T-1055 de 2001. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

[208] Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 2006. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

[209] Corte Constitucional. Sentencia T-299 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[210] Corte Constitucional. Sentencia T-220 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[211] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-485 de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

[212] Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[213] Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[214] Constitución Política. Artículo 14. "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

[215] Corte Constitucional. Sentencia T-488 de 1999. Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

[216] Corte Constitucional. Sentencia T-963 de 2001. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

[217] Corte Constitucional. Sentencia T-1008 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

[218] Corte Constitucional. Sentencia T-329A de 2002. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[219] Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

[220] Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 15.1. "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad".

[221] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 20. 1. "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra; y 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".

[222] Constitución Política. Artículo 96. "Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y; b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego (sic) se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República. 2. Por adopción: a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad

colombiana por adopción; b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y; c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos. Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

[223] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2006. Párrafos 125 a 192.

[225] Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

[226] Corte Constitucional. Sentencia C-451 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

[227] Con respecto a la nacionalidad como derecho fundamental ver, entre otras sentencia T-075 de 2015.

[228] El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm>. [Consultado el 10 de septiembre de 2015].

[229] O'Donnell. Daniel. Derecho internacional de los Derechos Humanos (normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DD.HH. (2004). Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf>. [Consultado el 12 de septiembre de 2015].

[230] Ver, entre otras, las sentencias C-222/95, C-401/95, y C-170/04.

[231] Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Resolución 2014/08. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/491/37/PDF/N1449137.pdf?OpenElement>. [Consultado el 12 de septiembre de 2015].

[232] Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 5 del 27 de noviembre de 2003. Párrafo 12.

[233] Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 7 del 20 de septiembre de 2006. Párrafos 15 y 19.

[234] Comité de Derechos Humanos. Caso Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras vs. República de Mauricio. Decisión del 2 de mayo de 1978. Párrafo 9.

[235] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Párrafos 69 7 70.

[236] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Párrafos 156, 157 6 158.

[237] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 17.1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

[238] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 11. 2. “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

[239] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Formeron e hija c. Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012. Párrafos 113 y 123

[240] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Párrafos 120, 140 a 145 y 175.

[241] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Keegan c. Irlanda. Sentencia del 26 de mayo de 1994. Párrafo 44.

[242] Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 8. “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

[243] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Menesson c. Francia. Sentencia del 26 de junio de 2014. Párrafos 87 a 94.

[244] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Paradiso y Campanelli c. Italia. Sentencia del 25 de enero de 2015. Párrafo 67.

[245] Dirección General de Los Registros y del Notariado. Resolución del 18 de febrero de 2009. Disponible en:
http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Res_DGRN_18_02_2009 [Consultado el 22 de octubre de 2015],

[246] Cfr. LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Ediciones de la Universidad de Barcelona. Barcelona (2011); pp. 78 a 80.

[247] *Ibidem*; pp. 102 a 108.

[248] *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463 ; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003)*,

[249] Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 135 (2015).

[250] Henry v. Himes. Southern District Court of Ohio. Judge T. Black (2014).

[251] Roe v. Utah Department of Health. District Court of Utah. Judge: D.V. Benson (2015).

[252] Domestic partnership registration and termination procedures. Disponible en: <http://dccode.org/simple/sections/32-702.html>. [Consultado el 21 de septiembre de 2015].

[253] Vital Records of the State of California Amendment Bill (Assembly Bill No. 1951). Disponible en: http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140AB1951. [Consultado el 20 de septiembre de 2015].

[255] Ley 43 de 1993. Artículo 3. De la prueba de la nacionalidad. “Para todos los efectos legales se considerarán como pruebas de la nacionalidad colombiana, la cédula de ciudadanía para los mayores de dieciocho (18) años, la tarjeta de identidad para los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años o el registro civil de nacimiento para los menores de catorce (14) años, expedidos bajo la organización y dirección de la Registraduría Nacional del Estado Civil, acompañados de la prueba de domicilio cuando sea el caso. PARÁGRAFO. Sin embargo, las personas que han cumplido con las condiciones establecidas en el artículo 96 de la Constitución Política para ser colombianos por nacimiento y no se les haya expedido los documentos que prueban la nacionalidad, de conformidad con lo señalado en el presente artículo, podrán, únicamente para efectos de renunciar a la nacionalidad colombiana, presentar la respectiva solicitud acompañada de la documentación que permita constatar que la persona es nacional colombiana y el cumplimiento de los requisitos exigidos en el citado artículo de la Constitución Política”.

[256] Ley 43 de 1993. Artículo 2. De los requisitos para la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento. “Son naturales de Colombia los nacidos dentro de los límites del territorio nacional tal como quedó señalado en el artículo 101 de la Constitución Política, o en aquellos lugares del exterior asimilados al territorio nacional según lo dispuesto en tratados internacionales o la costumbre internacional. Para los hijos nacidos en el exterior, la nacionalidad colombiana del padre o de la madre se define a la luz del principio de la doble nacionalidad según el cual, “la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad”. Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil”.

[257] Corte Constitucional. Sentencia T-106 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

[258] Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

[259] Decreto 1260 de 1970. Artículo 47. “Los nacimientos ocurridos en el extranjero o durante viaje cuyo término sea lugar extranjero, se inscribirán en el competente consulado colombiano, y en defecto de éste, en la forma y del modo prescrito por la legislación del respectivo país. El cónsul remitirá sendas copias de la inscripción; una destinada al archivo de la oficina central y otra al funcionario encargado del registro civil en la capital de la república, quien, previa autenticación del documento, reproducirá la inscripción, para lo cual abrirá el folio correspondiente Caso de que la inscripción no se haya efectuado ante cónsul nacional, el funcionario encargado del registro del estado civil en la primera oficina de la capital de la república procederá a abrir el folio, una vez establecida la autenticidad de los documentos que acrediten el nacimiento”.

[260] Es importante advertir que solo los Estados que han suscrito dicha convención pueden aplicar los instrumentos allí contemplados. En el caso concreto, tanto los Estados Unidos como Colombia son Estados miembros del mencionado tratado por lo que los procesos de registro de menores de edad pueden ser sometidos a las reglas de autenticación desarrolladas en el mismo.

[261] Decreto 2188 de 2001. Artículo 4. “Formato único de Registro Civil y papel de seguridad. Los funcionarios de registro civil y los notarios, expedirán copias y certificados de las actas, folios y seriales que reposen en sus archivos, en el formato único y en el papel de seguridad que contenga las especificaciones mínimas que para el efecto determine la Registraduría Nacional del Estado Civil. El Registrador Nacional del Estado Civil determinará la fecha a partir de la cual será obligatoria la utilización del papel competente de que trata el presente artículo”

[262] Ver, entre otras, sentencias C-181 de 1997; C-741 de 1998; C-1508 de 2000; C-1212 de 2001; y C-1159 de 2008;

[263] Constitución Política. Artículo 131. “Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia. El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro”.

[264] Decreto 960 de 1970 (modificado por el Decreto 2163 de 1970). Artículo 1º. “El notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes. El notariado forma parte de la Rama Ejecutiva, y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece”.

[265] Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

[266] Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[267] Constitución Política. Artículo 365. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

[268] Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[269] Corte Constitucional. Sentencia C-1508 de 2000. Magistrado Ponente (e): Jairo Charry Rivas.

[270] Corte Constitucional. Sentencia C-1159 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

[271] Corte Constitucional. Sentencia C-863 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[272] Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 53. Medidas de Restablecimiento de Derechos. “Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: 1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; 3. Ubicación inmediata en medio familiar; 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; 5. La adopción; 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes; y 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar”.

[273] Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 52. Verificación de la garantía de los derechos. “En todos los casos, la autoridad competente deberá, de manera inmediata, verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagrados en el Título I del Libro I del presente código. Se deberá verificar: 1. El Estado de salud física y psicológica; 2. Estado de nutrición y vacunación; 3. La inscripción en el registro civil de nacimiento; 4. La ubicación de la familia de origen; 5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos; 6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social; 7. La vinculación al sistema educativo”.

[274] Ver, sentencia C-683 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

[275] Código Civil. Artículo 213. Presunción de legitimidad. “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

[276] Copia simple de la cédula de ciudadanía de Antonio y Bassanio (folios 1 y 2; cuaderno principal).

[277] Frente a los efectos jurídicos de la adopción y las diferentes modalidades de la misma, la Sala se remite al resumen realizado por la sentencia SU-617 de 2013.

[278] Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 61. Adopción. “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

[279] Ley 1395 de 2010. Artículo 118. Inscripción de actos jurídicos, hechos jurídicos y providencias. “Todos los actos, hechos y providencias que deban inscribirse en el registro civil o que afecten el mismo, podrán inscribirse en cualquier oficina autorizada para cumplir con la función de registro civil del territorio nacional o en los consulados de Colombia en el exterior”.

[280] SACHS, Albie. The Sacred and the Secular: South Africa’s Constitutional Court Rules on Same-Sex Marriage. 102 Kentucky Law Journal, pp. 147-160 (2013).

[281] *Ibidem*, p. 154.

[282] Dirección de notificación: Calle 26 # 51-60, Bogotá D.C.

[283] Dirección de notificación: Calle 55 #10-32, Bogotá D.C.

[284] Dirección de notificación: Calle 26 #13-49, Bogotá D.C.