

Sentencia T-196/16

FAMILIA DIVERSA-Protección constitucional

PAREJA HOMOSEXUAL Y EL CONCEPTO DE FAMILIA-Relación/FAMILIA Y PAREJAS DEL MISMO SEXO-Reconocimiento en sentencia C-577/11

La Corte Constitucional ha manifestado a través de su jurisprudencia que respecto de las familias compuestas por personas homosexuales se ha presentado un déficit de protección que, de alguna forma, justificó la intervención de juez constitucional. En algunos casos la Corte ofició al Congreso para que fijara un régimen jurídico pertinente en el que se ampliaran e igualaran las garantías jurídicas a estas personas. En otros eventos, la Corte optó por declarar la exequibilidad condicionada de distintas normas, bajo el entendido de que la protección jurídica de dichas leyes, eran aplicables a parejas del mismo sexo. De la misma forma, la interpretación del artículo 42 de la Constitución varió con el paso del tiempo. Lo que en un principio no era reconocido, luego, principalmente mediante sentencia C-577 de 2011, fue claramente definido por esta Corporación. En dicha sentencia se sostuvo, criterio que hasta hoy se mantiene, que el concepto de familia responde factores socio afectivos, de manera que, indiscutiblemente, aquellas homoparentales, no solo son familia sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y SU DERECHO A TENER UNA FAMILIA-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

El interés superior del menor no impone obligación diferente a la de reconocer en su favor un tratamiento “preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado”, privilegiándolo con el propósito de su desarrollo integral. Ahora, los menores ya no se tratan como incapaces sino que se les reconoce la potencialidad de participar en la toma de decisiones que les concierne en sus vidas. Así, “de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden

decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades”.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y PRINCIPIO PRO INFANS-Reglas para determinar cuándo se ve afectado, según C-683/15/

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Condiciones jurídicas

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

REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO-Función/REGISTRO CIVIL-Importancia en el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica

En concepto de la Corte, el registro civil es presupuesto de otras garantías. Por ejemplo, para la expedición de la cédula, documento de identidad que, a la postre, acredita la edad exigida por la Constitución para acreditarse ciudadano en ejercicio. el registro civil de nacimiento constituye una puerta de entrada de los derechos a la realidad. De ahí que los errores que se puedan presentar en ese documento, no solo impiden la satisfacción de otras garantías constitucionales, sino que, lo más importante en el caso de los menores de edad, puede cercenar su derecho al nombre y a la familia.

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA-Caso en que se realizó inscripción en el registro civil de nacimiento de menor con los apellidos de una de las madres, sin tener en cuenta los apellidos de las dos madres

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA BAJO EL PRINCIPIO DE FAMILIA DIVERSA-Orden a Registraduría proceda a la modificación del registro civil de nacimiento de la menor, incorporando el apellido de las dos madres en el orden que ellas a bien lo tengan

Referencia: expediente T-5.307.214

Acción de tutela interpuesta por y Camila en representación de su hija menor Lucia[1] en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido el 27 de agosto de 2015 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en primera instancia, y el fallo proferido el 7 de octubre de 2015 por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

El 12 de agosto de 2015, las señoras Julieta y Camila en nombre propio y representación de su hija menor Lucia, interpusieron acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y no discriminación, vida, integridad física, salud, seguridad social, a tener un nombre, una familia, educación y cultura de ellas y de su hija menor. Fundamentaron su demanda en los siguientes hechos:

1. En su escrito de tutela, las accionantes manifestaron que desde hace más de diez años conviven en familia de forma singular, ininterrumpida y bajo el mismo techo. Indicaron que su unión se encuentra formalizada bajo la figura de unión marital de hecho, de conformidad con la ley 54 de 1990.
2. A mediados de 2014 decidieron responsablemente tener una hija a través del procedimiento médico de reproducción asistida. Efectivamente, luego de la inseminación artificial, Camila quedó embarazada. El 5 de junio de 2015 nació Lucia en la clínica del Country de la ciudad de Bogotá.

3. La funcionaria de la Registraduría Auxiliar de Chapinero les indicó que la médica debía incluir en el certificado de nacido vivo el nombre de las dos peticionarias como madres de la menor para poder registrarlas conjuntamente. En dicho certificado, al no existir un espacio para dos madres, se hizo la anotación en un costado del documento. No obstante, la Registraduría no accedió a la petición de las accionantes.

4. Solicitaron a la Registraduría Nacional del Estado Civil la expedición del registro civil de nacimiento de Lucia, en el que figuraran las dos accionantes como madres. No obstante, indicaron, “no se ha hecho puntual referencia a la presunción de legitimidad consagrada en el artículo 213 del Código Civil”. Por tanto, negaron su petición.

5. El 16 de junio de 2015, la menor de edad, en consulta con su pediatra, fue requerida para someterla a una intervención quirúrgica por lo que ante esa emergencia, Julieta se acercó de nuevo a la Registraduría, pero le indicaron que no era posible el registro con los dos apellidos de las madres.

6. Ante esa urgencia y la necesidad de que Lucia tuviera su registro civil, su madre biológica accedió al registro en las condiciones impuestas por la Registraduría. En consecuencia, Lucia fue registrada con los apellidos de Camila.

7. Consideraron que la Registraduría fundamenta su decisión en razones discriminatorias, pues su negativa se basa en que son dos mujeres quienes quieren registrar a su hija. De haberse tratado de un hombre y una mujer no habrían tenido ningún problema con la presunción de que trata el artículo 213 del código civil.

8. Por las razones anteriores, solicitan la protección de sus derechos fundamentales y de su hija menor. En consecuencia, pretenden que la Registraduría Nacional del Estado Civil modifique el registro de Lucía para que en el mismo se inscriba a las señoras Julieta y Camila como madres de la menor, Lucia.

Intervención de las entidades vinculadas al trámite de tutela.

Registraduría Nacional del Estado Civil

Jorge Alberto Cardona Montoya, Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, respondió la acción de tutela de la referencia. Luego de exponer las funciones de la Registraduría, se opuso a

las pretensiones de las accionantes. En criterio de la entidad, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la presunción de legitimidad consagrada en el artículo 213 del Código Civil cuando se trata de parejas del mismo sexo. Así, si bien se les han reconocido multiplicidad de derechos, en ningún momento se ha aceptado la presunción señalada anteriormente, según la cual, “es hijo legítimo el concebido durante el matrimonio de sus padres”.

De acuerdo con lo anterior, “no hay norma expresa para el caso en concreto y para atender cada uno de los casos, es necesario acudir a preceptos generales para adecuarlos a la realidad y dar solución a los ciudadanos”. Así las cosas, sostuvo, no es posible realizar la inscripción del registro civil de nacimiento solo con un certificado médico donde conste que los progenitores son dos mujeres. Para ello, “se recomienda seguir el procedimiento de adopción, tal como lo establece la Sentencia SU-617 de 2014”.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Luz Karime Fernández, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, se opuso a las pretensiones de las accionantes. Solicitó declarar el “fenómeno de falta de legitimación por pasiva” y por tanto, desvincular al Instituto de las órdenes que se emitan en el trámite de tutela. Las peticionarias no han acudido al Instituto para solicitar que se realice alguna actividad de competencia de dicha entidad. Además, las pretensiones de las madres se dirigen a la modificación del registro civil, asunto que desborda las competencias del ICBF.

Superintendencia de Notariado y Registro

Carlina Gómez Durán se opuso a las pretensiones de las peticionarias. Sostuvo que de conformidad con el Decreto 2723 de 2014, la función de esa entidad se reduce a la orientación, inspección, vigilancia y control de los notarios del país y de las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos. Por esa razón, no es de su competencia el asunto que se discute en el trámite de tutela. Quien es competente para fijar las directrices en materia de estado civil, es la Registraduría.

Del fallo de primera instancia

El 27 de agosto de 2015, la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de

Bogotá negó el amparo de los derechos fundamentales de las accionantes.

Para dicha Corporación, se “encuentra ajustada la decisión adoptada por la Registraduría nacional del Estado Civil, respecto a no expedir el Registro civil de Nacimiento como fue solicitado por las accionadas, pues la función registral en esta materia es reglada y les está vedado interpretar las normas civiles”. Por tanto, no era posible proceder a realizar la inscripción del registro civil de nacimiento de acuerdo al certificado médico de nacido vivo que allegaron las accionantes en donde constaba que las progenitoras corresponden a las dos actoras.

Pruebas que obran en el expediente

- Copia del Certificado de “nacido vivo” de la menor.
- Copia de las cédulas de ciudadanía de las accionantes.
- Copia de la escritura N° 2456 por la cual se declara la unión marital de hecho de las accionantes.
- Copia de la solicitud de modificación del registro civil de nacimiento, elevada el 17 de junio de 2015 ante la Registraduría Auxiliar del Estado Civil de Chapinero.
- Copia del oficio RAT - 910-30-0533 del 22 de junio de 2015, por medio del cual se informa a las accionantes que su petición fue remitida a la Dirección Nacional de Registro Civil.
- Copia de la respuesta al derecho de petición bajo el radicado 048588.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 25 de enero de 2016 expedido por la Sala de Selección Número Uno de esta Corporación, que decidió seleccionar el presente asunto para su revisión.

1. Problema jurídico y temas jurídicos a tratar

De acuerdo con los hechos del caso, las peticionarias, en nombre propio y representación de su hija menor, solicitan la protección de los derechos fundamentales de su niña y propios a la familia e igualdad, toda vez que la Registraduría decidió no registrar a las dos accionantes como madres de la menor. En efecto, manifestaron que llevan más de 10 años conviviendo como una familia y que incluso, solemnizaron su vínculo a través de la unión marital de hecho. Por eso, libre y responsablemente, decidieron optar por el procedimiento de inseminación artificial que, finalmente, concluyó con el nacimiento de Lucia. Solicitaron a la Registraduría pero la respuesta fue desfavorable ya que si bien las parejas del mismo sexo han sido sujetos de especial reconocimiento de derechos, la Corte en ninguna providencia se ha manifestado sobre la extensión de la presunción del artículo 213 del código civil.

Acorde con lo anterior, esta Sala debe resolver si la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró los derechos fundamentales de dos mujeres lesbianas y su hija, nacida por inseminación artificial, tras la negativa de incluirlas como madres en el registro civil de nacimiento, argumentando que no existe regulación que permita extender los efectos del artículo 213 del Código Civil a las parejas del mismo sexo.

Para resolver ese interrogante, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, (i) se estudiará la jurisprudencia relevante sobre la protección constitucional de las familias diversas. En segundo lugar (ii), se desarrollará un marco teórico sobre el denominado interés superior del menor y su derecho a tener una familia. En tercera medida, (iii) se reiterará la jurisprudencia que en sede constitucional ha abordado la función notarial en un Estado Social y Democrático de Derecho, para, finalmente, (iv) resolver el caso concreto.

Protección constitucional de las familias diversas. Reiteración de jurisprudencia.

La discusión sobre familias diversas ha sido un asunto álgido en la jurisprudencia constitucional colombiana. Esta Corte ha reconocido diferentes ámbitos de protección para esta clase de familias al punto de concretarse en facetas positivas y negativas de derechos civiles, sociales, entre otros. En efecto, para esta Corporación, el artículo 42 de la Constitución no protege un solo tipo de familia, si se quiere, tradicional, sino que admite que dentro de la sociedad pueden coexistir varias clases, todas ellas reconocidas y

protegidas por el ordenamiento jurídico.

Tal es el caso de las familias compuestas por parejas homosexuales. Este Tribunal, desde el año 2007[2], señaló que respecto de estos vínculos existe un déficit de protección constitucional, motivo por el que se ha hecho necesaria la intervención de la Corte a través de varias decisiones. Por ejemplo, ese año, la Corte expidió la sentencia C-075 de 2007, por medio de la cual declaró la exequibilidad condicionada de la ley 54 de 1990[3] haciendo extensivos los efectos de la norma a familias homoparentales. En aquella decisión, la Corte concluyó que las parejas homosexuales pueden celebrar uniones maritales de hecho y por tanto, sus efectos también les serán aplicables siempre que cumplan con las condiciones previstas en la ley: comunidad de vida por al menos dos años. En esos eventos, estas parejas también quedan amparadas por la presunción de sociedad patrimonial[4].

A partir de dicha ampliación, la Corte comenzó a adoptar una serie de decisiones tendientes a extender ese margen de protección, reduciendo la brecha de discriminación con respecto a otras parejas. Fue así como, por ejemplo, también admitió que también tienen derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes[5], del régimen de salud[6], entre otros asuntos. En efecto, esta Corporación aceptó 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 alguno de sus miembro”[7].

Una de las decisiones más relevantes sobre el tema fue la sentencia C- 029 de 2009. Si bien en esa oportunidad la Corte no resolvió el interrogante de si las parejas compuestas por personas del mismo sexo constituían familia a la luz del artículo 42 de la Constitución, sí superó un déficit de protección que con anterioridad ya había advertido. Aquella vez, la Corte optó no por abordar el concepto de familia homoparental pero sí por la superación del mencionado déficit. Así, en palabras de este Tribunal,

“Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja,

como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, pueden dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad”.

Más adelante, esta Corporación sí abordó el estudio del asunto inconcluso: las familias homoparentales. La sentencia C- 577 de 2011, la primera y quizás más importante sentencia sobre el asunto, reinterpretó el artículo 42 de la Constitución. En efecto, no solo reiteró que, la familia, por “su carácter institucional se traduce en una primera consecuencia, cual es un mandato de “protección integral” que, conforme al artículo 42 superior, cobija a la sociedad y al Estado, habiéndose sostenido en la jurisprudencia constitucional que, la familia “es destinataria de acciones especiales provenientes de la sociedad y del Estado dirigidas a su protección, fortalecimiento y prevalencia como actor social”[8] y que, “sin importar cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, ella, en cualquier evento, es vista como el núcleo fundamental de la sociedad por lo cual siempre merece la protección del Estado”[9], sino que, a su vez, estableció que las parejas compuestas por personas homosexuales también son familia y, por tanto, no existe justificación constitucional para un trato diferente.

A partir de lo anterior, por lo tanto, dijo este Tribunal,

“La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la

familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales”.

La nueva conceptualización de la noción de familia, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado Social de Derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, condujo a la Corte a reconocer que las parejas del mismo sexo que asumen compromisos de afecto, solidaridad y respeto, también conforman una familia.

Esa tesis fue reiterada por la Sentencia C-071 de 2015, providencia que se ocupó de examinar la constitucionalidad de algunos apartes del Código de Infancia y Adolescencia sobre la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo. Como se mencionó, la premisa por medio de la cual abordaría el estudio del caso fue el hecho de que parejas del mismo sexo, por una parte, constituían familia y, por otra, merecían no solo igual protección que el resto de familias, sino los mismos derechos y deberes dentro de una sociedad.

Tal y como se advirtió, la Corte reiteraría los argumentos de la sentencia C-577 de 2011 en relación con el concepto de familia en los siguientes términos:

“De una parte, queda claro que la Constitución no solo reconoce la familia conformada a partir del contrato matrimonial, sino que existen otros vínculos filiales que también se encuentran constitucionalmente protegidos (familia de crianza, extendida, monoparental, ensamblada, uniones de hecho, etc.). De otra parte, la heterosexualidad deja de ser un requisito para el entendimiento del concepto de familia, que adquiere una dimensión sociológica fundada en el pluralismo, donde que las parejas del mismo sexo pueden conformar una familia cuando media la decisión responsable de hacerlo, es decir, bajo pilares de amor, respeto y solidaridad. Y finalmente, se reconoce que las parejas del mismo sexo adolecen de un déficit de protección para conformar su vínculo familiar, aunque inicialmente se confía en el Legislador el diseño de las reglas para su reconocimiento y configuración. Esto último se explica debido a que al Congreso de la República, como foro democrático y representativo por excelencia, corresponde corregir el déficit de protección advertido y determinar la modalidad bajo la cual las parejas del mismo sexo pueden

formalizar su unión filial”.

Nuevamente, la Corte acogió la interpretación sistemática y gramatical del artículo 42 Superior, entendiendo que familia la componen circunstancias sociales y afectivas y que la Constitución no solo protege un solo tipo, compuesta por hombre y mujer, sino que reconoce otros tipos de familias diversas.

Recientemente, mediante sentencia C-683 de 2015 la Corte dio por sentada la regla esbozada con anterioridad: las parejas compuestas por parejas homosexuales también constituyen familia a la luz del artículo 42 de la Constitución. En esa decisión, la Corte optó por abandonar la discusión, ya zanjada, reseñada en párrafos anteriores. La Corte, entonces, reiteró su posición. En efecto, amplió no solo el margen de protección de la comunidad gay, sino que reconoció que existe un derecho fundamental de los menores de edad a tener una familia y que, al ser las parejas homosexuales una forma, no puede ser un criterio de rechazo la orientación sexual de los solicitantes de adopción.

Para esta Corte,

“Como corolario de lo anterior la Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP). Sin embargo, la declaratoria de inexecutable de las expresiones acusadas eliminaría a todos los “compañeros permanentes” (del mismo o diferente sexo) de la posibilidad de participar en procesos de adopción, lo que obviamente conduciría a una situación aún más gravosa para los niños en situación de abandono. En consecuencia, la respuesta constitucional adecuada consiste en declarar la exequibilidad condicionada de las normas objeto de control, es decir, de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 2º, 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, en el entendido que, en virtud del interés superior del menor,

dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia”.

Acorde con lo señalado anteriormente, la Corte Constitucional ha manifestado a través de su jurisprudencia que respecto de las familias compuestas por personas homosexuales se ha presentado un déficit de protección que, de alguna forma, justificó la intervención de juez constitucional. En algunos casos la Corte ofició al Congreso para que fijara un régimen jurídico pertinente en el que se ampliaran e igualaran las garantías jurídicas a estas personas. En otros eventos, la Corte optó por declarar la exequibilidad condicionada de distintas normas, bajo el entendido de que la protección jurídica de dichas leyes, eran aplicables a parejas del mismo sexo. De la misma forma, la interpretación del artículo 42 de la Constitución varió con el paso del tiempo. Lo que en un principio no era reconocido, luego, principalmente mediante sentencia C-577 de 2011, fue claramente definido por esta Corporación. En dicha sentencia se sostuvo, criterio que hasta hoy se mantiene, que el concepto de familia responde factores socio afectivos, de manera que, indiscutiblemente, aquellas homoparentales, no solo son familia sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales.

Interés superior del menor y su derecho a tener una familia. Reiteración de jurisprudencia.

Los derechos de los niños, desde siempre, ha sido un parámetro de constitucionalidad relevante para la Corte, pues “en ellos están cimentadas las aspiraciones de una sociedad y las esperanzas colectivas por un mañana mejor”. Esa situación, ha hecho que jurídicamente la Corte les haya valorado como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado[10]. Entre otras cosas porque normalmente se encuentran en un estado de vulnerabilidad que les impide defenderse de las amenazas de lesión a sus derechos, así como la reivindicación de los mismos.

En ese orden, el artículo 44 de la Constitución establece lo siguiente:

“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”.

Esa norma, entonces, también hace extensivos los derechos consagrados en instrumentos internacionales, de manera que, expresamente, consagra que esos derechos prevalecen sobre los de los demás. Esta disposición es el fundamento constitucional del principio del “interés superior del menor” a pesar de que, internacionalmente, también existan instrumentos internacionales, parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, que fundamentan dicho principio.

Tal es el caso de la Declaración de Ginebra de 1924, posteriormente reseñada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25-2[11]. De la misma forma, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 estipuló en forma expresa que al promulgarse las leyes para hacer efectivos los derechos de los menores la principal consideración sería “el interés superior del niño”[12]. Por su parte, “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), aprobado internamente por la Ley 74 de 1968, incluyó una disposición dedicada expresamente a los derechos de los niños, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado[13]. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), incorporado mediante la Ley 74 de 1968, también contempló una cláusula especial de protección a niños y adolescentes[14]. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), aprobada mediante la Ley 16 de 1972, reconoció que los niños tienen derechos de protección especial[15]”[16].

En 1989 se firmó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 12 de 1991. Esa norma, extendió el denominado principio de manera que, ahora, todas las medidas deben atenderlo cuando quiera que en ellas intervengan instituciones públicas o privadas de bienestar, tribunales, autoridades administrativas y el legislador[17]. Eso significa que en todas sus decisiones, las autoridades estatales deberán atender ese principio so pena de estar incurriendo en una

presunta vulneración de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-683 de 2015, le otorgó una triple dimensión a este principio. En sus palabras:

“(i) Es un derecho sustantivo. Significa que debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que involucren a los niños, con lo cual el artículo 3, párrafo 1, de la Convención “establece una obligación intrínseca para los Estados, es aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”. (ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental. De manera que si una disposición admite más de una interpretación, “se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niños”. (iii) Es una norma de procedimiento. Implica que cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños, “el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados””

Acorde con lo anterior, el interés superior del menor no impone obligación diferente a la de reconocer en su favor un tratamiento “preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado”, privilegiándolo con el propósito de su desarrollo integral[18]. Ahora, los menores ya no se tratan como incapaces sino que se les reconoce la potencialidad de participar en la toma de decisiones que les concierne en sus vidas. Así, “de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades”[19].

En la sentencia citada con anterioridad (C-683 de 2015), la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales fijadas por ella para determinar cuándo se ve afectado el interés superior del menor y, con base en lo anterior, resolver los casos concretos. En concreto, se trata de verificar circunstancias fácticas y jurídicas. Por la importancia y pertinencia de la mencionada decisión, a continuación se citará en extenso:

“(i) En cuanto a las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio pro infans). Algunas de estas son las siguientes[20]:

- Garantía del desarrollo integral del menor. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. El desarrollo es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas[21].

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.

- Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”[22], lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

- Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”[23], sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “se le

debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”[24].

- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.

(ii) En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión”[25]. Por ejemplo, esta corporación ha advertido que “en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado”. En esa medida, ante una reposada valoración de las condiciones fácticas, “resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente (...)”, sobre todo si se tiene en cuenta que “la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”[26].

En aplicación del principio de prevalencia del interés superior del menor la Corte ha reconocido que se vulnera cuando se obliga a un niño a regresar al lado de su madre biológica, si esta “no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia”[27]. También se afecta cuando, sin valorar adecuadamente su entorno, un menor es separado en forma abrupta e intempestiva de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto[28]. En síntesis, la naturaleza real y relacional del interés superior del menor exige ponderar cuidadosamente las circunstancias fácticas, y con ello “una verificación de

los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, a sus familias, así como de las circunstancias concretas en las que frecuentemente se hallan presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad”[29].

El principio del interés superior del menor se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral”.

Acorde con lo anterior, la misma Corte, ha señalado que una faceta importante dentro de la garantía integral de los derechos de los niños, es el de tener una familia. Lo anterior, en concordancia con el artículo 5 Superior que establece que la familia es una de las instituciones básicas de la sociedad, y el artículo 42 que la define como “el núcleo fundamental de la sociedad”. De ahí que, la misma Carta en su artículo 44 consagre el derecho de los menores a “tener una familia y no ser separados de ella”.

En palabras de la Corte:

“- Derecho a tener una familia. Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo el concepto de familia no está referido solamente a la comunidad natural o biológica, sino que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad[31]. – Reconocimiento del vínculo familiar. Si bien la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política, ello no significa que la familia de hecho o de crianza no sea también objeto de protección y reconocimiento constitucional[32]. En esa medida, el derecho de un menor a tener una familia no significa que esta necesariamente deba ser la consanguínea o biológica, sino que también tienen cabida otras estructuras familiares (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras.))[33]. – Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. Lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia (biológica o consanguínea) y lo excepcional que se encuentre en situación de

abandono. En ocasiones la familia “natural” o biológica no es el medio adecuado para el desarrollo integral del menor; así ocurre, por ejemplo, en caso de agresión o de abandono. En tales eventos el Estado tiene la obligación de “establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural”[34], donde la adopción se proyecta como la más importante medida de protección para suplir tales carencias. – Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados. El Estado tiene el deber de procurar al menor la protección de los vínculos de familiaridad previamente consolidados, porque cuando se impide o dificulta la conformación de un núcleo familiar se puede originar una situación de desarraigo que puede afectar el derecho del menor a tener una familia y, por esa vía, otros derechos fundamentales[35]. Ello supone, como es obvio, que ha de tratarse de una estructura de familia constitucionalmente reconocida. De modo que cuando un niño ha sido separado de su familia biológica y ha permanecido bajo el cuidado de un hogar distinto al punto de haber forjado vínculos de afecto con su nuevo entorno, “entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza”[36]. – Prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad. Significa que existe una presunción a favor de la permanencia del niño en su familia biológica por cuanto, en principio, se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita. Ello no obedece a una suerte de “privilegio” de la familia natural sobre otras estructuras de familia, porque todas merecen la misma protección constitucional, sino al reconocimiento de un hecho derivado del nacimiento: los vínculos de consanguinidad[37]. – Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos. Separar a un menor del entorno en el cual se ha adaptado solo se justifica cuando existan poderosas razones que comprometan su integridad o desarrollo armónico e integral. En consecuencia, para determinar si un menor debe permanecer con su familia biológica o con otro grupo familiar es importante “determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan”[38]. – Protección de vínculos con cuidadores en situación especial. Cuando un menor se halla bajo el cuidado de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, desventaja o que atraviesa dificultades que podrían afectar el vínculo familiar (discapacidad, pobreza, etc.), el Estado debe actuar con especial diligencia para velar por la protección del menor, sin desconocer los derechos del cuidador, procurando al

máximo mantener las relaciones de familiaridad”.

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, existe un principio de especial relevancia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico como lo es el interés superior del menor. Ese principio, entonces, se ve reflejado entre otras cosas, a la especial protección que merecen y a su derecho a tener una familia y no ser separada de ella. Conforme con lo anterior, la Sala continuará el estudio del caso.

La función del registro civil de nacimiento en un Estado Social y Democrático de Derecho. Sentencia SU – 696 de 2015: la Registraduría Nacional del Estado Civil tiene el deber de registrar menores de edad con el nombre de sus dos madres o padres.

El artículo 14 de la Constitución de Colombia establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, la cual ha sido definida por esta Corte[39] como un derecho primario e indispensable para el ejercicio de las demás garantías constitucionales. Ella se adquiere por el simple hecho de existir y se reconoce, como tal, los atributos propios de la personalidad jurídica: estado civil, nacionalidad, nombre, capacidad de goce y ejercicio, patrimonio y domicilio. Como se observa, ese derecho fundamental contiene distintas facetas que permiten ejercer otros derechos.

Internacionalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento parte del bloque de constitucionalidad, establece en su artículo 3 el reconocimiento a toda “persona de su personalidad jurídica”. Lo mismo sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, quien a través de su artículo 16 puntualiza que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre este derecho. Para ella, la personalidad jurídica ofrece al titular una identidad e individualidad “frente al Estado y la sociedad, que lo hace ser un sujeto distinto y distinguible”. En efecto, es por ese motivo que la personalidad “guarda una estrecha relación con el registro del estado civil, pues éste constituye un medio para identificar a una persona, en cuanto al mismo contiene datos que permiten conocer su nombre, la nacionalidad, el sexo, la edad, el estado mental, si es casado o soltero, entre otros aspectos[40]”[41]. En otros términos, el registro del estado civil se convierte en una protección constitucional y legal del derecho a la personalidad jurídica.

De esta manera,

“Es así como dentro del desarrollo del derecho a la personalidad jurídica se reconoce el estado civil de las personas, mediante la expresión de una determinada situación o calidad como la nacionalidad, el sexo, la edad... También se relaciona con el reconocimiento de derechos subjetivos tanto públicos como privados, situándose dentro de los primeros los propios de quien es reconocido por la Constitución y la ley como ciudadano, esto es, el derecho político al voto, el ejercicio del derecho de protección jurídica y las correlativas obligaciones concretas para las personas como... pagar impuestos, cumplir el servicio militar obligatorio etc.”[42].

Mediante sentencia T-231 de 2013, la Corte resaltó el valor de lo mencionado. En concepto de la Corte, el registro civil, como se indicó, es presupuesto de otras garantías. Por ejemplo, para la expedición de la cédula, documento de identidad que, a la postre, acredita la edad exigida por la Constitución para acreditarse ciudadano en ejercicio. Esa circunstancia, le permiten “a una persona identificarse, es así la prueba de la caracterización personal y una forma de acreditar la personalidad de su titular[43]. La cédula de ciudadanía es un documento esencial para el ejercicio de los derechos políticos, pues es indispensable para ejercer el derecho al sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (artículo 99 C.P.), lo cual constituye un rango fundamental y esencial en un Estado democrático”.

Igualmente, la Corte resaltó que:

“La individualidad es el acto de ser del individuo, o en otras palabras, la trascendencia distintiva del individuo frente a los demás. Jurídicamente se expresa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad. (...). [L]a primera necesidad que tiene el individuo es la de ser reconocido como ente distinto y distinguible, y para ello existe el respeto, tanto del Estado como de la sociedad civil, a su individualidad, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común. (...) [L]a expresión de la individualidad [...] supone el derecho al reconocimiento de [la] particularidad [del individuo] y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás. El derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente a la persona humana (Art. 94 C.P.), y se proyecta como parte integral

del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.). La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18 C.P.).[44]

Así, en relación con el registro civil de nacimiento, esta Corte estableció lo siguiente en sentencia T-963 de 2001:

“La inscripción en el registro civil, es un procedimiento que sirve para establecer, probar, y publicar todo lo relacionado con el estado civil de las personas, desde su nacimiento hasta su muerte. La doctrina ha señalado, que el estado civil es un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad. Igualmente, el decreto 1260 de 1970 artículo 1, señala que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible. Por tanto, cada acto o hecho debe ser inscrito en el correspondiente registro.”

Ahora bien, a partir de lo mencionado, es claro que el registro civil de nacimiento constituye una puerta de entrada de los derechos a la realidad. De ahí que los errores que se puedan presentar en ese documento, no solo impiden la satisfacción de otras garantías constitucionales, sino que, lo más importante en el caso de los menores de edad, puede cercenar su derecho al nombre y a la familia.

En ese orden de ideas, si la Corte ha reconocido que las parejas constituidas por parejas del mismo sexo son familia y que, además, pueden ser padres y madres y que los menores fruto de esa relación merecen la misma protección de aquellos nacidos en hogares heterosexuales, es apenas lógico y razonable que esta misma Corporación haya obligado a la Registraduría Nacional del Estado Civil a adoptar todas las medidas administrativas tendientes a garantizar que el nombre y apellido de madres o padres homosexuales, queden consignados en el registro civil de nacimiento del menor.

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.

En aquella decisión, la Corte concluyó que es contrario a derechos fundamentales que en el registro civil de nacimiento no se incluyan los nombres y apellidos completos de las madres o padres así se trate de personas del mismo sexo. En consecuencia, ordenó el registro de la menor con el apellido de sus padres, además de la elaboración y expedición de una circular o directiva en la que la Registraduría solucionara estos problemas administrativos y garantizara el derecho a la personalidad jurídica de los menores de edad hijos de padres o madres del mismo sexo[46]. Sin justificación constitucionalmente admisible para apartarse de este precedente, la Sala Novena de Revisión citará en extenso:

“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.

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[47].

De nuevo, no se trata de una 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[48], no aplica. En otras palabras, en este caso los notarios accidentalmente confundieron las figuras de protección contempladas en el Código de Infancia y Adolescencia[49] 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”.

Acorde con lo expuesto, la Sala Novena de Revisión Constitucional reiterará las reglas esbozadas por la Sala Plena de esta Corporación y, en consecuencia, resolverá el caso concreto.

Solución del caso concreto

Acorde con los hechos del caso, le corresponde a la Sala Novena de Revisión constitucional decidir sobre el fondo del asunto. Para ello, presentará los elementos fácticos probados durante el proceso y, posteriormente, reseñará brevemente las reglas esbozadas por la sentencia SU-696 de 2015 por medio de la cual la Corte fijó su precedente en la materia.

En ese orden de ideas, las señoras Julieta y Camila en nombre propio y representación de su hija menor Lucia, interpusieron acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y no discriminación, vida, integridad física, salud, seguridad social, a tener un nombre, una familia, educación y cultura de ellas y de su hija menor.

Manifestaron que desde hace más de diez años conviven en familia de forma singular, ininterrumpida y bajo el mismo techo. Indicaron que su unión se encuentra formalizada bajo la figura de unión marital de hecho, de conformidad con la ley 54 de 1990. A mediados de 2014 decidieron responsablemente tener una hija a través del procedimiento médico de reproducción asistida. Efectivamente, luego de la inseminación artificial, Camila quedó embarazada. El 5 de junio de 2015 nació Lucia en la clínica del Country de la ciudad de Bogotá.

Solicitaron a la Registraduría Nacional del Estado Civil la expedición del registro civil de nacimiento de Lucia, en el que figuraran las dos accionantes como madres. No obstante, indicaron, “no se ha hecho puntual referencia a la presunción de legitimidad consagrada en

el artículo 213 del Código Civil”. Por tanto, negaron su petición. Ante la urgencia y necesidad de que Lucia tuviera su registro civil para un tratamiento médico, su madre biológica accedió al registro en las condiciones impuestas por la Registraduría. En consecuencia, Lucia fue registrada con los apellidos de Camila. Por las razones anteriores, solicitan la protección de sus derechos fundamentales y de su hija menor. Pretenden que la Registraduría Nacional del Estado Civil modifique el registro de Lucia para que en el mismo se inscriba a las señoras Julieta y Camila como madres de la menor, Lucia.

De conformidad con la jurisprudencia vigente y el precedente constitucional fijado por esta Corporación, la Sala resolverá tutelar los derechos fundamentales de las accionantes, pero, particularmente, de la menor Lucia. En concreto, con la actuación desplegada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y de sus dependencias, se lesionaron derechos fundamentales de las actoras y la menor de edad. Especialmente de esta última, pues con su negativa privaron a la infante de su derecho a tener una familia legalmente reconocida en el Estado colombiano, además de su derecho a la personalidad jurídica negándole tener en su nombre el apellido de sus dos madres.

De conformidad con el numeral tercero de la sentencia SU-696 de 2015, la Corte le ordenó a la Registraduría lo siguiente:

“ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil[50] 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”.

De lo anterior, la Corte, en dicho numeral, ordenó no solamente corregir o modificar el registro civil de nacimiento de la menor de los accionantes, sino elaborar un formato de registro en el que se especificara claramente que en las casillas destinadas para el nombre de “padre y madre”, se podía, en todos los casos, incluir el nombre de dos hombres o dos mujeres cuando quiera que las circunstancias lo ameriten. Eso, a pesar de la advertencia y exhorto de la Corte, no se cumplió en este caso.

En efecto, no entiende la Sala por qué la Registraduría Auxiliar de Chapinero y Nacional del Estado Civil, se opusieron al registro de la menor con el apellido de sus madres, a pesar de existir una sentencia emitida por la Sala Plena de esta Corporación que así lo indicaba. En todo caso, una interpretación sistemática de los derechos de los menores, habría permitido desplegar esa conducta en aras de evitar las lesiones que en este caso se presentaron.

Actualmente, la Sala constata que efectivamente la Registraduría profirió la circular N° 024 por medio de la cual se implementa y diligencia el nuevo formato de registro civil de nacimiento dirigida a todas las dependencias del país, en la que claramente se define una casilla óptima para estos casos. Sin embargo, hasta el momento la menor Lucia aún sigue teniendo los apellidos de una de sus madres sin que la Registraduría haya solucionado estos inconvenientes.

Esa circunstancia, entonces, le impide a la menor ver satisfecho su derecho al nombre pues a pesar de que fue concebida bajo la decisión libre y responsable de sus madres, tan solo cuenta con el apellido de una de ellas. Así, jurídicamente, pero no por ello fácticamente, carece de la protección constitucional que merece su estatus en la familia. Tan es así que por la premura y urgencia de un procedimiento médico, sus madres tuvieron que aceptar las condiciones que la Registraduría les impuso para poder realizar dicho tratamiento. Eso, es un claro ejemplo de las barreras y obstáculos que en el futuro podría pasar la menor sin la definición real de su estatus familiar y social.

A partir de lo anterior y como es claro que la Corte ya emitió órdenes respecto de estos casos, la Sala tutelaré los derechos fundamentales de la menor Lucia y, por tanto, ordenará

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

Lo anterior no sin antes prevenir a la Registraduría para que en lo sucesivo evite este tipo de prácticas vulneradoras de derechos fundamentales y acate, en todas sus dependencias, tanto las órdenes emitidas por esta Corporación, como la circular 024 sobre el nuevo formato para el registro civil de nacimiento.

DECISIÓN

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido el 27 de agosto de 2015 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en primera instancia, y el fallo proferido el 7 de octubre de 2015 por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, en segunda instancia, que resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Julieta y Camila en representación de su hija menor Lucia.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, igualdad e interés superior del menor de Julieta y Camila en representación de su hija menor Lucia por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a la modificación del registro civil de nacimiento de la menor Lucia, y por tanto de su nombre, incorporando en ese documento el apellido de sus dos madres en el orden que ellas a bien lo tengan.

CUARTO: ADVERTIR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que en lo sucesivo evite prácticas de esta índole que lesionan derechos fundamentales de familias diversas y sus hijos menores, y disponga de todo lo necesario para que la circular 024 de 2016 expedida por dicha entidad, se cumpla a cabalidad.

QUINTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

Secretaria General

[1] Para proteger la intimidad de la víctima, la Sala decidió ocultar los nombres, los cuales fueron remplazados por: Julieta y Camila en nombre y representación de su hija menor Lucía

[2] La jurisprudencia en vigor para esa época no admitía una tesis según la cual las parejas compuestas por personas del mismo sexo eran familia a la luz del artículo 42 de la Constitución. No obstante, sí reconoció que existe un déficit de protección que justificaba la intervención constitucional.

[3] Por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

[4] En el mismo sentido, Sentencia C- 029 de 2009: Específicamente en cuanto hace a la protección que se otorga a los compañeros permanentes, ella se explica en razón de los vínculos morales y afectivos que surgen en virtud de una comunidad de vida permanente y singular, aspecto en relación con el cual no se aprecian diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales. En ese contexto, las situaciones de ambos tipos de pareja son asimilables y no existe razón alguna para que, si ese establece la excepción a los

referidos deberes en relación con los compañeros permanentes en una pareja heterosexual, no ocurra lo propio con los integrantes de una pareja homosexual. Así, en la medida en que las disposiciones acusadas no atienden a una protección especial en razón a criterio de diferenciación que resulte válido, la exclusión de las parejas homosexuales resulta discriminatoria. Adicionalmente tal exclusión da lugar a un déficit de protección, porque desconoce una realidad social que, desde la perspectiva constitucional, plantea un imperativo de atención. Esto es, el legislador no puede ignorar que en las parejas homosexuales, que constituyen una realidad social que goza de protección constitucional, existe una relación con vocación de permanencia y que da lugar a vínculos de afecto, solidaridad y respeto, frente a la cual las obligaciones que se desprenden de los deberes de declarar o de formular queja dan lugar a cargas demasiado gravosas, que, como se señala en la demanda, en cuanto que comportarían la exigencia de actuar contra esos vínculos de solidaridad, lealtad y afecto, desconocen la dignidad de la persona.

[5] Sentencia C-336 de 2008.

[6] Sentencia C-811 de 2007.

[7] Sentencia SU-696 de 2015, reiterando la sentencia C- 577 de 2011.

[8] Cfr. Sentencia T-182 de 1999.

[9] Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

[10] Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-149 de 2009 y C-468 de 2009. En la Sentencia C-149 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma que exige formación especializada para ejercer el cargo de Defensor de Familia (numeral 3º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia). Por su parte, en la Sentencia C-468 de 2009 la Corte declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años”, contenida en el artículo 127 del Código Penal, que tipificaba el delito de abandono de un menor solamente hasta esa edad, ya que la condición de menor se extiende a toda persona que no ha cumplido 18 años. Ver también la Sentencias SU-225 de 1998, T-939 de 2001 y C-507 de 2004, entre otras.

[11] “ARTÍCULO 25.- (...) 2.- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y

asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

[12] “PRINCIPIO II.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

[13] “ARTÍCULO 24.- 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. // 2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

[14] “ARTÍCULO 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

[15] “ARTÍCULO 19.- Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

[16] Sentencia C-683 de 2012.

[17] “ARTÍCULO 3. 1- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

[18] Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, entre muchas otras.

[19] Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2004. La Corte declaró inexecutable la norma que establecía la nulidad del matrimonio celebrado por una mujer menor de doce (12) años, y executable la que establecía en catorce (14) años la edad mínima del hombre para contrarier matrimonio, “siempre y cuando se entienda que la edad para la mujer es también de catorce años”. Con ello equiparó la edad mínima de ambos sexos.

[20] Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

[21] Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-507 de 2004 y C-468 de 2009.

[22] Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

[23] Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

[25] Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009. La Corte declaró executable el requisito de idoneidad física como condición para adoptar, previsto en el artículo 68 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

[27] Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1994. Como medida de protección la Corte ordenó la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco (5) años, con la cual había formado sólidos lazos psicoafectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja- había expresado al ICBF su voluntad de reclamarla.

[28] Corte Constitucional, Sentencia T-715 de 1999. La Corte amparó los derechos de una menor que fue separada abrupta e intempestivamente de su hogar sustituto en el que

había permanecido sus cerca de cinco (5) años de vida.

[29] Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2010.

[30] Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

[31] Sentencia T-049 de 1999. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

[32] Sentencia T-587 de 1998. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

[33] Sentencia T-217 de 1994. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

[34] Sentencia T-587 de 1998.

[35] Sentencia T-278 de 1994.

[36] Sentencia T-292 de 2004.

[37] Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

[38] Sentencia T-510 de 2003. Cfr., Sentencia T-519 de 1999.

[39] Sentencias T-594-93, C-109-95, T-090-95, T-106-96, T-168-05.

[40] T-277-02, T-909-01.

[41] Sentencia T-231 de 2013.

[42] Sentencia T-909 de 2001.

[43] T-965-08, T-909-01.

[44] Sentencia T-594 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[45] Nombres ocultos.

[46] “Sin duda, esto hace necesario que se acoja la solicitud elevada por los actores por lo que se confirmará en su integridad el fallo de primera instancia que ordenó que se procediera a inscribir a los menores de edad en el registro civil de nacimiento reconociendo

a Antonio y Bassanio como sus padres. Sin embargo, al encontrar que existe una falta de precisión en el registro civil con respecto a las casillas destinadas al padre y a la madre del niño o niña, y atendiendo el déficit de protección que enfrentan las familias diversas y sus hijos, cuya situación no es asimilable como se explicó en el análisis concreto al caso de la adopción voluntaria en parejas del mismo sexo, la Corte tomará algunos remedios estructurales tendientes a precisar que en el formato de registro civil de nacimiento se deben aceptar inscripciones de dos padres o dos madres cuando los mismos cumplan con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los ascendientes de un menor de edad. Esto, atendiendo el hecho de que la Registraduría Nacional del Estado Civil, ya le informó a esta Corte que cuenta con un formato que reconoce la diversidad de las familias pero no es claro que el mismo ya se introdujo en las oficinas notariales y consulares del país”.

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

[48] 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.

[49] 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”.

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