

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto 094 de fecha 27 de febrero de 2017, el cual se anexa en la parte final de esta providencia, se ordena reemplazar en la página Web de la Corporación la versión actual de la sentencia, por la que resulte de sustituir los nombres y datos que permitan identificar a las accionantes y accionado.

Sentencia T-252/16

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN PERSONAS CON ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Caso en que por conciliación extrajudicial se acordó que madre de menores no conviviera con su pareja del mismo sexo

PROTECCION A PERSONAS CON ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Caso en que por conciliación extrajudicial se acordó que madre de menores no conviviera con su pareja del mismo sexo

En el presente caso existió una vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a conformar una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la no discriminación por orientación sexual de las accionantes, al aprobar una cláusula que obstaculizaba su convivencia en pareja, pues, desde un enfoque de la prohibición de discriminación, la referida condición carece por completo de fundamento fáctico.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se dejó sin efecto cláusula de acuerdo conciliatorio que estipulaba que madre de menores podía vivir con sus hijos, sola sin su pareja del mismo sexo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual 'la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

CUIDADO PERSONAL, CUSTODIA Y PROTECCION DEL NIÑO

La custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. La Ley 1098 de 2006 en su artículo 23, se refiere a la custodia y cuidado personal como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta de los hijos.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN ASUNTOS DE FAMILIA-Relevancia en procesos de custodia y cuidado personal

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN PERSONAS CON ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Desarrollo jurisprudencial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Violación directa de la Constitución por la aprobación de un acuerdo de conciliación voluntaria que desconoce los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a la igualdad de pareja del mismo sexo

Cuando un funcionario judicial se pronuncie sobre la aprobación o no de un acuerdo de conciliación, que implique la restricción o afectación de derechos fundamentales, pese a reflejar la voluntad de las partes que lo suscriben, recae sobre ésta autoridad referida la obligación de aplicar los principios de interpretación y de no discriminación con el fin de evitar una posible violación a la Constitución Política. Es decir, deberá aportar razones constitucionalmente válidas que expliquen ese trato jurídico distinto.

Referencia: expediente T-5.307.628

Acción de tutela instaurada por Claudia y María contra Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá y Jorge

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo dos mil dieciséis (2016)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia y el fallo proferido el veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Familia en primera instancia, en la acción de tutela incoada por Claudia y María contra el Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá y Jorge.

I. ANTECEDENTES

Claudia y María promovieron acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la igualdad, en atención a los siguientes

1. Hechos

1.1 La señora Claudia contrajo matrimonio con el señor Jorge; de dicha relación nacieron dos (2) hijos de 7 y 13 años, actualmente. La pareja convivió durante siete (7) años, hasta que se produjo la separación de cuerpos.

1.2 Al momento de la separación, las partes acordaron que los menores vivirían en casa

del padre pero la madre se encargaría de su cuidado diario en la residencia del progenitor. Posteriormente, el señor Jorge inició una relación sentimental con otra persona por lo que de común acuerdo se modificaron las condiciones de custodia y cuidado de los niños, y de modo que durante el día los dos (2) menores de edad estarían en la casa de la señora Claudia y en la noche serían trasladados a la residencia de su padre, para pernoctar allí.

1.3 Informa la señora Claudia que luego inició una relación afectiva con María, situación que generó problemas entre las accionantes y el señor Jorge, quien amenazó con no dejarla ver a sus hijos si su relación con una persona del mismo sexo persistía.

1.4 Informan las accionantes que debido a los continuos maltratos por parte del ciudadano Jorge, el doce (12) de julio de dos mil once (2011), la Comisaría Segunda de Familia de carácter policivo de la localidad de Chapinero profirió medida de protección a favor de la señora Claudia, consistente en que “se ordenó a Jorge: a) ASBTENERSE de proferir agresiones de carácter físico, psicológico y/o verbal en contra de CLAUDIA y su familia. b) ABSTENERSE de amenazar, coaccionar o intimidar de cualquier forma al (a) señor (a) CLAUDIA y su familia. Lo anterior deberá cumplirse so pena de hacerse acreedor a las sanciones que señala la ley por la que se procede, que consisten en imposición de multa y/o arresto”[1].

1.5 El señor Jorge promovió demanda de custodia y cuidado personal de sus hijos, la cual inicialmente correspondió por reparto al Juzgado 21 de Familia de Bogotá y luego al Juzgado 4 de Familia de Descongestión de la misma ciudad. Como medida preventiva, el 5 de diciembre de 2011, el juzgado 21 de Familia de Bogotá ordenó que los hijos de Claudia y Jorge permanecieran bajo el cuidado de su abuela paterna.

1.6 Manifiesta el escrito de tutela que la señora Claudia presionada por la ausencia de sus hijos y el maltrato que le daba el demandado, el 19 de junio de 2014 accedió a un acuerdo conciliatorio, en el cual se estipula que: “la madre podía vivir con sus hijos, sola sin María[2]”, condicionamiento que limita la vida afectiva de las accionantes y su proyecto de vida familiar.

1.7 Indican que el juzgado accionado por Auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014), aprobó el acuerdo conciliatorio y decretó la terminación del proceso promovido por el señor Jorge por falta de objeto. Por lo anterior, la pareja hoy accionante quedó sometida a

la prohibición de llevar vida en común, y vivir con los hijos de la señora Claudia.

1.8 Finalmente, señalan que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación contra la madre o el padre por su orientación sexual.

2. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas en el trámite de la acción de tutela de la referencia

2.1 Juzgado 21 de Familia de Bogotá

En respuesta de la presente acción de tutela[3], el Juzgado 21 de Familia de Bogotá señaló que el proceso de custodia y cuidado personal adelantado en ese despacho por el señor Jorge en contra de la ciudadana Claudia fue remitido el 18 de septiembre de 2013 al Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá. Que durante el tiempo en que el proceso cursó en el Juzgado 21 de Familia de Bogotá se tomaron las medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos de los hijos menores de edad, otorgándole la tenencia provisional a la abuela paterna de los niños, previa visita domiciliaria en la que se verificó la situación de vulnerabilidad que los afectaba.

Indicó que las actuaciones que generan la inconformidad por parte de las accionantes fueron adoptadas por el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá, quien dio por terminado el proceso de custodia. Razón por la cual, considera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

2.2 Juzgado 4 de Familia de Descongestión

El Juez Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá solicitó desestimar las pretensiones de las accionantes al sostener que durante el trámite del proceso de custodia y cuidado personal promovido por el señor Jorge contra Claudia, las partes presentaron el acuerdo conciliatorio por ellas realizado, razón por la cual por medio de Auto del 1° de julio de 2014 se aprobó y dispuso la terminación del asunto.

Informó que dicha decisión en modo alguno condicionó “la libertad que tienen los progenitores de llevar su vida privada y de pareja”, pues la misma fue establecida por las partes de mutuo acuerdo; al respecto indicó que “como consecuencia del acuerdo expresado entorno a las pretensiones formuladas con el introductorio, valga decir, las

atinentes a la custodia y cuidado personal de los niños ..., y ya que los interesados tuvieron a bien consignar en el texto del acuerdo acápite relativo a tal condición, es preciso considerar (que) ello hizo parte de la voluntad expresa del escrito contentivo del mismo”.

2.3 Comisaria Segunda de familia de Chapinero y Comisaría Sexta de Familia de Tunjuelito.

En respuesta de la presente acción de tutela[4], la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero manifestó que si la señora Claudia solicitó medida de protección en su favor, por razones de competencia la misma fue remitida a la Comisaría Sexta de Familia de Tunjuelito para lo pertinente.

La referida Comisaría Sexta referida señaló que el 1 de septiembre de 2011, conoció de la acción de violencia intrafamiliar promovida por la señora Claudia, trámite en el cual, tras acuerdo conciliatorio, el 24 de octubre de 2011, ordenó a las partes que “asistieran de manera obligatoria a tratamiento reeducativo y terapéutico para manejar niveles de comunicación entre las mismas y obtener así habilidades en la resolución pacífica de conflictos”[5].

3. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

3.1. Primera Instancia

Mediante providencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Familia, declaró la improcedencia de la protección de los derechos fundamentales alegados en la acción de tutela promovida por la señora Claudia y María contra el Juzgado 4 de Familia de Descongestión y Jorge, porque no se cumple en este caso con el requisito de inmediatez, pues advirtió que han transcurrido más de 14 meses desde que se profirió el auto que aprobó la conciliación extrajudicial suscrita por las partes.

3.2. Segunda Instancia

En providencia proferida el veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del a quo al argumentar que la petición de amparo no reúne el presupuesto de inmediatez como quiera que la

providencia cuestionada por las accionantes, esto es, la que aprobó el acuerdo conciliatorio entre Jorge y Claudia y, en consecuencia, dio por terminado el proceso de custodia y cuidado personal por falta de objeto, data del 1° de julio de 2014, en tanto que la solicitud de amparo se radicó solo hasta el 10 de septiembre de 2015, de modo que la pretensión no se elevó dentro de un plazo prudencial y razonable.

4. Actuaciones adelantadas por la Corte Constitucional dentro del trámite de revisión.

4.1. Seleccionado el fallo de tutela de la referencia para su revisión, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del dieciocho (18) de marzo de dos mil dieciséis (2016), ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, practicar, a través de uno de sus trabajadores sociales especializados en menores de edad, una visita social domiciliaria al señor Jorge; así mismo, al lugar de residencia de la señora Claudia, con el fin de determinar la forma como están cumpliendo su deber de guarda y custodia de sus hijos, y establecer si las circunstancias que determinaron la fijación de un condicionamiento en el numeral primero del acuerdo conciliatorio, se relaciona con la necesidad de garantizar y salvaguardar los derechos de los niños.

Para estos efectos, se requirió al trabajador social, un informe especificando lo siguiente:

i) “Cuáles fueron las razones que sustentaron el numeral primero del acuerdo conciliatorio del diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014) y aprobado por el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá mediante Auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014)[6]”.

ii) “De qué manera se está adelantando la guarda y custodia por parte del señor Jorge y la señora Claudia sobre sus hijos y que incidencia se advierte en su desarrollo.

En caso negativo determinar la forma como se vienen realizando las visitas y el impacto que esto ha tenido en los menores de edad”.

Así mismo, se ordenó al Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá informar a este Despacho: “i) si alguna de las partes han presentado peticiones relacionadas con el acuerdo conciliatorio celebrado entre los señores Claudia y Jorge el diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014) y aprobado por la referida autoridad judicial el primero (1) de julio de dos

mil catorce (2014), y en caso afirmativo el trámite dado; y, ii) los motivos por los cuales al momento de avocar conocimiento del proceso de custodia y cuidado personal radicado No. 1100131-10-021-2011-1086-00, instaurado por el señor Jorge, se ordenó como medida preventiva que los niños Karen y Cristian permanecieran bajo el cuidado de su abuela paterna”.

4.1.1 Mediante oficio del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado 27 de Familia de Bogotá indicó que en virtud del Acuerdo PSAA15-10414 de 2015 emanado por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura el referido juzgado asumió el conocimiento del proceso de custodia primigenio, que cursó en instancias del otrora Juzgado 4 de Familia de Descongestión[7].

Informa la autoridad judicial requerida que con posterioridad a la aprobación del acuerdo presentado el 19 de junio de 2014, aprobado el 1 de julio del mismo año, no se ha recibido petición de alguna de las partes en relación con el asunto.

Que la medida tomada en torno a la fijación de custodia provisional de los menores y la autorización de la tenencia y cuidado personal a cargo de la abuela paterna fue dictada por el Juzgado 21 de Familia de Bogotá, en aprobación del acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes con participación de los representantes del Ministerio Público y de la Defensoría de familia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de oficio del 1 de abril de 2016, informó que de la visita domiciliar realizada a la residencia de la señora Claudia, la trabajadora social rindió el siguiente concepto:

i) Dinámica familiar (relaciones familiares, convivencia, uniones, interacción con familia extensa). Se informa que la familia recompuesta por línea materna está conformada por Claudia y su pareja actual la señora María, y que actualmente no conviven.

La trabajadora social informa que se evidencia una dinámica estable entre las accionantes, quienes llevan 7 años de relación más no de convivencia; manifiestan que existe respeto, apoyo y responsabilidad en sus deberes; sin embargo se han presentado conflictos con el progenitor de los niños por la relación de pareja que tiene actualmente la señora Claudia. Así mismo, manifestó que situaciones legales por violencia intrafamiliar entre los

accionantes han generado inestabilidad en los menores.

Indica la funcionaria del ICBF que observó que la señora Claudia tiene relaciones cercanas, afectuosas y de respeto con sus hijos; comparten diferentes espacios recreativos y pedagógicos así mismo expresa que los niños se ajustan a la disciplina y normas de hogar con facilidad.

Frente a la relación entre la señora María y los menores de edad, refiere que la joven hija de Claudia conoce de la relación afectiva que sostiene su madre y la acepta abiertamente, mientras que el niño la conoce, la acepta pero aún no asimila la unión sentimental de las accionantes.

Se informa que la señora Claudia niega haber ejercido algún tipo de maltrato hacia sus hijos o incurrido en negligencia, que ha recibido el apoyo de su pareja en todo momento; sin embargo, aclara que es ella quien establece las normas en su hogar.

ii) Condiciones habitacionales. El concepto emitido por el ICBF refiere que la accionante reside con sus hijos en una vivienda en arriendo, que está conformada por una habitación para la progenitora y una habitación para los niños, que cuenta con todos los servicios públicos necesarios para vivir en condiciones dignas, y que en general los espacios habitacionales son aceptables.

iii) Economía del hogar. La peticionaria Claudia manifiesta que sus ingresos mensuales son de \$1.950.000, dinero que recibe como contraprestación de su trabajo actual como docente de ciencias naturales. Así mismo, se informa que el señor Jorge se encarga de los gastos de los niños cuando él se encuentra compartiendo con ellos, por lo que no tiene una cuota de alimentos asignada. Los egresos actuales de la familia de la accionante suman aproximadamente \$1.200.000, los gastos educativos de los dos menores son asumidos en partes iguales por los padres.

La trabajadora social del ICBF, concluye que pese a que la familia ha atravesado un largo proceso jurídico legal e incluso emocional, el cual ha estado enmarcado por la violencia intrafamiliar, las partes involucradas han logrado llegar a acuerdos a favor de sus hijos, por tal razón no evidenció que en este momento los menores de edad tengan algún derecho vulnerado, amenazado o inobservado, garantizándose por parte de los progenitores lo

necesario para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Finalmente, en el citado concepto se informó que Claudia y Jorge realizaron conciliación ante el Centro de Conciliación de la Universidad del Rosario el 2 de marzo de 2016, en la cual se acordó suprimir la cláusula primera del acuerdo suscrito el 19 de junio de 2014 y aprobado por el juzgado accionado el 1 de julio del mismo año. Se anexó copia del referido documento[8], en el cual se estipula que:

“...suprimir del primer acuerdo la cláusula primera que contemplaba lo siguiente: “la señora CLAUDIA, convivirá con los menores sola sin la señora MARIA”; con lo anterior, dicha cláusula se deja sin efecto, en el entendido que la señora CLAUDIA tiene plena libertad para desarrollar su proyecto de vida con su pareja actual sin que restrinja su derecho a ejercer las visitas a favor de los menores”.

Adicionalmente, en el párrafo número 2, de la referida acta de conciliación, quedó estipulado que: “los señores CLAUDIA Y JORGE de manera voluntaria manifiestan su compromiso para iniciar un proceso terapéutico ante el área de intervención psicosocial del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario con el fin de mejorar sus relaciones familiares y al cual integran a los menores...”

4.1.2 El Instituto Colombiano de Bienestar familiar informó a este Despacho que se desplazó hasta el lugar de residencia del señor Jorge con el fin de realizar visita domiciliaria; sin embargo, se le comunicó que el accionado ya no residía en esa dirección, que desde el mes de noviembre se trasladó al municipio de Mosquera, Cundinamarca.

Sobre el particular, la trabajadora social que rindió el presente concepto manifestó a este Despacho que los menores de edad pasan los fines de semana en compañía de su progenitor en el municipio de Mosquera, Cundinamarca, y que según lo manifestado por Claudia las relaciones padre e hijos son estables y sin alteraciones[9].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo proferido dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en

los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1 Cuestión previa a la determinación del problema jurídico

Claudia y María, impetraron acción de tutela con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la intimidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación, los cuales consideran vulnerados con la aprobación de una cláusula que prohíbe su convivencia como pareja por parte del Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá, la cual fue consignada en el numeral primero de un acuerdo conciliatorio suscrito por Claudia y Jorge de fecha 19 de junio de 2014.

En el trámite de revisión de los fallos de tutela, la Coordinadora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aportó copia de un acta de conciliación suscrita por la señora Claudia y el señor Jorge, donde consta que las partes acordaron suprimir la cláusula primera del acuerdo conciliatorio del 19 de junio de 2014, aprobado el 1 de julio del mismo año por el juzgado accionado, la cual contemplaba que: “la señora CLAUDIA, convivirá con los menores sola sin la señora MARIA”; con lo anterior, dicha cláusula quedó sin efecto, de modo que la señora Claudia tiene plena libertad para desarrollar su proyecto de vida con su pareja actual sin que por ello se restrinja su derecho a ejercer la custodia y cuidado de los menores[10].

Por lo anterior esta Sala luego de analizar las causales de procedencia de tutela contra providencia judicial, la situación fáctica y los fallos de instancia determinará si éste hecho configura, lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado, carencia actual de objeto por hecho superado.

3. Carencia actual de objeto en la acción de tutela

3.1 El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 consagró la acción de tutela con el objetivo de proteger derechos fundamentales cuando los mismos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por los particulares. Su protección consistirá en una orden para que, aquél respecto de

quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

La orden en la acción de tutela busca que cese la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, por lo que su eficacia precisamente depende de la actualidad del hecho vulnerador. De esta forma si cesa la conducta que viola los derechos fundamentales, el juez constitucional no tiene un objeto sobre el cual pronunciarse, escenario en el que se configura lo que la jurisprudencia ha denominado carencia actual de objeto.

La carencia actual de objeto tiene lugar cuando se profiere una orden relacionada con lo solicitado en la acción de tutela; sin embargo, la misma no tendría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Dicha situación se presenta ante la presencia de un hecho superado o de un daño consumado[11].

La Sala Novena de Revisión de esta Corporación en sentencia T-970 de 2014, reiteró que el fenómeno de la carencia actual de objeto puede presentarse a partir de la ocurrencia de dos supuestos: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado. Así las cosas, la primera hipótesis “se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado[12] en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”[13]. Al respecto, concluyó que “el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. También se ha señalado que se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, entre otras circunstancias, por ausencia de interés jurídico o sustracción de materia”[14].

3.2 El hecho superado se concreta cuando se “repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado” o cuando “cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo, es decir, en el curso del proceso de tutela las situaciones de hecho generadoras de la vulneración desaparecen o se solucionan”[15], mientras que el daño consumado “supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”[16].

3.3 En fenómeno de la carencia actual de objeto consiste en que, de proferirse una orden

judicial la misma no tendría efecto alguno, lo que conduce a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela. Sin embargo, lo anterior no impide un pronunciamiento de fondo acerca de si la acción u omisión de la parte accionada vulneró los derechos fundamentales alegados, por cuanto ello permite prevenir a las autoridades accionadas para que no vuelvan a incurrir en dicha conducta (artículo 24 del Decreto 2591 de 1991[17]), y de este modo propender por la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y, asimismo, permite decantar criterios interpretativos de las normas jurídicas para establecer subreglas y el alcance de los derechos fundamentales para futuros casos, garantizando de este modo el principio de igualdad y confianza legítima en la jurisdicción constitucional[18].

3.4 Con base en las consideraciones expuestas y el supuesto fáctico base de esta acción constitucional, esta Sala concluye que en el presente caso se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado en razón a lo siguiente:

3.4.1 Claudia y María presentaron acción de tutela, argumentando que la señora Claudia, presionada por la ausencia de sus hijos y el maltrato que le daba el demandado, accedió a un acuerdo conciliatorio, en el cual se estipula que: “la madre podía vivir con sus hijos, sola sin María[19]”, condicionamiento que consideran obstaculizaba la relación que existe entre las accionantes y su proyecto de vida familiar.

3.4.2 El juzgado accionado por Auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014), aprobó el acuerdo conciliatorio y decretó la terminación del proceso de custodia y cuidado de los menores hijos por falta de objeto, quedando la pareja hoy accionante sometida a la prohibición de llevar vida en común y para que la señora Claudia pudiera convivir con sus hijos.

Es decir, la conducta señalada de vulnerar los derechos fundamentales de las accionantes, fue la aprobación de la cláusula antes citada por el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá, consignada en el acuerdo conciliatorio del 19 de junio de 2014.

3.5 Ahora bien, durante el trámite de revisión surtido ante esta Corporación, y previo requerimiento del Magistrado Sustanciador, la Coordinadora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar informó a este Despacho que el pasado 2 de marzo de 2016 la señora Claudia y el señor Jorge llegaron a un acuerdo conciliatorio en virtud del cual se eliminó el

condicionamiento; y fue allegada copia del acta No. 01339 del Centro de Conciliación del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Con lo anterior, dicha cláusula se dejó sin efecto, en el entendido de que la señora Claudia tiene plena libertad para desarrollar su proyecto de vida con su pareja actual sin que por ello se restrinja su derecho a ejercer la custodia y cuidado de los menores[20].

Esta situación, le permite a la Sala concluir que existe una carencia actual de objeto por hecho superado en la acción de tutela presentada por Claudia y María, en cuanto desapareció la causa de la vulneración alegada. Nótese que el fundamento de la pretensión en la referida demanda de tutela era dejar sin efecto la cláusula primera del acuerdo conciliatorio del 19 de junio de 2014 y aprobado el 1 de julio del mismo año por el juzgado accionado, por lo que al suprimirse dicha prohibición mediante acuerdo conciliatorio del 2 de marzo de 2016, no tiene sentido, de ser el caso, acceder a la pretensión, por lo que, una orden semejante sería ineficaz.

3.6 Lo expuesto conduce a revocar las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, y, en su lugar, a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado ante la nueva circunstancia relacionada anteriormente. No obstante, y con base en la facultad que le asiste al juez constitucional en sede de revisión, pasará esta Sala a analizar si la actuación que dio origen a la acción de tutela de la referencia constituyó una conducta atentatoria contra los derechos fundamentales señalados, esto es, si los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación por orientación sexual de Claudia y María fueron vulnerados por la autoridad accionada, al aprobar un acuerdo de conciliación voluntaria que afectó o restringió sus derechos fundamentales en atención a su orientación sexual diversa, al no dar aplicación a los principios de interpretación constitucional y no discriminación.

Para lo cual, la Sala de Revisión, realizar una breve reseña de: i) tutela contra providencias judiciales y las causales generales y específicas para su procedibilidad; ii) caracterización de la causal de violación directa de la Constitución; iii) figura jurídica de la conciliación y conciliación extrajudicial en materia de familia; iv) conciliación extrajudicial en materia de familia; v) el libre desarrollo de la personalidad en personas con orientación sexual diversa; y, vi) resolverá el caso concreto.

4. Tutela contra providencias judiciales y las causales generales y específicas para su procedibilidad

4.1 La intervención del juez constitucional en asuntos decididos por otros jueces, en sus respectivas jurisdicciones, se puede adelantar únicamente con el fin de proteger los derechos fundamentales vulnerados. Al respecto, se ha establecido que el juez constitucional no puede suplantar o desplazar al juez ordinario en el estudio de un caso que, por su naturaleza jurídica, le compete. Éste sólo puede vigilar si la providencia conlleva la vulneración de los derechos constitucionales del peticionario.

De allí se infiere que la acción de tutela no es un mecanismo que permita en sede constitucional anular decisiones que simplemente no se comparten o remplazar al juez ordinario en su tarea de interpretar las normas conforme al material probatorio del caso, sino que tiene por fin que la actividad judicial sea conforme a la Constitución, pues se trata de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual cuyo fin es proteger los derechos fundamentales de la persona que tuvo participación en un proceso judicial y en éste devino la vulneración a sus derechos. Respecto de ello, la Corte ha expresado que:

“se trata de una garantía excepcional, subsidiaria y autónoma para asegurar, cuando todos los recursos anteriores han fallado, que a las personas sometidas a un proceso judicial no les violen sus derechos constitucionales fundamentales. No se trata entonces de garantizar la adecuada aplicación del resto de las normas que integran el sistema jurídico o de los derechos que tienen origen en la ley”. [21]

Quiere decir esto que los jueces constitucionales deben revisar la aplicación de los derechos constitucionales que corresponde garantizar a los jueces ordinarios y de lo contencioso administrativo al momento de decidir asuntos de su competencia pero sin intervenir de manera ilegítima en sus decisiones.

Finalmente, corresponde al juez de tutela velar por que el juez ordinario no se aparte de los precedentes sin una justificación válida y de una forma arbitraria y caprichosa, pero respetando las competencias de los jueces, pues no puede transgredir sus facultades discrecionales y su libertad hermenéutica en los asuntos de su conocimiento.

4.2 Este Tribunal Constitucional estableció algunos requisitos de procedibilidad para el

estudio de la acción de tutela contra providencias judiciales. En la sentencia C-590 de 2005, estipuló que para la procedencia de la acción constitucional, deben cumplirse tanto los (i) requisitos generales de procedibilidad, como los (ii) requisitos especiales para su procedencia. A saber:

(i) Las causales generales de procedibilidad:

a. El asunto en discusión debe comportar una evidente relevancia constitucional que permita establecer que es el juez de tutela el encargado de su estudio.

b. Deben haber sido agotados todos los mecanismos de defensa judiciales –ordinarios y extraordinarios- existentes para la protección de los derechos del actor. Sin embargo, en caso de que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, la acción constitucional podrá proceder como mecanismo transitorio, aún ante la ausencia del agotamiento de los medios de defensa.

c. Se debe dar cumplimiento al principio de inmediatez, es decir, que la tutela se haya interpuesto en un término razonable y proporcionado desde el hecho que originó la vulneración o amenaza de los derechos del tutelante, hasta el momento en que éste acudió ante el juez constitucional para la protección de los mismos.

d. La irregularidad procesal alegada deberá tener un efecto decisivo o determinante en las providencias objeto de discusión.

e. La parte actora debe haber identificado los hechos que generaron la afectación, los derechos vulnerados y que éstos hayan sido alegados dentro del proceso, siempre y cuando fuere posible.

f. No se trate de una sentencia de tutela.

(ii) Causales especiales de procedibilidad, las cuales corresponden a los siguientes tipos de defectos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[22] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[23].

h. Violación directa de la Constitución.”[24]

Por su pertinencia para el análisis del caso sometido a revisión se hará una breve referencia al defecto por violación directa de la Constitución.

5. Causal de violación directa de la Constitución:

5.1 En desarrollo del artículo 4º Superior, la Corte Constitucional ha establecido que la Constitución Política de 1991 tiene carácter vinculante y fuerza normativa. Razón por la cual, la violación directa de la Constitución se erige jurisprudencialmente como una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, pues, es factible que una decisión judicial desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados.

Esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento jurídico, de modo tal que los preceptos y mandatos constitucionales son de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. En este sentido, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados[25].

La causal especial analizada, se configura cuando el juez ordinario profiere una decisión que desconoce la Constitución Política, porque: “(i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución”[26].

Para su procedencia el juez constitucional debe verificar si en el caso objeto de revisión se presenta alguna de las siguientes circunstancias:

- i) en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional[27];
- ii) se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata; o cuando, los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución[28]; y,
- iii) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad)[29].

En consecuencia, “el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual ‘la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’”[30].

6. Conciliación extrajudicial en materia de familia, y su relevancia en procesos de custodia y cuidado personal

6.1 La Ley 446 de 1998[31] en su artículo 64[32] define la figura jurídica de la conciliación como “(...) un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

El artículo 65 de la referida disposición, contempla que son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la Ley. El acuerdo suscrito entre las partes a través de la conciliación hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo[33].

6.2 En sentencia C-893 de 2001[34] la Corte Constitucional indicó que las características fundamentales de la conciliación son:

“1) La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

2) La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

3) Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitando los costos de un proceso judicial.

4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes se confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

5) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

6) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

7) Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo.

Igualmente, el artículo 19 de la Ley 640 de 2001 indica que “se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios”.

6.3 En materia de familia, la Ley 640 de 2001 tiene como finalidad regular y establecer directrices con respecto al tema de la conciliación como respuesta a la congestión de los despachos judiciales.

La referida normatividad reguló lo referente a las clases de conciliación, requisitos del acta, constancias del acuerdo, conciliadores, partes intervinientes y todo lo referente al desarrollo de la misma.

En el artículo 3 de la precitada ley, consagra que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, la primera es la que se llevaba a cabo dentro de un proceso judicial; y la segunda, se desarrolla antes o por fuera del mismo. La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad, cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Dentro de las conciliaciones extrajudiciales en derecho el artículo 31 de la Ley 640 de 2001, consagró:

“la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991”.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-746 de 2008, indicó que: “el cumplimiento de lo pactado en dichas actas de conciliación, obligará para todos los efectos al cumplimiento estricto de la misma, y su inobservancia genera las mismas sanciones que la ley prevé para tales efectos”.

6.4 En materia de familia, los Defensores de Familia y Comisarios de Familia están facultados para adelantar conciliaciones extrajudiciales con el fin de agotar el requisito de procedibilidad en los siguientes asuntos:

- La suspensión de la vida en común de los cónyuges.
- La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes.
- La fijación de la cuota alimentaria.

- La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico;
- La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges.
- Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales, y aquellos asuntos definidos por el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, como sujetos a conciliación extrajudicial para acreditar requisito de procedibilidad en asuntos de familia.[35]

6.5 En casos determinados, dentro de la conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de familia, se puede decretar medidas provisionales. Al respecto, el artículo 32 de la precitada Ley establece que:

“...Si fuere urgente los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

El incumplimiento de estas medidas acarreará multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del sujeto pasivo de la medida a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Las medidas provisionales son procedentes cuando la autoridad administrativa observe la vulneración de cualquier derecho fundamental de un niño, niña o adolescente, de lo contrario, y en caso de no lograr la conciliación, deberá expedirse la correspondiente constancia de no acuerdo[36] con el fin de agotar el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de familia.

6.6 Respecto a los requisitos que debe contener el acta de conciliación, el artículo primero de la Ley 640 de 2001 consagró:

“El acta del acuerdo conciliatorio debe contener lo siguiente:

1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación.
2. Identificación del conciliador.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación
5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

PARÁGRFO 1o. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo.

(...)”

6.7 Los artículos 2 numeral 3º y 20 de la Ley 640 de 2001, consagran la obligación en cabeza del conciliador de ejercer el control de legalidad sobre cualquier tipo de conciliación; consistente en: i) verificar si el asunto objeto controversia es o no susceptible de conciliación; ii) evaluar el acta de conciliación tanto en su contenido formal como material, con el fin de evitar que en el acuerdo conciliatorio quede afectado total o parcialmente, por vicios de ineficacia, inexistencia o de nulidad; iii) velar por la licitud de los acuerdos conciliados a fin de evitar que se vulneren los derechos de las partes o normas legales de carácter imperativo; iv) asegurar que el contenido del acta refleje las decisiones adoptadas por las partes dentro del marco jurídico de disposición; v) la capacidad de las partes conciliantes o el poder suficiente de sus apoderados; vi) el carácter transigible del conflicto y el consentimiento libre de vicios; y, vii) que lo conciliado recaiga sobre un objeto lícito.

6.8 El control de legalidad de todo tipo de conciliación tiene origen constitucional y es el resultado del desarrollo de la ley estatutaria de la administración de justicia, que faculta al

conciliador como parte del proceso. En el ejercicio del control de legalidad la falta de uno o más de los requisitos esenciales mencionados genera la inexistencia del acuerdo conciliado como acto jurídico.

6.9 El control de legalidad permite declarar la inexistencia, la nulidad o la ineficacia del acuerdo conciliatorio, siempre y cuando se observe alguna de las siguientes circunstancias:

i) Inexistencia:

* Por ausencia de capacidad y consentimiento en las partes, o por tener causa y objeto ilícitos;

* Por falta de algunos de los requisitos sustanciales;

* Por incumplimiento de una de sus formalidades; no constar por escrito en una acata; no estar avalada con la firma del conciliador.

ii) Nulidad:

* Por violación de normas sustantivas en las fórmulas del arreglo: recaen sobre el estado civil de las personas, con títulos falsos u obtenidos con dolo o fuerza; sobre venta entre cónyuges (C.C. 1852); sobre la creación de una sociedad colectiva con menores de edad; privación del ejercicio de la Patria Potestad.

* Por violación de una norma procedimental: cuando se liquida una sociedad patrimonial sin haberse declarado previamente la existencia de la Unión Marital de Hecho por un juez de familia

iii) Ineficacia:

· Cuando el acuerdo no produce ningún efecto.

El juez ordinario tiene la potestad de declarar la nulidad de aquellas cláusulas afectadas por objeto ilícito, como serían aquellas que implican una violación de derechos

fundamentales[37].

6.10 La custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. La Ley 1098 de 2006 en su artículo 23, se refiere a la custodia y cuidado personal como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta de los hijos.

6.11 La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en sus artículos 7, 8, y 9 que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor.

La protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera resalta que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño, y finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

6.12 Frente al tema de la custodia y el régimen de visitas y el derecho que le asiste a los padres, la Corte Constitucional en sentencia T-500 de 1993, señaló que:

“No son sólo los derechos de los hijos menores los que están en juego al momento de fijarse una reglamentación de visitas: también los de cada uno los padres, derechos que deben ser respetados mutuamente. Así, el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia.

“...cada uno de los padres tiene derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos; y tiene, además la facultad de desarrollar su relación afectiva como la considere pertinente, siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes del menor. Por esta razón, cada uno de los cónyuges debe respetar la imagen del otro frente a sus hijos, no debe aprovecharse de su situación de privilegio, frente a aquel que no tiene la tenencia del menor, para degradarlo y menospreciarlo, olvidando que su función es buscar el desarrollo integral de los hijos”[38]. (Resaltado fuera del texto original)

7. Libre desarrollo de la personalidad en personas con orientación sexual diversa.

7.1 El hombre como un ser único, director de su vida y responsable de sus decisiones y actos, solo está sujeto a ciertas limitaciones orientadas a preservar los derechos de los demás y a mantener el orden jurídico. Todas las personas gozan del derecho al libre desarrollo de la personalidad del cual se desprende la posibilidad de que cada ser humano pueda trazar su proyecto de vida de acuerdo a sus deseos, anhelos, intereses y convicciones, el cual debe ser respetado y no se puede, por ende, coartar su desarrollo, por ninguna autoridad o particulares, como quiera que ha surgido de la esfera privada del ser humano y constituye su identidad como individuo. El derecho al libre desarrollo de la personalidad se debe reconocer en cabeza de todas las personas con estatus de fundamental.

7.2 El artículo 16 de la Constitución Portica de 1991, dispone que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”.

7.3 En el ámbito internacional se protegen los derechos fundamentales al libre desarrollo, a la igualdad, a la intimidad y a la no discriminación por orientación sexual. Respecto al

derecho a la diversidad sexual, tanto el Sistema Europeo como el Sistema Interamericano consagran la cláusula de igualdad y de prohibición de la discriminación.

7.3.1 El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 14, prohíbe la discriminación al señalar que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

7.3.2 Por otra parte, el artículo 1 la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, establece el deber de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Lo anterior, se reafirma con la cláusula de no discriminación, artículo 24, que añade el principio de igualdad formal por el cual “todas las personas son iguales ante la ley [...] tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

7.3.3 Respecto a la prohibición de la discriminación por orientación sexual, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoció el caso de *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*[39], originado en la denuncia de un petionario portugués que se casó y tuvo una hija, y quien, luego del divorcio de su mujer, sostuvo una relación homosexual. Hubo una disputa legal sobre la patria potestad y, en apelación, la ex esposa obtuvo la patria potestad en base a la homosexualidad del petionario.

7.3.4 El Tribunal Europeo condenó a Portugal por violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 14 (prohibición de discriminación), al argumentar que se había configurado una violación del principio de proporcionalidad. Lo anterior, por cuanto, el Tribunal consideró que la decisión de la justicia portuguesa, de negar la patria potestad de la menor con base en la homosexualidad del petionario, no era un criterio establecido en la ley, lo cual, generaba una contravención directa al principio de proporcionalidad al concluir la “no existencia de una relación razonable entre el medio y el fin perseguido”.

7.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso *Atala Rizzo y niñas vs.*

Chile[40], el cual se relaciona con el proceso de custodia que fue interpuesto ante los Tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.[41] en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.

7.4.1 En la referida sentencia, la CIDH declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales).

7.5 La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y su directa relación con la dignidad humana y el principio de la no discriminación. A continuación se expondrán brevemente los precedentes jurisprudenciales proferidos por esta Corporación sobre la referida garantía constitucional y el imperativo de no discriminación en relación a personas con orientación sexual diversa

7.5.1 En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte analizó la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, por medio de la cual se consagró el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Pese a que esta ley se ocupó de una materia exclusivamente económica, se

limitó a proteger a las uniones heterosexuales, excluyendo así a las parejas homosexuales que pudieron encontrarse en idénticas circunstancias que las heterosexuales - “dos personas; afecto mutuo; sin estar casados o habiéndose separado de bienes hace más de dos años; viven bajo el mismo techo; relación sexual; cuidado mutuo; comunidad de vida permanente y singular” -, no obstante lo cual, a ellas no se les extendieron las disposiciones legales sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

Por consiguiente, se violó el principio de la igualdad real y efectiva, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad pues si bien se admite que la sexualidad del individuo pueda orientarse hacia personas de su mismo sexo, la ley le niega protección a la comunidad de vida que en este caso puede formarse y se reduce la opción de convivencia a las personas de distinto sexo y se impide que los miembros de las parejas homosexuales se reconozcan como tales, sin verse obligados a actuar contra su conciencia y forzados a adoptar conductas distintas de las que sienten y viven.

7.5.2 En la Sentencia T -101 de 1998, la Corte examinó la conducta del rector del Instituto Ginebra - La Salle, respecto de dos estudiantes, que debido a su precaria situación económica y ante la exigencia de cambio de uniformes por parte del colegio, tomaron la decisión de suspender sus estudios; para ello el primero de los actores procedió a cancelar la matrícula de acuerdo con las disposiciones del colegio, mientras el segundo dejó de asistir, lo que implicó que reprobara el curso y quedara eliminado del sistema.

Su intención, según lo manifestaron a la Juez de instancia, era obtener un trabajo durante el día que les permitiera en 1998 continuar con sus estudios en el mismo colegio en la jornada nocturna. Con ese propósito, el 4 de agosto de 1997 fueron al colegio demandado a solicitar las respectivas reservas de cupo en la jornada nocturna, y allí se les informó que debían regresar después de la clausura de dicha jornada; el 5 de septiembre regresaron y se les informó, por parte de una secretaria, que no había cupos, por lo que decidieron entonces hablar personalmente con el rector, quien según los demandantes les dio posibilidades, indicándoles que volvieran el 8 de septiembre.

El día 9 de septiembre el rector les manifestó que en reunión con el Consejo se había comentado el caso y se había decidido no otorgar el cupo por ser homosexuales, fue por

ese motivo que recurrieron a la acción de tutela solicitando protección para los mismos, pues consideran que su forma de ser no puede ser motivo de impedimento para estudiar. Por esa razón la Corte Constitucional estableció que se vulneraron sus derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad dado que el proceso educativo de ninguna manera puede incluir metodologías o prácticas que vulneren, desconozcan o transgredan los derechos fundamentales de los distintos actores que participan en el mismo (educandos, educadores, padres de familia, directivos etc.), y que de su realización efectiva depende la realización paralela de los demás derechos fundamentales del individuo.

7.5.3 En Sentencia C-481 de 1998, la Corte hizo referencia a la demanda de constitucionalidad que se interpuso contra el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, por medio del cual se adoptaron las normas sobre el ejercicio de la profesión de docente. En este artículo se establecieron las causales de mala conducta, entre ellas “El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales”, este artículo vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los educadores, por limitarles su derecho a la libertad de opción sexual.

La Corte Constitucional, declaró la inexequibilidad de la expresión acusada, ya que la exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante. Por ello, la Constitución de 1991 pretendió construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social.

7.5.4 En Sentencia C-373 de 2002, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 4 de la Ley 558 de 2000, por medio de la cual se reguló la actividad notarial. En este artículo, se estableció la inhabilidad para concursar a notario a quien ha sido

sancionado disciplinariamente con ocasión de “La embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo, el abandono del hogar y, en general, un mal comportamiento social”, este artículo vulneró el libre desarrollo de la personalidad de las personas con orientación sexual diversa. Normas que consagran faltas disciplinarias como éstas y que prevén sanciones que inhabilitan para concursar para el cargo de notario, son rezago de un Estado autoritario y no pueden encontrar cabida en una democracia constitucional dada su manifiesta contrariedad con los principios que la soportan.

7.5.5 En la Sentencia T-808 de 2003, la Corte examinó la acción de tutela instaurada contra la Asociación Scout de Colombia con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales del actor, entre ellos el derecho a la igualdad, y el libre desarrollo de su personalidad, debido a que, por su condición homosexual fue expulsado de la Asociación Scout a la que pertenecía.

La Corte Constitucional tuteló el amparo por tanto, si bien es cierto que una organización se rige bajo sus propios principios y reglamentos, también lo es que, no puede el reglamento interno de una asociación, ser arbitrario, discriminatorio y desconocer derechos protegidos constitucionalmente, pues, se repite esto le está prohibido inclusive a la ley.

7.5.6 En la Sentencia C-051 de 2010, la Corte decidió realizar una acumulación de expedientes en referencia a la protección del libre desarrollo de la personalidad en relación a las parejas del mismo sexo, debido a que la situación de los peticionarios en los casos puestos bajo consideración de la Sala, era la misma de muchas personas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en iguales condiciones a las parejas heterosexuales pero por obstáculos injustificados se ven impedidas a ello. Justo por ese motivo, procedió la Corte a dictar un grupo de órdenes con efectos inter comunis; es decir, las órdenes que se harán extensivas a todas las personas homosexuales que encontrándose en las mismas o en similares situaciones a las que se hallan los peticionarios de las tutelas de la referencia, pretendan hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales.

7.5.7 En Sentencia T-909 de 2011, la Corte evaluó la acción de tutela interpuesta por un

joven contra el centro comercial Cosmocentro por vulneración al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual, por cuanto el actor fue expulsado del centro comercial por dar un beso a su compañero sentimental dentro de las instalaciones de dicho establecimiento. La Corte Constitucional protegió los derechos invocados por el accionante, porque la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, son los derechos de libertad y de no intervención que confluyen en la protección de los ámbitos de libertad individual, en tanto son ingredientes básicos para que un individuo pueda desenvolverse como tal en la sociedad, a la vez que consistentes con el humanismo, la creatividad, la autonomía reconocidas a la persona natural en el Estado constitucional. La protección de la libertad pura, que en definitiva consiste en poder asignar cualquier contenido sobre los asuntos que no producen ningún daño en los otros y en no poder ser reprochado por ello, indemnnes a los demás, ajenas al interés general, indisponibles por nadie distinto del sujeto.

7.5.8 En Sentencia C-577 de 2011, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, por medio de la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. En este artículo se define la constitución de la familia “...La familia 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.”

La Corte por medio de esta sentencia reconoce el derecho a la familia de las parejas del mismo sexo en virtud del libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual, debido a que las pareja heterosexuales cuentan con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estimó factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho, a la que pueden acogerse si así les place, ya que a la luz de la Constitución, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de

protección padecido por los homosexuales.

La expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales como fundamento de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual.

7.5.9 En la Sentencia T- 559 de 2013, la Corte conoció el caso de una pareja homosexual que alegaba vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y derecho a la visita conyugal de parejas del mismo sexo, por cuanto el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-Inpec- Neiva, permitía la relación amorosa entre dos reclusas por considerar que un interno no llega a un establecimiento a buscar compañeros sentimentales, sino a cumplirle a la sociedad y al juez lo que éste ordenó y además, porque estas relaciones no aportan nada al proceso de resocialización sino que más bien contribuyen al desorden social.

La Corte advirtió que se debe garantizar el derecho fundamental a la visita íntima de personas que se auto reconocen como población LGBTI no sólo porque se afectarían los derechos fundamentales a la intimidad y al libre de desarrollo de la personalidad, sino porque también se desconocería el derecho a la no discriminación en razón del sexo.

7.5.10 En la Sentencia T-478 de 2015, la accionante presentó acción de tutela a nombre propio y en representación de su difunto hijo en contra del colegio Gimnasio Castillo Campestre, la Secretaría de Educación de Cundinamarca, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía General de la Nación y la Comisaría Décima de Familia de Engativá, por considerar, en primer lugar, que las directivas de la institución educativa demandada, promovieron conductas sistemáticas de discriminación en contra su hijo, motivadas por su orientación sexual, tanto en el proceso disciplinario que se surtió en su contra, como con la información que fue difundida con posterioridad al fallecimiento del niño en los medios de comunicación, que favorecieron inicialmente su suicidio y que

resultaron finalmente lesivas de sus derechos fundamentales. En segundo lugar, frente a las demás entidades estatales acusadas en la tutela, estima que éstas desplegaron una conducta omisiva ante las diferentes denuncias que se realizaron con fundamento en las actuaciones equivocadas de la institución educativa, por lo que incurrieron a su vez, en la violación de los derechos fundamentales del menor de edad.

La Corte concede la protección constitucional, y pese a que se presenta un daño consumado, obliga a la entidad accionada a hacer un reconocimiento público por el daño causado al fallecido menor de edad por cuanto atentaron contra Uno de los ámbitos más importantes para la protección del derecho a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad que es el respeto absoluto por la expresión de la identidad de género o la orientación sexual. En el ámbito escolar, esta protección debe ser aún más estricta pues los menores de edad tienen el derecho de ser formados en espacios democráticos y plurales. Así, la prohibición de diseminación por razón de género o de orientación sexual es absoluta y ningún tercero, ya sean otros estudiantes o las autoridades del colegio, pueden perseguir o amedrentar a los estudiantes que deciden asumir voluntariamente una opción sexual diversa. Cualquier actitud en ese sentido, como se explicará en el capítulo siguiente, constituye un trato de hostigamiento que debe ser reprochado y a toda costa prevenido.

7.5.11 En la Sentencia T-141 de 2015, el accionante presentó acción de tutela contra la Corporación Universitaria Remington, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a la educación y al debido proceso. Explicó que cursaba estudios de medicina en la institución accionada, pero la situación de acoso y discriminación de la que fue objeto lo obligaron a no continuar con sus estudios. En concreto, señaló que las formas de discriminación se materializaron en: Comentarios ofensivos por parte de integrantes de la comunidad educativa sobre la manera en que exterioriza su identidad sexual y de género; amonestaciones por parte de directivos y profesores orientadas a censurar su indumentaria y a imponerle patrones de vestuario y comportamiento masculinos; el inicio de tres procesos disciplinarios en los que se evidencia un ánimo de persecución y en los que no ha contado con las debidas garantías; cambios en las notas de varias materias y negligencia en la definición de su situación académica; violación de sus comunicaciones privadas.

En este caso, la Corte ordenó a la entidad accionada dar disculpas públicas al actor y reestablecer sus derechos como estudiante, así como también garantizar un ambiente de protección a la diversidad sexual en sus instalaciones por tanto la raza y el sexo constituyen categorías sospechosas de discriminación, lo que implica que todo tratamiento diferencial fundado en estos criterios se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse a partir de un test estricto de proporcionalidad. La Corte Constitucional ha consolidado un importante cuerpo de jurisprudencia orientado a proscribir la discriminación fundada en la orientación sexual y, en consecuencia, a tutelar los derechos de las personas homosexuales y de las parejas del mismo sexo

8. Análisis del caso concreto

8.1. Constatación de los requisitos generales de procedibilidad

Por tratarse de una demanda de tutela dirigida contra la providencia judicial emitida el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá en un proceso de custodia y cuidado personal que aprobó el acuerdo conciliatorio y puso fin a la controversia, procede la Sala a examinar, sin concurren los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia de esta corporación y reseñado en el fundamento 4.2 de esta providencia.

8.2. La Relevancia constitucional del asunto bajo examen:

La censura se dirige contra una providencia judicial que aprobó un acuerdo de conciliación, el cual, las accionantes estiman violatorio de sus garantías fundamentales de libre desarrollo de la personalidad e intimidad, en cuanto se establece un condicionamiento que les limita realizar un proyecto de vida en común. El estudio de la actuación judicial al aprobar el numeral 1 del acuerdo involucra importantes principios constitucionales como la supremacía de los preceptos fundamentales, el respeto del precedente y la aplicación directa de la Constitución. No cabe duda entonces sobre la relevancia constitucional del asunto objeto de revisión.

8.3 El agotamiento de los mecanismos ordinarios al alcance del actor

Sobre el particular observa la Sala que el proceso custodia y cuidado personal de los menores promovido por el señor Jorge contra la señora Claudia culminó por acuerdo

conciliatorio suscrito por las partes involucradas y aprobado el 1 de julio de 2014 y es la providencia judicial que aprobó la conciliación, la que hoy se señala de vulnerar los derechos fundamentales de las accionantes y frente a la cual no existe otro medio de impugnación al cual ellas puedan acudir.

8.4 Satisfacción del requisito de inmediatez

El presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela[42], por lo que, en principio se exige que la acción sea interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Tal exigencia pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores y se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Lo anterior, resulta especialmente relevante frente a la tutela contra providencias judiciales, pues mientras no se enerve la presunción de constitucionalidad de la providencia, esta surte efectos. Sin embargo, esta Corporación establece el deber en cabeza del juez constitucional de analizar las circunstancias particulares de cada caso en atención al principio de seguridad jurídica y la efectividad de los derechos fundamentales de los accionantes.

8.4.1 En el caso objeto de revisión es claro que el auto que aprobó el acuerdo conciliatorio y decretó la terminación del proceso de custodia y cuidado personal de menores de edad por falta de objeto fue proferido por el juzgado accionado por Auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014) y para el momento de interposición de la acción de tutela aún continuaba produciendo efectos respecto de los derechos de las accionantes, por lo que la afectación alegada por ellas era actual y no se debe entender como consumada o agotada el 1 de julio de 2014, pues obsérvese que la limitación consignada en la cláusula 1 del acuerdo conciliatorio aprobado era de naturaleza permanente. En este momento se presenta en el escrito de tutela una situación actual.

8.4.2 La Corte Constitucional en la sentencia T-158 de 2006, al estudiar el precedente aplicable al principio de inmediatez, advirtió “que esta condición no era exigible en aquellos casos en que se comprobara que (i) la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos,

continúa y es actual...[43].

8.5 La identificación razonable de los hechos y derechos presuntamente vulnerados, y su alegación en el proceso judicial

Los antecedentes de la demanda dan cuenta de que las accionantes señalan como fuente de la vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la igualdad, la aprobación de un acuerdo conciliatorio en el cual se estipuló una cláusula que les prohíbe convivir bajo el mismo techo y en compañía de los hijos de una de ellas, medida que, en su criterio, resulta vulneradora de la Constitución Política y es un instrumento de discriminación por su orientación sexual. Bajo esta verificación se encuentra igualmente satisfecho este requisito.

8.6. No se trata de una tutela contra un fallo de tutela

Como se indicó en este caso se impugna una decisión de proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá, mediante la cual aprobó el acuerdo conciliatorio y decretó la terminación del proceso de custodia y cuidado personal de menores de edad por falta de objeto, es decir, se cuestiona una decisión adoptada en un proceso de distinta naturaleza a la acción de tutela.

Superado este nivel de análisis relativo a la concurrencia de los presupuestos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, procede la Sala a abordar el siguiente paso, consistente en establecer si se estructura alguno de los defectos alegados por las accionantes, y en consecuencia si se vulneraron sus derechos fundamentales.

9. Violación directa de la Constitución por la aprobación de un acuerdo de conciliación voluntaria que desconoce los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a conformar una familia e igualdad de las accionantes

9.1 Conoce la Sala de Revisión la solicitud de tutela de la señora Claudia quien contrajo matrimonio con el señor Jorge, de dicha relación nacieron dos (2) hijos, la pareja convivió durante siete (7) años, hasta que se produjo la separación de cuerpos, debido a los continuos maltratos físicos y verbales del ciudadano Jorge y por lo cual, el 12 de julio de 201

la Comisaria Segunda de Familia de carácter policivo de Chapinero, profirió medida de protección a favor de la señora Claudia.

9.2 Esta ciudadana inició una relación afectiva con María, también accionante del amparo de la referencia, situación que generó problemas con el señor Jorge, quien amenazó con no dejarla ver a sus hijos si su unión con una persona del mismo sexo persistía.

9.3 El ciudadano Jorge promovió, el 19 de agosto de 2011, demanda de custodia y cuidado personal de sus hijos, acción que conoció el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá, autoridad judicial accionada en el presente caso. Como medida preventiva, el 5 de diciembre de 2011, el juzgado 21 de Familia de Bogotá ordenó que los niños permanecieran bajo el cuidado de su abuela paterna.

9.4 La señora Claudia informa que presionada por la ausencia de sus hijos y el maltrato que le daba el demandado, accedió a un acuerdo conciliatorio, en el cual se estipula que: “la madre podía vivir con sus hijos, sola sin María[44]”, condicionamiento que limita la relación que existe entre las peticionarias y su proyecto de vida familiar.

9.5 El juzgado accionado por Auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014), aprobó el acuerdo conciliatorio y decretó la terminación del proceso por falta de objeto, de modo que se prohibió a las tutelantes llevar vida en común y convivir con los hijos de la señora Claudia.

9.6 Como se recordó en el fundamento jurídico No.3.2.1, al caracterizar la causal especial de procedibilidad por violación directa de la Constitución, la cual se configura cuando los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.[45]

9.7 La Sala Octava de Revisión encuentra que, en el presente caso el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá incurrió en la causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial por violación directa de la Constitución al proferir el Auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014), mediante el cual aprobó el acuerdo conciliatorio suscrito por los señores Jorge y Claudia, sin aplicar los principios de interpretación conforme a la Constitución y de no discriminación; e ignorar que el acuerdo transgredió los derechos fundamentales de la referida ciudadana al libre desarrollo de la

personalidad y a la igualdad, situación que le impedía declarar ajustada en derecho una cláusula de prohibición de convivencia con su compañera sentimental.

9.7.1 Para la Sala el Juzgado accionado omitió su deber de salvaguardar los derechos constitucionales de la señora Claudia al aprobar el acuerdo de conciliación atacado sin considerar que en virtud del artículo 13 no era admisible imponer limitaciones que restringieron injustificadamente su vida afectiva y denotaron un acto de discriminación por su orientación sexual, dado que ninguna razón se evidencia en el plenario para impedirle relacionarse con María.

El artículo 13 de la Carta Política, desarrolla un catálogo de prohibiciones de discriminación, por lo cual, cualquier pronunciamiento por parte de una autoridad judicial que no se ciña a lo preceptuado en la Constitución Política e implique un trato jurídico diferente y perjudicial derivado de la orientación sexual de cualquier persona violenta este precepto.

El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual conlleva un efecto de igualdad real y efectiva, que garantice tratamientos jurídicos en identidad de condiciones. Las autoridades judiciales tienen la obligación de realizar un control de legalidad sobre las decisiones que profieran con el fin de evitar efectos negativos sobre las minorías homosexuales.

Es deber del Estado adoptar medidas de igualdad con el fin de erradicar la discriminación que sufren las personas homosexuales y en general todas aquellas que conforman minorías sexuales. Lo anterior, con el objetivo de contribuir a una vida en condiciones dignas, en igualdad de oportunidades que les permitan desarrollar su proyecto de vida en ejercicio de su libertad de autodeterminación.

9.8 En Sentencia C-098 de 1996[46], la Sala Plena de esta Corporación sostuvo que se viola el principio de la igualdad real y efectiva, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de dos personas homosexuales cuando se les niega legalmente la protección a la comunidad de vida que puede formarse entre ellos, e impide que los miembros de las parejas homosexuales se reconozcan como tales.

9.9 En Sentencia C-577 de 2011, esta Corporación sostuvo que la voluntad responsable para conformar una familia o desarrollar un proyecto de vida en pareja debe ser plena en el

caso de los homosexuales como fundamento de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior. Lo anterior, como resultado de una interpretación garantista de los textos constitucionales.

En relación con el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual e igualdad de parejas del mismo sexo, esta Corporación en sede de revisión ha sostenido que “escoger una pareja o parejas hace parte de la libre opción sexual que se sustenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que si bien no es absoluto no puede tampoco de entrada limitarse en cualquier sentido, sin un ejercicio detallado de la situación particular de los implicados y la finalidad de la medida”[47].

9.10 La Ley 446 de 1998 consagra la figura de la conciliación como mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, acuerdo de voluntades que, como el que ahora es objeto de revisión, requiere la aprobación de una autoridad competente con el fin de que tenga efecto de cosa juzgada y preste mérito ejecutivo.

Así mismo, en atención a las consideraciones precedentes, se debe entender que, cuando un funcionario judicial se pronuncie sobre la aprobación o no de un acuerdo de conciliación, que implique la restricción o afectación de derechos fundamentales, pese a reflejar la voluntad de las partes que lo suscriben, recae sobre ésta autoridad referida la obligación de aplicar los principios de interpretación y de no discriminación con el fin de evitar una posible violación a la Constitución Política. Es decir, deberá aportar razones constitucionalmente válidas que expliquen ese trato jurídico distinto.

9.11 Por lo anterior, en el presente caso, la Sala de Revisión reitera que existió una vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a conformar una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la no discriminación por orientación sexual de las señoras Claudia y María, al aprobar una cláusula que obstaculizaba su convivencia en pareja, pues, desde un enfoque de la prohibición de discriminación, la referida condición carece por completo de fundamento fáctico. Nótese que ni en el texto del acta de conciliación ni en el auto que le impartió aprobación a la cláusula primera se plasma una razón o fundamento referido a la custodia y

cuidado de los menores hijos de la señora Claudia que es el asunto sometido a debate y decisión en el proceso adelantado en el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá a iniciativa o por demanda presentada por el padre de los menores.

Esa ausencia de un móvil relacionado con los menores de edad conduce a sostener que la restricción se fundamentó en la naturaleza de la relación afectiva que sostienen las accionantes, siendo ésta una razón inadmisibles a la luz del derecho a no ser discriminado por orientación sexual.

9.12 De este modo, la Sala ordenará revocar las sentencias proferidas en primera instancia por el la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015), y en su lugar, dispondrá declararla carencia actual de objeto por hecho superado.

10. Síntesis de la decisión.

10.1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional al verificar lo alegado por las señoras Claudia y María para invocar la protección de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a conformar una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la no discriminación por orientación sexual determinó que el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá al aprobar una cláusula que obstaculizaba la convivencia en pareja de las accionantes, vulneró las referidas garantías constitucionales, pues, desde un enfoque de la prohibición de discriminación, la referida condición carecía por completo de fundamento fáctico. En el texto del acta de conciliación ni en el auto que le impartió aprobación a la cláusula primera se plasmó una razón o fundamento referido a la custodia y cuidado de los menores hijos de la señora Claudia y la necesidad de imponer tal restricción.

Esa ausencia de un móvil relacionado con los menores de edad, la Sala Octava de Revisión concluyó que la prohibición de convivencia consignada en la providencia objeto de debate, se fundamentó en la naturaleza de la relación afectiva que sostienen las accionantes, siendo ésta una razón inadmisibles a la luz del derecho a no ser discriminado por orientación sexual, de allí que se hayan vulnerado los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a

la igualdad, a conformar una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la no discriminación por orientación sexual de las accionantes.

10.2 Así, en este escenario, sería procedente la protección inmediata de los derechos fundamentales de las accionantes al haberse probado que el Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá incurrió en una violación directa de la Constitución al aprobar una cláusula que obstaculizaba su convivencia en pareja, condición que carece por completo de fundamento fáctico desde un enfoque de la prohibición de discriminación por orientación sexual; sin embargo, en el trámite de revisión de los fallos de tutela, la Coordinadora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aportó copia de un acta de conciliación suscrita por la señora Claudia y el señor Jorge, donde consta que las partes acordaron suprimir la cláusula primera del acuerdo conciliatorio del 19 de junio de 2014, aprobado el 1 de julio del mismo año por el juzgado accionado, la cual contemplaba que: “la señora CLAUDIA, convivirá con los menores sola sin la señora MARIA”; con lo anterior, dicha cláusula quedó sin efecto, de modo que la señora Claudia tiene plena libertad para desarrollar su proyecto de vida con su pareja actual sin que por ello se restrinja su derecho a ejercer la custodia y cuidado de los menores[48].

Esta situación, le permite a la Sala concluir que existe una carencia actual de objeto por hecho superado en la acción de tutela presentada por Claudia y María, en cuanto desapareció la causa de la vulneración alegada. Nótese que el fundamento de la pretensión en la demanda de tutela de la referencia era dejar sin efecto la cláusula primera del acuerdo conciliatorio del 19 de junio de 2014 y aprobado el 1 de julio del mismo año por el juzgado accionado, por lo que al suprimirse dicha prohibición mediante acuerdo conciliatorio del 2 de marzo de 2016, no tiene sentido, de ser el caso, acceder a la pretensión, por lo que, una orden semejante sería ineficaz.

10.3 No existe fundamento para que el juez de tutela se pronuncie acerca de la pretensión principal relacionada con dejar sin efecto la cláusula primera del acuerdo conciliatorio del 19 de junio de 2014 y aprobado el 1 de julio del mismo año por el juzgado accionado, por cuanto dicha pretensión desapareció del mundo jurídico al ser suprimida mediante acuerdo conciliatorio del 2 de marzo de 2016, por lo que se configuró lo que la jurisprudencia ha denominado una carencia actual de objeto por hecho superado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015), por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO.

SEGUNDO.- Por Secretaría General de esta Corporación DEVUÉLVASE al Juzgado 27 de Familia de Bogotá el expediente número 1100131100212011108600, compuesto por dos cuadernos de 366 y 16 folio respectivamente, que fue remitido a este Despacho durante el trámite de revisión de la acción de tutela de la referencia.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Auto 094/17

Referencia: Sentencia T-252 de 2016

Asunto: Solicitud de reserva de nombres en la publicación de la Sentencia T-252 de 2016.

Magistrado Sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero dos mil diecisiete (2017)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9o de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y 64 del Acuerdo 02 de 2015 - Reglamento de la Corte Constitucional-, ha proferido el siguiente

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Sentencia T-252 de 2016, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional resolvió revocar los fallos proferidos en primera instancia por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), y en segunda instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015), dentro del proceso de revisión de la acción de tutela T-5.307.628; y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

2. Las accionantes en el expediente T-5.307.628 solicitaba la protección de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a conformar una familia

y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la no discriminación por orientación sexual, por cuanto en un acuerdo conciliatorio de fecha diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014), el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá aprobó una cláusula que obstaculizaba la convivencia en pareja de las peticionarias, vulnerando las mencionadas garantías constitucionales, pues, desde un enfoque de la prohibición de discriminación, la referida condición carecía por completo de fundamento fáctico.

3. Mediante derechos de petición allegados a este Despacho por la Secretaría General de esta Corporación el catorce (14) de octubre de dos mil dieciséis (2016), la parte accionante dentro de la Sentencia T-252 de 2016 solicita (i) “se modifique la versión web de la sentencia T-252 de 2016 de forma que no aparezcan nuestros nombres propios” y (ii) “se inste a los diversos medios de comunicación (ADN, tHEaRCHIPIELAGOpRESS.co, Ámbito jurídico, entre otras) a que modifiquen de la misma forma el contenido de sus paginas (sic) web de forma tal que no aparezcan nuestros nombres”.

4. Recibidas las solicitudes de reserva de nombres en la publicación de la Sentencia T-252 de 2016, se observó que dentro del presente trámite era necesario notificar debidamente a la parte accionada en la Sentencia T-252 de 2016, por cuanto lo que allí se decida podría incidir en sus intereses. Por lo anterior, mediante Auto del dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Sustanciador dispuso que, por Secretaría General de esta Corporación, se oficiará a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, juez de primera instancia dentro del proceso de tutela, para que en el término de dos (2) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, pusiera en conocimiento al accionado de las solicitudes de reserva de nombres en la publicación de la Sentencia T-252 de 2016, para que ejerciera, si ha bien lo tuviera, el derecho de contradicción.

5. Mediante oficio del veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), la Secretaría General de esta Corporación informó que el Auto del dieciocho (18) de noviembre de la misma anualidad, fue notificado por estado número 575 y comunicado a la parte interesada en oficios B-1637/16 y B-1638/16 del veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), de los cuales se anexó constancia de recibo, que la referida providencia concedió al accionado un término de dos (2) días para que ejerciera su derecho de contradicción, el cual venció en silencio.

Con base en los antecedentes anteriormente expuestos y,

II. CONSIDERANDO

1. Si bien la Corte Constitucional tiene la facultad discrecional de no hacer mención al nombre del titular de los derechos fundamentales como medida de protección para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra dentro de un proceso de tutela[49], dicho procedimiento no se consideró necesario en el caso de la referencia ni fue solicitado durante el trámite de revisión por las accionantes o su apoderado judicial.

2. Para esta Corporación procede la reserva de los nombres en sus providencias cuando la solicitud de amparo comprende aspectos íntimos de la persona, que pueden generar el deterioro innecesario de su imagen frente a sí mismo o ante la sociedad.

En Auto 522 de 2015, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, reiteró que, en algunos eventos, es procedente proteger el derecho a la intimidad de los sujetos implicados en trámites de tutela, a través de la supresión de los datos que puedan permitir su identificación en escenarios de protección de derechos de la familia[50], los niños y las niñas[51], y los adolescentes[52]; de personas intersexuales o con ambigüedad genital[53]; de personas que conviven con VIH/SIDA o enfermedades catastróficas[54], u otras afectaciones del estado de salud[55]; de la población LGBT[56], o de ciudadanos que han estado vinculados a investigaciones de naturaleza penal[57].

3. La posibilidad de modificar el texto de una providencia de la Corte Constitucional que se encuentra en firme, solo procede cuando en la transcripción de la misma se producen yerros o inconsistencias que puedan inducir a error, situación en la cual es aplicable el Artículo 286 del Código General del Proceso[58], con el único fin de efectuar su corrección[59]. Sin embargo, esta Corporación ha considerado necesario, en algunos casos, después de la publicación de la providencia respectiva, sustituir los nombres de los sujetos implicados en trámites de tutela para proteger el derecho a la intimidad, dado que con la reserva del nombre no se altera el fondo de la decisión.

4. En este caso no se pretende la modificación de una providencia en firme, sino la sustitución de los nombres de las accionantes y el nombre de uno de los accionados en la publicación de la sentencia por unos ficticios, suprimiendo los datos que los identifiquen,

con la intención de proteger su intimidad y la de su familia al publicar la providencia en la página web de la Corte Constitucional.

5. La jurisprudencia constitucional establece que “el núcleo esencial del derecho a la intimidad, supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural.”[60] En este orden de ideas, esta Corporación ha indicado que “al existir diferentes grados del derecho a la intimidad, uno de los cuales supone el secreto y la privacidad del ámbito familiar”[61], resultaría desproporcionado salvaguardar el principio de publicidad de los procesos, sobre la intimidad familiar de la parte accionante.

En la Sentencia SU-337 de 1999, la Sala Plena de la Corte Constitucional, concluyó que:

“Los procesos judiciales deben ser públicos. (...) La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia” (...) [62]

6. Aunque en el trámite de revisión de la acción de tutela de la referencia las accionantes no solicitaron la reserva de sus nombres, ni de sus datos personales al momento de interponer la acción de amparo, esta Corporación optará por una solución intermedia en el conflicto que existe entre el derecho a la intimidad y el principio de publicidad de los procesos judiciales.

Por lo anterior, la Sala Octava de Revisión ordenará que en toda publicación de la Sentencia T-252 de 2016 en la página web de la Corte Constitucional se sustituyan los nombres de las accionantes por los ficticios de “Claudia y María”. Así mismo, el nombre de uno de los accionados se deberá sustituir por el seudónimo de “Jorge”. [63]

7. La Sala Octava advierte que la Sentencia T-252 de 2016 es un documento de acceso público, el cual puede ser consultado en la página web de la Corte Constitucional, así como también a través de otras páginas web públicas pertenecientes a sistemas y bases de datos

de periódicos, bibliotecas, universidades, centros académicos, etc., razón por la cual la sustitución de los nombres y los datos de identificación de las accionantes y el accionado en el expediente T-5.307.628, que reposan en la referida providencia, y que se cuelga en la página web de la Corte Constitucional, es una medida necesaria pero no suficiente para corregir el problema señalado por las peticionarias, como quiera que dicho documento podrían continuar siendo consultado en cualquier otra página que utilice la red Internet[64].

RESUELVE:

Primero.- ORDENAR que, por la Secretaria General de esta Corporación, de manera inmediata se proceda a suprimir de toda publicación actual y futura del fallo de la referencia los nombres y los datos que permitan identificar a las accionantes de la Sentencia T-252 de 2016, y que en su lugar se sustituyan por los nombres ficticios de “Claudia y María”.

Segundo.- ORDENAR que, por la Secretaria General de esta Corporación, de manera inmediata se proceda a suprimir de toda publicación actual y futura del fallo de la referencia el nombre y los datos que permitan identificar al accionado de la Sentencia T-252 de 2016, y que en su lugar se sustituya por el nombre ficticio de “Jorge”.

Tercero.- ORDENAR a la Relatoría de esta Corporación que de manera inmediata proceda a remplazar en la página web de la Corte Constitucional la versión actual de la Sentencia T-252 de 2016 por la nueva versión que resulte de sustituir los nombres y datos que permitan identificar a las accionantes y al accionado por datos ficticios, providencia que se anexa al presente auto.

Cuarto.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se efectúe la notificación y comunicación para el cumplimiento de esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Familia, que profirió la sentencia de primera instancia en el proceso de acción de tutela instaurada por “Claudia y María” contra el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá y “Jorge”, con el fin de salvaguardar la intimidad de las accionantes y su núcleo familiar, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Auto 026/18

Referencia: Solicitud de reserva de nombres en la publicación de la sentencia T-252 de 2016.

Expediente: T-5.307.628

Magistrado Sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera y los magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y,

CONSIDERANDO:

1. En ejercicio de la acción de tutela, las señoras Claudia y María demandaron al Juzgado 4º de Familia de Descongestión de Bogotá y al señor Jorge[65], para que les fueran amparados sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a no ser separado de ella, a la dignidad y a la igualdad, en vista de que la autoridad judicial accionada impartió aprobación a un acuerdo conciliatorio que condicionaba la posibilidad de que la señora Claudia viviera con sus dos hijos menores de edad al hecho de que no hiciera vida en común con su pareja del mismo sexo –señora María–, acuerdo al cual la madre accedió presionada por la ausencia de sus hijos, en el marco del proceso de custodia y cuidado personal promovido por el señor Jorge, padre de los niños.

2. Mediante sentencia T-252 del 17 de mayo de 2016, la entonces Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional revisó el fallo del 20 de noviembre de 2015, proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, y el del 23 de septiembre de 2015, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Familia en primera instancia.

En aquella oportunidad, la Corte concluyó que la cláusula de la conciliación celebrada entre la señora Claudia y el señor Jorge, tal como fue aprobada por el juzgado accionado, en virtud de la cual se obstaculizaba la convivencia en pareja de las accionantes vulneró los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo, comoquiera que, desde un enfoque de la prohibición de discriminación, la referida condición carecía por completo de fundamento fáctico. No obstante, dado que en el trámite de revisión se logró constatar que la señora Claudia y el señor Jorge suscribieron con posterioridad otro acuerdo conciliatorio en el que suprimían la cláusula discriminatoria, se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

3. Por escrito del 14 de octubre de 2016, la parte accionante dentro de la sentencia T-252 de 2016 solicitó a la Corte que (i) “se modifique la versión web de la sentencia T-252 de 2016 de forma que no aparezcan nuestros nombres propios” y (ii) “se inste a los diversos medios de comunicación (ADN, tHEaRCHIPIELAGOpRESS.co, Ámbito jurídico, entre otras) a que modifiquen de la misma forma el contenido de sus paginas (sic) web de forma tal que no aparezcan nuestros nombres”.

Con fundamento en ello, la Sala resolvió:

Primero.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, de manera inmediata se proceda a suprimir de toda publicación actual y futura del fallo de la referencia los nombres y los datos que permitan identificar a las accionantes de la Sentencia T-252 de 2016, y que en su lugar se sustituyan por los nombres ficticios de “Claudia y María”.

Segundo.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, de manera inmediata se proceda a suprimir de toda publicación actual y futura del fallo de la referencia el nombre y los datos que permitan identificar al accionado de la Sentencia T-252 de 2016, y que en su lugar se sustituya por el nombre ficticio de “Jorge”.

Tercero.- ORDENAR a la Relatoría de esta Corporación que de manera inmediata proceda a remplazar en la página web de la Corte Constitucional la versión actual de la Sentencia T-252 de 2016 por la nueva versión que resulte de sustituir los nombres y datos que permitan identificar a las accionantes y al accionado por datos ficticios, providencia que se anexa al presente auto.

Cuarto.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se efectúe la notificación y comunicación para el cumplimiento de esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Familia, que profirió la sentencia de primera instancia en el proceso de acción de tutela instaurada por “Claudia y María” contra el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá y “Jorge”, con el fin de salvaguardar la intimidad de las accionantes y su núcleo familiar, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Lo anterior, previa advertencia de que “la sentencia T-252 de 2016 es un documento de acceso público, el cual puede ser consultado en la página web de la Corte Constitucional, así como también a través de otras páginas web públicas pertenecientes a sistemas y bases de datos de periódicos, bibliotecas, universidades, centros académicos, etc., razón por la cual la sustitución de los nombres y los datos de identificación de las accionantes y el accionado en el expediente T-5.307.628, que reposan en la referida providencia, y que se cuelga en la página web de la Corte Constitucional, es una medida necesaria pero no suficiente para corregir el problema señalado por las peticionarias, como quiera que dicho documento podrían continuar siendo consultado en cualquier otra página que utilice la red

Internet.”

5. Por petición radicada en la Secretaría General de esta Corporación el 24 de enero de 2018, la señora Claudia solicitó a la Corte Constitucional que “se modifique la versión web de la sentencia T-252 de 2016 de forma tal que no aparezcan los nombres propios de mis hijos”.

Adujo que en el texto de la sentencia se hace referencia a sus menores hijos con sus nombres propios, lo cual permite que sean individualizados y los hace susceptibles de discriminación en el colegio y en otros lugares, en razón a la difusión que ha tenido el fallo.

6. Según nuestro ordenamiento procesal[66], una vez es proferida una sentencia, la misma no puede ser reformada ni modificada por la autoridad jurisdiccional que la dictó, sin perjuicio de la posibilidad de corregir los eventuales yerros aritméticos o ante una omisión, cambio y/o alteración de palabras, siempre que el error se encuentre en la parte resolutive o incida en ella.

No obstante, “esta Corporación ha considerado necesario, en algunos casos, después de la publicación de la providencia respectiva, sustituir los nombres de los sujetos implicados en trámites de tutela para proteger el derecho a la intimidad, dado que con la reserva del nombre no se altera el fondo de la decisión.”[67]

7. Frente a solicitudes ciudadanas como la que ahora ocupa la atención de la Sala, en la cual no se pretende una modificación de la sentencia, sino la reserva de la identidad de ciertas personas mediante la supresión de los datos que facilitan su individualización, este Tribunal ha sostenido[68] que la protección de la intimidad de las personas debe ser armonizada con el principio de publicidad que debe gobernar los procesos judiciales.

8. Ahora bien: tratándose de la intimidad de niños, niñas y adolescentes, la Corte ha reconocido que se trata de sujetos de especial protección constitucional cuyos derechos prevalecen en el ordenamiento interno por expresa disposición del artículo 44 Superior, en concordancia con el principio de interés superior de los menores que vincula a todas las autoridades y a los particulares, al tenor de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006.

9. Bajo ese entendido, en reiterados pronunciamientos de esta Corporación se ha considerado que una medida adecuada para preservar los derechos a la intimidad, honra y buen nombre de los menores de edad que se encuentren involucrados en procesos judiciales es la reserva de su identidad en toda exposición pública, así como de otros datos adicionales que permitan su identificación y puedan llegar a comprometer el sosiego de los pequeños y su núcleo familiar[69], pero sin modificar la sentencia.

10. Con el propósito de garantizar el derecho a la intimidad y a la protección contra injerencias en su vida privada y familiar[70], del cual son titulares los menores hijos comunes de la señora Claudia y el señor Jorge, la Sala acogerá la solicitud de la progenitora y ordenará que se supriman en el texto de las publicaciones de la sentencia T-252 de 2016 las referencias a los nombres propios de la adolescente y el niño –los cuales serán sustituidos por los nombres ficticios Karen y Cristian, respectivamente–, así como cualquier otro dato personal que pueda permitir su identificación.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, de manera inmediata se proceda a suprimir de toda publicación actual y futura de la sentencia T-252 de 2016 los nombres de los menores hijos de los ciudadanos Claudia y Jorge (accionante y accionado dentro del expediente T-5.307.628, respectivamente), los cuales deben sustituirse por los nombres ficticios Karen y Cristian.

Segundo.- ORDENAR a la Relatoría de esta Corporación que de manera inmediata proceda a remplazar en la página web de la Corte Constitucional la versión actual de la sentencia T-252 de 2016 por una versión que sustituya los nombres reales de los menores hijos referidos, en los términos señalados en el ordinal primero de esta decisión.

Tercero.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se efectúe la notificación y comunicación para el cumplimiento de esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala de Familia–, autoridad que resolvió en primera instancia la acción de tutela instaurada por “Claudia y María” contra el Juzgado 4º de

Familia de Descongestión de Bogotá y contra “Jorge”, con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad de que son titulares los menores hijos de la accionante y el accionado, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] Folio 4 del cuaderno principal.

[2] Folio 9 del cuaderno principal. (En adelante se entenderá que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal a menos que se indique lo contrario).

[3] Folios 57.

[4] Folios 115 y 116.

[5] Ibídem.

[6] Acuerdo conciliatorio del diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014) y aprobado por el Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá mediante auto del primero (1) de julio de dos mil catorce (2014), numeral primero: “La señora Claudia, convivirá con los menores sola sin la señora María”. Folio 9 y ss.

[7] El Juzgado 27 de Familia de Bogotá envía a este Despacho el expediente

1100131100212011108600, compuesto por dos cuadernos de 366 y 16 folio respectivamente, en calidad de préstamo con el fin de que sea tenido en cuenta durante el trámite de revisión de la acción de tutela de la referencia. Folio 21 del cuaderno constitucional.

[8] Acta de conciliación de fecha 2 de marzo de 2016, suscrita ante el Centro de Conciliación del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Folio 35 del cuaderno constitucional.

[10] Acta No. 01339 del Centro de Conciliación del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, del 2 de marzo de 2016. Folio 35 del cuaderno constitucional.

[11] Sentencias T-253-12, T-895-11, entre otras.

[12] Así, por ejemplo, en la sentencia T-082 de 2006, en la que una señora solicitaba la entrega de unos medicamentos, los cuales, según pudo verificar la Sala Octava de Revisión, le estaban siendo entregados al momento de la revisión del fallo, la Corte consideró que al desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela perdía su eficacia e inmediatez y, por ende su justificación constitucional, al haberse configurado un hecho superado que conducía entonces a la carencia actual de objeto, la cual fue declarada por esa razón en la parte resolutive de la sentencia. Así mismo, en la sentencia T-630 de 2005, en un caso en el cual se pretendía que se ordenara a una entidad la prestación de ciertos servicios médicos que fueron efectivamente proporcionados, la Corte sostuvo que “si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues bajo esas condiciones no existiría una orden que impartir ni un perjuicio que evitar.” Igual posición se adoptó en la sentencia SU-975 de 2003, en uno de los casos allí estudiados, pues se profirió el acto administrativo que dejó sin fundamento la tutela del actor, por lo que la Corte estimó, sin juzgar el mérito de dicho acto, que se encontraba ante un hecho superado.

[13] Sentencia SU-540 de 2007.

[14] Entre otras, Sentencias T-1207 de 2001, T-923 de 2002, T-935 de 2002, T-539 de 2003, T-936 de 2002, T-414 de 2005, T-1038 de 2005, T-1072 de 2003, T-428 de 1998

[15] Sentencia T- 291-11.

[16] Sentencia T- 170-09, T-314-11.

[17]“Artículo 24: Prevención a la autoridad. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión”.

[18] Sentencia T-591-08 y T.-428-98, entre otras,

[19] Folio 136.

[20] Folio 35.

[21] Sentencia C-590 de 2005.

[22] Sentencia T-522 de 2001.

[23] Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

[24] Véase en Sentencia C-590 de 2005.

[25] Sentencias T-310 de 2009, T-967 de 2014 y T-704 de 2012, entre otras.

[26] Sentencias T-704 de 2012, T-310 de 2009 y T-555 de 2009, entre otras.

[27] Caso en el cual también se incurriría en la causal por desconocimiento del precedente. Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-292 de 2006, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993.

[28] Sentencias T-704 de 2012, T-199 de 2005, T-590 de 2009 y T-809 de 2010.

[29] Ver entre otras, T-522 de 2001 y T-685 de 2005.

[30] SU-918 de 2013.

[31] Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

[32] Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-114 de 1999.

[33] Artículo 66 de la Ley 446 del 7 de julio de 1998.

[34] Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 23, 28, 30, 35 y 39 (parciales) de la Ley 640 de 2001.

[35] Resolución 5878 de 2010 por medio del cual se aprueba el Lineamiento Técnico para Comisarías de Familia.

[36] Artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

[37] Artículo 1742 del Código Civil.

[38] Sentencia T-500 de 1993.

[40] Sentencia del 24 de febrero de 2012.

[41] A solicitud de la Comisión Interamericana y de los representantes, se reservó la identidad de las tres hijas de la señora Karen Atala Rizzo, a quienes se identificará con las letras “M., V. y R.”

[42] Cfr. Sentencia T-575 de 2002.

[43] Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.

[44] Folio 136.

[45] Sentencias T-704 de 2012, T-199 de 2005, T-590 de 2009 y T-809 de 2010.

[46] Por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990.

[47] Sentencia T- 559 de 2013.

[48] Acta No. 01339 del Centro de Conciliación del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, del 2 de marzo de 2016. Folio 35 del cuaderno constitucional.

[49] Sentencia T-856 de 2007.

[50] El primer antecedente se dio en la Sentencia T-523 de 1992, en cuyo resolutivo quinto, la Sala Primera de Revisión decidió, “[e]n guarda de la intimidad de la familia en cuestión, ORDENAR que en toda publicación de esta providencia se omitan sus nombres”. Los temas analizados en esa oportunidad fueron la familia en la Constitución de 1991, el derecho del niño a tener una familia, el régimen de visitas y los derechos de la madre. Dicha medida de protección a la intimidad de la familia también fue adoptada en las Sentencias T-442 de 1994 y T-420 de 1996. Asimismo, puede consultarse la Sentencia T-196 de 2015, entre otras.

[51] Al respecto, consultar la Sentencia T-510 de 2003. Asimismo, pueden consultarse las Sentencias T-439 de 2009, T-887 de 2009, T-196 de 2015, entre otras.

[52] Ver la Sentencia T-220 de 2004. En esa ocasión para proteger los derechos de una adolescente en el ámbito educativo, la Sala Séptima de Revisión decidió “ABSTENERSE de mencionar en el texto de [la] providencia, el nombre de la menor involucrada en los hechos del presente asunto, con el fin de salvaguardar su intimidad”.

[53] Ver las Sentencias T-504 de 1994, T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 de 2000 y T-1025 de 2002.

[54] Ver las Sentencias T-618 de 2000, T-526 de 2002, T-982 de 2003, T-436 de 2004, T-856 de 2007 y T-509 de 2010. En la Sentencia T-509 de 2010 la Sala Segunda de Revisión, precisó que “por tratarse de un proceso relacionado con un problema de salud sexual, cual es que una persona sea portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH-SIDA), y con la finalidad de amparar las garantías constitucionales de que son titulares el

actor y su familia, se protegerá su derecho fundamental a la intimidad y por ello, durante el presente trámite de revisión se tomarán medidas orientadas a impedir su identificación por cualquier medio, pues además de corresponder a una expresa petición del accionante, se advierte, que se trata de un tema de impacto en la opinión pública, susceptible de desencadenar efectos sensacionalistas en los medios de comunicación y de conducir al rechazo y discriminación del actor y su familia”.

[55] Ver la Sentencia T-205 de 2002. También pueden ser consultadas las Sentencias T-810 de 2004 y T-310 de 2010. En la Sentencia T-810 de 2004, la Sala Cuarta de Revisión planteó: “Debido a la naturaleza del asunto bajo examen, en el texto del presente fallo serán realizadas alusiones explícitas al estado de salud y a las dolencias físicas que padece el soldado retirado hijo del actor. Como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la información sobre las afecciones de la propia salud hacen parte de la vida privada del individuo y, por ello, no pueden constituirse en datos del dominio público. Por tanto, se protegerá el derecho a la intimidad del afectado y, en consecuencia, en el ejemplar de esta sentencia destinado al conocimiento general serán omitidas las referencias que permitan dilucidar su identidad, las cuales serán remplazadas por el nombre ficticio Miguel”. También puede ser consultada la Sentencia T-310 de 2010.

[56] T-1033 de 2008. En dicho fallo, se expresó: “como quiera que en el presente caso la materia objeto de tutela compromete derechos y libertades de la esfera más íntima de la persona, como es su identidad sexual, la Sala Cuarta de Revisión suprimirá de la presente providencia los datos que permitan identificar al accionante y ordenará la absoluta reserva del expediente que será devuelto al juzgado de origen, de suerte que sólo pueda ser consultado por las partes específicamente afectadas con la decisión adoptada, esto es, por el accionante y la Registraduría Nacional del Estado Civil, autoridad que se encuentra obligada a mantener y proteger la confidencialidad decretada”. La misma línea fue seguida en las Sentencias T-977 de 2012 y T-086 de 2014.

[57] Ver, entre otras, la Sentencia T-277 de 2015.

[58] Reza el artículo 286 del Código General del Proceso: “Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte,

mediante auto. || Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. || Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.

[59] Ver el auto 054 de 2001, a través del cual se corrige la Sentencia T-029 de 2001.

[60] Sentencia T-504 de 1994.

[61] Auto 213 de 2012.

[62] Sentencia SU-337 de 1999.

[63] La Sala Octava de Revisión decide cambiar los nombres e identificación real de las partes por datos ficticios para facilitar la lectura de la providencia y la comprensión de los hechos que dieron lugar a la sentencia de la referencia. Al tratarse de nombres ficticios, éstos se escribirán en letra cursiva y no se usarán apellidos.

[64] Ver autos 286 de 2010 y 134 de 2011.

[65] Los verdaderos nombres de las promotoras de la acción de tutela, así como el del ciudadano demandado, han sido modificados por unos ficticios para proteger su identidad, por expresa solicitud de los interesados.

[66] Artículo 285 del Código General del Proceso, inc. 1º

[67] Auto 094 de 2017, M.S.: Alberto Rojas Ríos

[68] Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

[69] Cons. sentencias T-510 de 2003, T-551 de 2006, T-973 de 2011, T-260 de 2012, T-453 de 2013 y T-119 de 2016, entre otras.

[70] Artículo 33 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”