

T-444-14

Sentencia T-444/14

DERECHO A LA PRIVACIDAD/DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES/DERECHO A LA NO DISCRIMINACION-Caso en que la Procuraduría General recolectó información sobre las solicitudes de formación y de matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo

La Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la información ni a la intimidad de una persona cuando accede a datos personales sensibles derivados de datos personales no sensibles, conocidos por ser parte de un proceso judicial, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. La Sala llega a dos conclusiones. (1) La Procuraduría General de la Nación no ha buscado o indagado directamente acerca de la orientación sexual de las personas que han solicitado casarse con alguien de su mismo sexo, así como tampoco ha dado tratamiento a esta información como un dato relevante. (2) La información recolectada por la Procuraduría General de la Nación sí permite inferir que las personas que hacen parte de aquella base de datos tiene una orientación sexual diversa, lo cual es un dato acerca 'de la vida sexual' y, en tal medida, un dato sensible en los términos de la Ley estatutaria (Ley 1581, art. 5°). La Procuraduría General está ejerciendo las competencias constitucionales y legales para cumplir con sus deberes de defensa del ordenamiento jurídico, en especial de los derechos fundamentales, al intervenir en los trámites de las solicitudes presentadas con ocasión de la aplicación de la sentencia C-577 de 2011. En tal medida, no violó el orden constitucional vigente al haberla recolectado. A continuación, pasa la Sala a analizar cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado a los datos sensibles recolectados, para determinar si allí, como lo alega la acción de tutela, existe un desconocimiento de sus garantías constitucionales.

DERECHOS A LA INTIMIDAD, A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION DE LA ACCIONANTE Y SU PAREJA DEL MISMO SEXO-Vulneración al incluir datos personales en base de datos de la Procuraduría General de la Nación para hacer valer a través de directrices de carácter general interpretación de la sentencia C-577/11

La Procuraduría puede afectar los derechos de las personas si recauda y tramita sus datos dentro de un esquema orientado a hacer prevalecer una determinada lectura del

ordenamiento jurídico

EVALUACION DE LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS DE TRATAMIENTO DE LA INFORMACION POR PARTE DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

La Sala de Revisión considera que la Procuraduría General de la Nación, en términos generales y según la información aportada al proceso, ha respetado los principios que inspiran el manejo de la información (Ley 1581 de 2012, art. 4°). El problema que se presenta se refiere en concreto a la finalidad que se busca. Aunque este principio en un primer momento parece estar siendo observado, como se mostrará posteriormente, es parcialmente desconocido por la Procuraduría General de la Nación

PRINCIPIO DE FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS

De acuerdo con el propósito que busca la Procuraduría General de la Nación, se estaría cumpliendo también el principio de finalidad del tratamiento de los datos, según el cual la finalidad que se busque debe ser 'legítima de acuerdo con la Constitución y la ley'. En el presente caso la Procuraduría busca defender el cumplimiento de una decisión judicial, que supone la protección de derechos fundamentales, y lo hace mediante sus facultades de intervención en los procesos judiciales. Por ahora, baste decir que la finalidad presentada por la Procuraduría es legítima a la luz de la Constitución Política, en términos generales, sin perjuicio de las precisiones que se efectuarán más adelante en relación con los límites que, en virtud del principio de finalidad, se imponen al uso de la información recolectada

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LOS DATOS Y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Ha sido respetado, aunque no se haya obtenido el consentimiento previo, expreso e informado de la accionante y de su pareja, por cuanto se trata de una de las excepciones legales

La Procuraduría General también ha respetado el principio de libertad de los datos, aun cuando no haya obtenido el consentimiento previo, expreso e informado de la accionante y de su pareja, por cuanto se trata de una de las excepciones contempladas por la ley. Además de las consideraciones del apartado anterior de la presente sentencia, debe indicarse que dentro de los casos en los que no se considera necesaria la autorización se encuentra la 'información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales', los 'datos de naturaleza pública' y los 'datos relacionados con el

Registro Civil de las Personas'. En tal medida, que la Procuraduría General de la Nación recolecte los nombres de las parejas de las personas que han presentado ante notarios solicitudes con fundamento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011 no es, en principio, un acto contrario a la Constitución Política

PRINCIPIO DE VERACIDAD DE LOS DATOS Y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Los datos tratados por la Procuraduría General de la Nación parecen prima facie haber respetado el principio de veracidad. Sobre esta cuestión, tampoco hay reclamo alguno. De hecho, el problema que expone la demandante es que se están recopilando datos sensibles ciertos tanto de ella, como de su pareja y de otras que han solicitado la aplicación de lo resuelto en el numeral 5º de la sentencia C-577 de 2011

La Sala de Revisión valora positivamente que la Procuraduría General de la Nación ha respetado plenamente el principio de transparencia de tratamiento de datos. Nunca ha ocultado que está recolectando la información en cuestión, ni los motivos por los cuales lo hace. Al considerar que actúa con base en sus competencias, así lo establece expresamente y por escrito en una Circular que publicita mediante una rueda de prensa ante medios masivos de comunicación. En otras palabras, la Procuraduría recolecta la información en cuestión de manera unilateral, con base en sus competencias y funciones, pero da a conocer a la opinión pública en general que lo está haciendo. De esta manera, si bien la accionante y su pareja no consintieron previamente que sus datos fueran recogidos, sí pudieron enterarse que ello estaba ocurriendo así. Adicionalmente, la Procuraduría ha demostrado transparencia al dar a conocer el tipo de información que ha recolectado y la manera en que lo ha hecho. La organización Colombia Diversa, dedicada a la protección y promoción de los derechos de las personas que hacen parte de la comunidad LGTBI, fue informada de manera amplia y concreta acerca del tratamiento que se daba a los datos recolectados por la Procuraduría

PRINCIPIO DE ACCESO Y CIRCULACION RESTRINGIDA DE DATOS POR LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

El acceso de la información parece haber respetado también el principio de acceso y circulación restringida. La base de datos en cuestión no se ha puesto en internet ni se ha divulgado de forma abierta e indiscriminada. El reclamo de tutela no considera que la

Procuraduría General de la Nación esté divulgando la información en cuestión. De los hechos narrados por las partes, tampoco puede considerarse lo contrario. La entidad ha recolectado la información para permitir que centralmente se maneje la política trazada por la entidad de control. La única ocasión de la cual tiene noticia esta Sala en la que se haya dado a otra persona, es a la organización Colombia Diversa, entidad que lo hacía en representación y en defensa de los derechos de la accionante, de su pareja y, en general, de las personas de orientación sexual diversa. En otras palabras, no sólo se ha informado pública y ampliamente que los datos estaban siendo recolectados, también se ha indicado que lo estaba haciendo cuál era el tratamiento dado. De hecho, el haber dado la información a la organización Colombia Diversa está amparado por la propia ley estatutaria, como se indicó previamente.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD DE LOS DATOS POR PARTE DE PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Tampoco existen hechos o evidencias de que la Procuraduría haya desconocido el principio de seguridad. No obstante, tampoco existe evidencia de que la Procuraduría esté tomando medidas especiales y suficientes dado el tipo de información de la cual se trata. Esta Sala considera necesario advertir que, dada la importancia del tema y los riesgos que existen de discriminación y agresión contra personas de la comunidad LGTBI, es necesario que la Procuraduría General de la Nación dé el mejor tratamiento posible a la información recolectada, en términos de seguridad. Algunos datos recientes parecen demostrar que, a medida que se avanza en la garantía del goce pleno y efectivo de los derechos fundamentales a las personas de orientación sexual diversa, la violencia y agresión social en contra de estas personas crece

INFORMACION SOBRE ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS QUE GUARDE LA PROCURADURIA GENERAL-Debe tomar medidas adecuadas y necesarias para que información de la accionante y su pareja, y demás personas incluidas en base de datos se guarde en condiciones de seguridad

Puede alegarse en gracia de discusión que la información sobre el estado civil de las personas es pública y que, por tanto, puede ser agrupada y tratada sin mayores restricciones o precauciones en materia de seguridad. Sin embargo, existen razones

poderosas para descartar esta posición. En primer lugar, la base de datos en conjunto es distinta a cada uno de los datos que la conforman. Es decir, si bien los datos del registro civil de una persona son de carácter público y pueden ser empleados por autoridades y consultados por el público en general, el tratamiento de las bases de datos sobre registros civiles no tiene la misma condición. En especial si se trata de una base de datos en la que, por la manera en que los datos han sido recogidos, brindan más información de la que en principio debería dar, en este caso acerca de la orientación sexual de las personas, que en casos como el presente va estrechamente asociada al tratamiento de otro dato (el estado civil), que tiene carácter público. En tal medida, la Procuraduría General de la Nación debe tomar las medidas adecuadas y necesarias para que la información de la accionante y de su pareja, así como del resto de personas incluidas en la base de datos acerca de solicitudes presentadas por parejas de personas del mismo sexo con fundamento en lo dispuesto en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, se guarde en las condiciones de seguridad que corresponda. Deberán tomarse medidas que reduzcan la amenaza de que la información sea filtrada o mal utilizada. Así, por ejemplo, podrán tomarse medidas como suprimir los nombres propios de las personas o los números de los juzgados correspondientes, de tal manera que la Procuraduría pueda cumplir sus cometidos, según las políticas que la propia entidad ha adoptado, sin que se exponga la identidad de las personas y sin que se permita individualizarlas. Que la información contenida en la base de datos no deje identificar de forma precisa cuáles son las personas que hacen parte de la misma, permite conciliar los intereses en conflicto.

PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LA PROCURADURIA GENERAL

La Procuraduría General de la Nación tampoco ha sido acusada de violar el principio de confidencialidad para el tratamiento de datos personales. La información recogida por la Procuraduría no está en una base de datos que esté expuesta al público y no hay razones para pensar que ello dejará de ser así, cuando la información ya no se requiera

PRINCIPIO DE FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN CASOS DE PAREJAS CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO QUE CONSTITUYEN FAMILIA- Sentencia C- 577/11

A primera vista la Procuraduría General de la Nación estaría cumpliendo el principio de finalidad por cuanto se busca defender el cumplimiento de una decisión judicial, que supone la protección de derechos fundamentales, y lo hace mediante sus facultades de intervención en los procesos judiciales (la sentencia C-577 de 2011). El objetivo que busca la Procuraduría es defender la interpretación concreta y específica que hace la entidad de la mencionada sentencia, posición jurídica según la cual las parejas de personas del mismo sexo no pueden formalizar y solemnizar su vínculo contractual a través de la aplicación analógica del artículo 113 del Código Civil. Ahora bien, para evaluar de qué manera el uso de la información recolectada, orientado al propósito ya mencionado, resulta o no compatible con el principio de finalidad, es preciso referirse a lo decidido por la Corte en la sentencia C-577 de 2011, cuya interpretación está en el origen de la presente controversia

PRINCIPIO DE FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN CASOS DE PAREJAS CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO QUE CONSTITUYEN FAMILIA- Circular No. 013/13 de Procuraduría General/DERECHOS A LA INTIMIDAD, A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION Y ACCESO A LA JUSTICIA-Los derechos de la demandante y su pareja (una persona del mismo sexo), podrían verse afectados al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer valer interpretación única y específica del resolutivo 5 de sentencia C- 577/11

La Procuraduría General de la Nación podría llegar a afectar por vía general los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer valer, a través de directrices de carácter general respaldadas por el uso del poder disciplinario, una interpretación única y específica de una sentencia en la que, por el contrario, la Corte determinó la existencia de un déficit de protección para las parejas del mismo sexo en lo que respecta a las vías jurídicas de las que disponen para formalizar y solemnizar su unión, pero no determinó la manera en que el legislador debe remediar tal situación de infraprotección o, en su defecto, los jueces y notarios proceder a formalizar de manera solemne los vínculos entre parejas del mismo sexo que así lo soliciten. El uso específico que la Procuraduría hace de la información contenida en esta base de datos constituye una violación parcial del principio de finalidad del tratamiento de los datos, pues aunque es válido que se quiera emplear esa información para hacer cumplir una

decisión de constitucionalidad y hacer valer los derechos fundamentales de las personas, no es válido que aquella información se utilice para (i) imponer a través de directrices de carácter general una determinada lectura de la sentencia C-577 de 2011, tratando de dar a la misma fuerza general obligatoria; a la vez (ii) sugerir que se podría usar el poder de vigilancia y control en contra de aquellas personas que puedan desatender tal posición. Estos medios de intervención afectan las competencias y la autonomía e independencia institucional de quienes desempeñan funciones judiciales (arts. 228 y 230 CP) y, en consecuencia, amenazan el derecho de acceso a la justicia de la accionante y de su pareja y demás personas que, en igual situación, demandan el reconocimiento formal y solemne de su vínculo familiar

SOLICITUDES QUE CON FUNDAMENTO EN RESOLUTIVO 5 DE SENTENCIA C-577/11 SEAN HECHAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO-Funcionarios públicos tienen facultad de resolverlas/PROCURADURIA GENERAL-Debe abstenerse de imponer por vía general una determinada lectura de la manera en que Notarios y Jueces deben cumplir con lo ordenado en resolutive 5 de sentencia C- 577/11

De igual manera, se declarará que los funcionarios judiciales tienen la facultad de resolver las solicitudes que, con fundamento en lo dispuesto en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, les son sometidas a su consideración por parejas de personas del mismo sexo, en condiciones de autonomía e independencia institucional y funcional, y con arreglo a lo previsto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia. Por último, se hará un llamado a la Procuraduría General de la Nación para que se abstenga de imponer por vía general una determinada lectura de la manera en que notarios y jueces deben cumplir con lo ordenado en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, a fin de evitar que se coarte el margen de autonomía que la Constitución y la ley atribuye a estos funcionarios para interpretar y aplicar el derecho

Referencia: Expediente T-4236830

Acción de tutela de Sandra Marcela Rojas Robayo contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de tutela del nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013) de la Subsección 'A' de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Dos.[1]

I. ANTECEDENTES

Sandra Marcela Rojas Robayo, mediante apoderada, en nombre propio e invocando la calidad de cónyuge de Adriana Elizabeth Sanabria y como agente oficioso de esta, presentó acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación por considerar que esta entidad ha violado sus derechos a la privacidad y a la protección de los datos personal, al haberse valido de sus facultades constitucionales y legales para solicitar de 'forma arbitraria información' acerca de ellas. La accionante funda su solicitud en los siguientes hechos.[2]

1. Hechos

1.1. En virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, y teniendo en cuenta que al veinte (20) de junio del dos mil trece (2013) el Congreso no había expedido la legislación para que las parejas del mismo sexo pudieran acudir a los juzgados o notarías para solemnizar su unión, La accionante y su pareja presentaron solicitud de matrimonio. La ceremonia se celebró el cuatro (4) de octubre de dos mil trece (2013).[3]

1.2. Posteriormente, con fundamento en la circular 013 de dos mil trece (2013), que establece directrices, recomendaciones y peticiones en relación con el resuelve quinto de la

sentencia C-577 de 2011,[4] la Procuradora Delegada para asuntos civiles, Gladys Virginia Guevara Puentes, solicitó a los procuradores regionales judiciales y provinciales, “[...] se sirvan remitirle semanalmente i) el número de solicitudes de matrimonio presentadas, ii) el número de solicitudes de uniones contractuales solicitadas y iii) copia de cada una de las solicitudes de matrimonio o unión solemne.”. En el mismo sentido, la Procuradora Delegada para la Infancia, la Adolescencia y la Familia, ha requerido información sobre el mismo asunto.

En particular, las circulares y demás comunicaciones expedidas por la Procuraduría General de la Nación que la accionante estima lesivas de sus derechos fundamentales son: (i) la Circular N° 013 de 2013, denominada ‘Directrices, Recomendaciones y Peticiones en relación con el cumplimiento del resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011’; (ii) la Circular N° 001 del tres (3) de julio de dos mil trece (2013), sobre las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo o peticiones de solemnización de su vínculo contractual, expedida por la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles, Gladys Virginia Guevara Puentes, y dirigida a los Procuradores regionales, judiciales y provinciales[5]; (iii) la Circular Número 002 de del veintidós (22) de julio de 2013, expedida por la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, en la que se modificó el literal (b) de la información solicitada en la circular anterior, de la siguiente manera: “[b)] Número de peticiones para solemnizar y legalizar el acto jurídico contractual existente, radicadas ante las Oficinas de Reparto, Centros Administrativos y/o Juzgados Civiles del Circuito por personas del mismo sexo”.[6]; (iv) el Memorando N° 018 de julio 24 de 2013, por el cual la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, solicitó a las “Procuradoras(es) regionales, Procuradoras(es) provinciales y Procuradoras(es) judiciales familia” que remitieran la información y las copias relacionadas con las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo y/o peticiones de solemnización de su vínculo contractual que hayan sido presentadas en las oficinas de reparto, centros de servicios judiciales y administrativos, juzgados civiles del circuito, juzgados civiles municipales o juzgados promiscuos municipales, advirtiendo que la información se requería, a más tardar, el treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013).[7]

2. Fundamentos y solicitud

La accionante considera que “[la] solicitud hecha por la Procuradora Delegada a los procuradores regionales, judiciales y provinciales de remitir la copia de las solicitudes de matrimonio presentadas por parejas del mismo sexo, es una intromisión arbitraria en la intimidad de las parejas que no tiene ningún tipo de sustento en las funciones de vigilancia y control que ejerce esa entidad. Como pasaremos a mostrar, la información solicitada es clasificada como ‘dato sensible’, a la que no se puede acceder sin previa autorización del titular de los mismos.”

2.1. En primer lugar, se indica que la acción de tutela es el medio idóneo para solicitar la protección del derecho de habeas data en el presente caso, por no existir “otra vía jurídica que de manera efectiva ponga fin a la vulneración y el riesgo que existe en el tratamiento que hace la Procuraduría de [sus] datos personales”, y porque así lo ha señalado la jurisprudencia en el pasado, con relación a los reclamos respecto a estos derechos constitucionales.[8]

2.2. Fundándose en los parámetros fijados por la Ley de Habeas Data (Ley 1581 de 2012), la acción de tutela sostiene que la información solicitada por la Procuraduría General de la Nación viola el derecho al habeas data, en los siguientes términos:

“[...] resulta pertinente para el particular precisar que la orientación sexual puede ser considerada como un dato sensible [...]. Como ha sido reconocido por la Corte Constitucional, la orientación sexual es un criterio sospechoso, es decir, es un rasgo que ha sido utilizado históricamente para fundamentar tratos discriminatorios (ver entre otras, sentencia C-577 de 2011, T-428 de 2012, T-909 de 2011). En consecuencia, cualquier trato o medida que se fundamente en la orientación sexual se reputa, en principio, discriminatorio, a menos que supere un escrutinio estricto de constitucionalidad. En vista de esto, se puede concluir que la orientación sexual hace parte de la lista de los datos sensibles del artículo 5° de la Ley 1581 de 2012 ya que puede generar discriminación y dicha lista, como lo ha precisado la Corte Constitucional, no es taxativa sino meramente enunciativa (sentencia C-748 de 2011).

Para resumir, tenemos que los datos personales deben tener un tratamiento especial por parte de quienes los manipulen, particularmente si se trata de datos sensibles como la orientación sexual. Por lo tanto, el tratamiento de este tipo de dato requiere especial

cuidado por parte de quien lo manipule pues de no hacerse con el debido cuidado además de vulnerar el derecho fundamental al habeas data, puede constituir un trato discriminatorio. En tal sentido, el tratamiento de este dato i) debe obedecer a una utilidad amparada jurídicamente, ii) debe contar con la autorización del titular y de tener otras finalidades, iii) debe proteger la identidad.”

2.3. La accionante considera que al estar protegido del derecho a la intimidad, “las interferencias relacionadas con la orientación sexual se encuentran proscritas y el Estado debe proteger esta esfera de los individuos [...] aspectos íntimos de las personas deben ser dejados a su libre arbitrio, descartando cualquier interferencia de terceros o del Estado.” A su parecer, se trata de un derecho que no sólo protege a las personas en tanto tales, sino también en tanto miembros de una familia. Se alega que según la jurisprudencia (sentencia T-787 de 2004) se deben atender los principios de libertad (según el cual los datos personales de un individuo solo pueden copiarse o divulgarse con su consentimiento libre, previo y expreso, a menos que el ordenamiento ordene develarlos) y de finalidad (que exige que la recopilación y divulgación de datos responda a una finalidad constitucionalmente legítima), además de los principios de necesidad, de veracidad y de integridad. Por ello se afirma que “[...] la Procuradora delegada para asuntos civiles en aras de proteger el derecho a la intimidad en el uso de datos personales, debió obtener el consentimiento de los titulares de la información y en segundo lugar, debió justificar el fin que perseguía al recopilar dicha información. [...] ninguno de estos principios fue respetado en el caso particular.”

2.4. La acción de tutela considera que los parámetros expuestos llevan a concluir que en el presente caso se violaron los derechos constitucionales alegados. Se dice al respecto:

“La solicitud de la Procuradora delegada recae sobre datos que hacen parte de nuestra esfera personal e íntima, esto es, nuestra orientación sexual y aspectos relativos a nuestro núcleo familiar, frente a los cuales no hemos dado ninguna autorización de divulgar. En primer lugar, al pedir la copia de cada una de las solicitudes de matrimonio realizado por parejas conformadas por personas del mismo sexo y hacer pública de manera arbitraria, nuestra orientación sexual, la Procuraduría debió haber dado un tratamiento particular en virtud de la naturaleza de los datos situación que no fue tomada en cuenta. La protección de nuestros datos personales en general y, en particular, de nuestra orientación sexual, hace

parte de la esfera de contenido del derecho al habeas data y la intimidad y en consecuencia exige el respeto por parte del Estado, en este caso, de la Procuraduría General de la Nación y sus delegadas. || En el mismo sentido, los datos contenidos en la solicitud de matrimonio que pide la Procuraduría en su circular, a saber, la información personal de allegados a nuestro núcleo familiar como son los testigos de matrimonio desconoce nuestro derecho a la intimidad familiar. La vulneración que alegamos se sustenta en que no es claro cuál es el interés de la Procuraduría en obtener la información consignada en la solicitud de matrimonio que incluye i) nombres e identificación de los contrayentes y los testigos; ii) registro civil de los contrayentes donde reposa información personal de sus padres y iii) copia de los documentos de identidad.”

Para la accionante, se trata de datos sensibles que no pueden considerarse públicos.[9] Por tanto, la Procuraduría ha debido cumplir con los requisitos para el tratamiento de datos personales de naturaleza sensible, lo cual, a su parecer, no se hizo. La Procuraduría, sostiene, excedió sus competencias “y no ofreció garantía a los derechos por su evidente animadversión en contra de las parejas del mismo sexo”.

2.4.1. La acción de tutela sostiene que la Procuraduría no demostró que busca una finalidad justificada constitucionalmente al solicitar la información en cuestión;[10] no solicitó autorización y tampoco,[11] suponiendo que tuviera fines históricos o estadísticos, se pidió la reserva de identidad de las personas.[12]

2.4.2. Con relación a la actividad desarrollada por la Procuraduría General de la Nación en sus funciones, la tutela se pronunció en los siguientes términos,

“Las facultades de la Procuraduría se encuentran en el ámbito de la vigilancia y el control de la función pública, orientada particularmente a la protección de los derechos de todos y todas las colombianas y colombianos. A pesar de ello, la recolección de datos relacionados con las solicitudes de matrimonio pone en riesgo los derechos de un grupo específico de la población del cual hacemos parte, esto es, la población LGBTI y evidencia un objetivo contrario a la protección de nuestros derechos, pues la actuación de la procuraduría ha estado dirigida a atacar los matrimonios celebrados por personas del mismo sexo. || [...] lo que se observa es que la finalidad a la que responde dicha recolección de información busca atacar a las familias conformadas por parejas del mismo sexo en lugar de

protegerlas, como fue la exhortación hecha por la Corte Constitucional. Mediante el uso de un mecanismo masivo, indiscriminado y centralizado, la Procuraduría realiza una búsqueda activa de información personal de un grupo históricamente discriminado, la población LGBTI, frente a la cual no ofrece ningún tipo de protección de los datos recogidos al desconocer, como se vio previamente, todas las condiciones necesarias para salvaguardar los derechos a la intimidad y el habeas data. La recolección de un dato sensible que caracteriza a un grupo históricamente discriminado es propia de regímenes autoritarios, redundando en un ejercicio desproporcionado de las competencias de la Procuraduría y además, resulta muy peligroso por el riesgo de acciones discriminatorias que pueden ser ejercidas en contra de estas personas tal y como la historia lo ha demostrado.”

“Los datos solicitados permiten hacer un mapeo del grupo poblacional pues se tiene acceso a nombres completos, identificaciones, allegados y direcciones de residencia. Esta información puede ser tratada de manera indiscriminada y datos personales y sensibles, además de caracterizar a un grupo históricamente discriminados, pueden ser usados y difundidos a través de medios masivos de comunicación, como ha ocurrido cuando la Procuraduría interpone alguna acción en contra de los matrimonios celebrados y dentro de la información de la pieza de noticias publicada en diferentes medios aparecen datos personales de los contrayentes. Entonces, al solicitar información que i) permite caracterizar e identificar un grupo históricamente discriminado a partir de un criterio sospechoso como la orientación sexual y ii) al no garantizar la protección de los derechos a la intimidad por el inadecuado manejo de datos personales, la Procuraduría pone en riesgo y vulnera nuestros derechos a la intimidad individual, familiar y el habeas data. || Además de los riesgos para nuestros derechos que se dan por el ilegítimo e inadecuado manejo de nuestros datos personales, varias actuaciones de la Procuraduría dejan ver que la finalidad de la recolección de los datos relacionados con las parejas del mismo sexo que solicitan unirse en matrimonio, está dirigida a atacar estas uniones e impedir que le sea reconocido civilmente, su estatus de familia constituida por el contrato de matrimonio. Así, la Procuraduría ha interpuesto acciones de tutela en contra de estas uniones, o ha coadyuvado otras acciones que también buscan desproteger a las personas LGBTI que deciden unirse por medio del matrimonio con fundamento en la sentencia C-577 de 2011. Contrario a sus funciones, la Procuraduría en lugar de propender por la figura que mejor protege los derechos de las parejas del mismo sexo, emprende acciones para desprotegerlos y reforzar una situación discriminatoria y de déficit de protección.”

“El accionar de la Procuraduría en contra del matrimonio igualitario también se evidencia en las distintas estrategias que ha articulado para oponerse a estos, donde un componente es la solicitud de información sobre las parejas que han presentado las solicitudes. Partiendo de esto, resulta aún más claro que la solicitud hecha por la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles es ilegítima y además pone en riesgo y desconoce nuestros derechos fundamentales.”

“En suma, en el presente caso la Procuraduría solicitó la información sobre las solicitudes de matrimonio o unión solemne presentadas por parejas conformadas por personas del mismo sexo lo que haría público un dato íntimo, personal y sensible de nosotros y nuestros allegados como lo es nuestra orientación sexual. Al tratarse de esta información, la Procuraduría debió haber tomado medidas especiales relacionadas con pedir nuestro consentimiento para dar esa información, justificar el fin de dicha solicitud e informarnos qué tipo de tratamiento le darían a estos datos. Esto debió haberse dado de manera particular y expresar a cada una de las parejas, incluyéndonos, lo cual al menos en nuestro caso, nunca sucedió. En vista de esto, nuestros derechos al habeas data es una situación que nos genera temor ya que como hemos señalado, puede hacerse pública y pueden generarse situaciones de discriminación en nuestra contra.”

2.5. Como manera de proteger los derechos invocados y evitar las violaciones actuales y futuras, se presentan las siguientes solicitudes,

“1. Que se le ordene a la Procuraduría retirar de sus bases de datos toda nuestra información personal y todos los documentos relacionados con nuestro trámite de matrimonio civil y prevenirla de que no podrá volver a recaudar dicha información sin nuestro consentimiento expreso.

2. Que de manera provisional y para impedir que continúe la vulneración de los derechos mencionados, se suspenda la ejecución de la circular 01 de la Procuraduría delegada para asuntos civiles, hasta tanto no se decida la presente acción.

3. Que de verificarse la vulneración o amenaza de derechos, se ordene a la Procuraduría General que deje sin efectos la circular emitida por la delegada para asuntos constitucionales.

4. Que el señor juez exhorte a la Procuraduría para que en lo futuro se abstenga de solicitar información que pueda poner en riesgo los derechos de las personas con orientación sexual diversa.”

3. Respuesta de la entidad demandada

3.1. Por medio de apoderado, en primer término, la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda,[13] de la siguiente manera,

“[...] la demandada no cuenta con una base de datos que se considere puede llegar a afectar el interés de la familia, ya que al margen de que se trate o no, de asuntos relativos a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, por encima del interés individual de las personas se encuentra el superior que distingue justamente a la institución familiar. || La información que recopila la Procuraduría General de la Nación la realiza de conformidad con las facultades que le asiste al tenor del artículo 277 de la Carta Política y el uso que de la misma realiza se efectúa con un carácter institucional que busca cumplir lo estipulado en la misma norma [...]. || En el sentido expresado, el ejercicio propio de las facultades que le asisten a la Procuraduría no puede ser objeto de acción de tutela, en cuanto le compete en materia del niño, el adolescente, la mujer, el mayor adulto y la familia, una amplia gama de funciones que por mandato constitucional debe cumplir y respecto de la cual doctrina y la jurisprudencia se ha ocupado de analizar; motivo por el cual mal puede aducir que puede poner en riesgo a las personas con orientación sexual diversa a la heterosexual.

Al respecto, el Banco Interamericano de Desarrollo con la consultoría de Fajardo Abogados - Deloitte, bajo la dirección del doctor Miguel Fernando Córdoba Angulo y su grupo de investigadores, han explicado que la intervención relacionada supone

‘[...] velar por el cabal cumplimiento de los múltiples convenios que la República de Colombia ha suscrito así como los tratados bilaterales, acuerdos y protocolos, como también sobre la protección y garantías fundamentales de las personas disminuidas física o mentalmente. Dentro del mismo campo y por afectar de manera sensible, al niño y a la familia el secuestro internacional de niños y la trata de personas, así como el turismo sexual de y con infantes, la pornografía y explotación sexual y económica [...] La órbita, en materia de infancia y de familia, dentro de la cual la intervención judicial de la Procuraduría a través

de la delegada ha de girar, está circunscrita a la Corte Constitucional, en materia de revisión de tutelas; la Corte, Sala de Casación Civil y Agraria, en los procesos en que interviene como parte o citado; Sala Civiles y de Familia –según la composición de cada corporación– de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; los Juzgados de Familia y los Juzgados de Menores, así como, en ciertas circunstancias, por no existir juez de familia, ante juzgados civiles. || [...] La intervención del Ministerio Público en procesos relativos al niño y a la familia, a través de la respectiva Procuraduría Delegada, guarda necesaria conexión con los asuntos que, por competencia, corresponden a los jueces de familia y a los jueces de menores, así como a los jueces promiscuos.’

Dentro de dicha gama amplia de posibilidades de intervención, desde luego se encuentra la posibilidad de intervenir ante las autoridades que celebran matrimonio civil (jueces civiles municipales y promiscuos municipales) así como ante los notarios; situación que a nuestro parecer ha sido objeto de ratificación jurisprudencial a través de diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional que de tiempo atrás ha permitido destacar que en los asuntos en los que se ventilan temas relacionados con el derecho de familia, el fundamento de la intervención se realiza en aras de hacer prevalecer el interés superior entendiendo a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad.

3.1.1. Para la Procuraduría no es posible dejar sin efectos o suspender “[...] la Circular N° 1 de la Procuraduría Delegada o la N° 13 de 2013, so pretexto de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, en tanto de conformidad con el artículo 6° numeral 5° del Decreto ley 2591 de 1991, la acción de tutela no procede, ‘cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto’ y por cuanto lo que nos interesa es solicitar las copias de las diversas solicitudes de matrimonio, no es el nombre ni la identidad de los solicitantes, así como su condición de integrante o participe de la comunidad LGTBI, sino el ejercicio de la función preventiva y de intervención, para garantizar el respeto del orden jurídico al tenor del artículo 277 numerales 2° y 7° de la Carta Política y el cumplimiento de la Carta Política, las leyes y las propias decisiones judiciales al tenor del numeral 1° ibídem, incluyendo la sentencia C-577 de 2011 que establece que lo que eventualmente se debe solemnizar es la unión de personas del mismo sexo para diferenciarla de la unión matrimonial como tal conforme al artículo 113 del Código Civil. Por tanto no es procedente entrar a revocar o suspender en sus efectos las Circulares 001 y 013 de 2013.”

3.1.2. Sobre la oposición a los hechos de la demanda, la intervención de la Procuraduría indicó,

“Ninguno de los hechos referidos, se ocupa de mencionar acción u omisión predicable de la Procuraduría General o de alguno de sus servidores que afecte el orden jurídico que no se puede ver perturbado por la opinión abstracta de las personas que actúan como tutelantes, a quienes no se les está desconociendo ninguno de los derechos que le asisten.”[14]

3.1.3. En cuanto a los fundamentos jurídicos de la acción de tutela, la Procuraduría General de la Nación se pronunció en los siguientes términos,

“De otra parte, aunque la demanda mencionada la posible afectación de los derechos de Habeas Data y a la intimidad personal y familiar que les asiste en virtud del artículo 15 de la Carta Política, por la circunstancia de solicitar en virtud de sus facultades constitucionales información acerca de la realización de matrimonios entre parejas del mismo sexo, en cuanto no se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales que cita la demanda como factores de afectación. || La información no es recogida en forma ilegal, en cuanto insisto obedece a solicitud fundada en principios, valores y normas de orden superior constitucional que le asiste a la Procuraduría y particularmente a la Delegada a la cual le compete intervenir ante la jurisdicción civil; la solicitud se planteó con el fin de continuar cumpliendo parámetros funcionales como en efecto ocurrió con algunos casos que fueron objeto de demanda de tutela y no con el fin de dar a conocer al público a las personas puntualmente afectadas con el ejercicio de las acciones y/o decisiones asumidas; motivo por el cual mal se puede presentar como equivalente la situación a la descrita por la sentencia T-811 de 2010 con ponencia de la doctora María Victoria Calle.

La circunstancia de que se haya seleccionado como factor de información la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo, ello no obedeció al interés en recopilar información con interés en discriminarlos, sino que el interés simplemente fue de carácter constitucional y legal, tendiente se insiste a procurar el reconocimiento de los valores de la familia como núcleo esencial de la sociedad, que de conformidad con el orden jurídico pre establecido, no admite la posibilidad de celebrar un vínculo matrimonial, al margen de que pueda optar la pareja de individuos del mismo sexo por acordar la convivencia, de manera que tampoco se puede afirmar la vulneración de la Ley 1581 de 2012, artículo 5° y

concordantes, en armonía con las sentencias C-577 de 2011, T-248 de 2012, T-909 de 2011 y C-748 de 2011.

Aunque a través de un extenso escrito se insiste en afirmar que la Procuraduría obró por fuera del marco jurídico al informar al conglomerado social y las entidades encargadas de tramitar matrimonios civiles acerca de la imposibilidad de celebrar matrimonios con personas del mismo sexo, por no reunir los criterios establecidos en la sentencia C-577 de 2011 y de haber divulgado públicamente los resultados de la sentencia de tutela que inicialmente anuló un matrimonio conformado de dicha forma y luego le restableció tales derechos en segunda instancia, la verdad es que se insiste en cuanto la demanda obró con la firme convicción de estar desarrollando dicha sentencia y cumpliendo con el mandato constitucional anteriormente desarrollado”

3.1.4. Luego de indicar su interpretación de la sentencia C-577 de 2011, la Procuraduría sostuvo lo siguiente frente a sus actuaciones en el caso concreto de la accionante,

“Las diferentes intervenciones que por el respectivo Procurador Judicial II, se han realizado ante los jueces civiles municipales, se ha dado en las peticiones de matrimonio civil formuladas por las personas del mismo sexo, teniendo en cuenta para ello, exclusivamente, se itera, que la Corte Constitucional, en la referida sentencia de constitucionalidad, jamás autorizó la celebración del citado contrato solemne entre personas del mismo sexo, indicando inclusive en el mencionado fallo que sobre el punto referido no es aplicable la analogía.

Así mismo se debe precisar que la entidad no tiene banco de datos en los cuales se almacenen o recopilen los nombres de las personas del mismo género que hayan solicitado la celebración de matrimonio civil y menos aún las peticiones signadas por las mismas.

Como puede verificarse en la citada circular, no es cierto, como lo afirma la apoderada de las accionantes, que se esté solicitando nombre de testigos, ni el registro civil de los contrayentes y menos aún copia de los documentos de identidad de tales personas.

Igualmente precisa señalar que todas las actuaciones judiciales que se adelantan en la especialidad civil, son públicas y respecto de ellas no existe reserva alguna, salvo cuando no se ha notificado a la parte demandada el auto admisorio de la demanda conforme lo

establece el artículo 127 del Código de Procedimiento Civil, mandato que se reitera, en términos similares, en el artículo 123 del Código General del Proceso.

De otra parte, precisa señalar, que el acto de matrimonio civil además de ser de carácter solemne es público, no reservado, como se infiere de lo prescrito en el artículo 132 del Código Civil, al disponer que si hay oposición a la solicitud de matrimonio, el funcionario respectivo, dispondrá que: a) que en el término siguiente de ocho (8) días, se presenten las pruebas de ella; b) que concluido el plazo para presentar las pruebas para señalar fecha para el juicio, debe entenderse como la práctica de las pruebas, citando a las partes; y c) que practicadas las pruebas, dentro de los tres días siguientes se resolverá sobre la oposición. || De lo señalado anteriormente, se debe señalar en forma clara y contundente que por la Procuraduría General de la Nación, no se han vulnerado los derechos a la intimidad y el habeas data de la accionante. ”

3.1.5. A juicio de la Procuraduría no puede ser procedente una acción de tutela que controvierte las facultades propias de la entidad y que, además, pudo haber sido cuestionada a partir de un recurso de nulidad abstracto, propio para cuestionar la legalidad de los actos administrativos. Dijo al respecto,

“Aunque corresponde a los Jueces y Notarios, dar respuesta a las solicitudes que hagan las parejas del mismo sexo con el fin de formalizar y solemnizar su vínculo, como funcionarios competentes para decidir este tipo de solicitudes; el ejercicio de la facultad contenida en el inciso final del artículo 277 de la Carta Política que le permite a la entidad ejercer las acciones que estime pertinentes, cuando quiera que se pueda llegar a afectar el orden jurídico o los derechos fundamentales de las personas, no puede verse mermado por un mejor opinión frente a un tema que no ha sido objeto de legislación. || Por otra parte, en lo relacionado con la violación de los derechos al habeas data y la intimidad, con ocasión del ejercicio de una acción de tutela, éstas se hicieron con ocasión de las facultades citadas, sin que puedan ser consideradas como falsas, en razón a que conforme la accionantes lo reconocen, evidentemente contrajeron matrimonio sin que el Congreso hubiere reglamentado el tema y con sustento en lo que podría considerarse violatorio de lo que la misma sentencia C-577 de 2011 afirma. || Tampoco se puede afirmar la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que su sola manifestación no es óbice para tenerlo por cierto y además no se acompañó prueba sumaria que indique la necesidad de intervención

del Juez Constitucional.

En síntesis, lo que plantea la demanda es que el Procurador General de la Nación no puede realizar ninguna intervención ante autoridad judicial con sustento en la información que recopila, frente a lo que se considera dijo la Corte Constitucional a través de la sentencia C-577 de 2011, lo cual desconoce ampliamente los deberes que le asiste atender a la Procuraduría en cumplimiento de la defensa del orden jurídico precisados detalladamente por el artículo 277, lo cual igualmente torna improcedente el ejercicio de la acción instaurada.

Se destaca una vez más que la demanda en los términos del artículo 6° numeral 5° del Decreto 2591 de 1991, es improcedente por cuanto trata de atacar actos de carácter general, impersonal y abstracto y no situaciones concretas que hayan perturbado los derechos del accionante, razón por la cual solicito al Tribunal, se sirva declarar la improcedencia de la acción planteada”.

3.1.6. Por último, la entidad indica que no hay amenaza de un perjuicio irremediable. Al respecto dice,

3.2. En segundo término, la Procuraduría intervino a través de la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles, Gladys Virginia Guevara Puentes,[15]

“Con fundamento en el canon constitucional y teniendo en cuenta que la sentencia C-577 de 2011 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se hizo el análisis de constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil, que dispone que el matrimonio civil es un contrato solemne que se celebra entre un hombre y una mujer, declarando exequible la Corporación la expresión anotada, con el único y exclusivo fin de vigilar por el cumplimiento estricto de la decisión judicial e igualmente establecer si había o no lugar a hacer intervención ante los jueces civiles municipales frente a solicitudes de matrimonio civil formuladas por personas del mismo sexo se expidió la circular N° 001 de 2013. || Las diferentes intervenciones que por el respectivo Procurador Judicial II, se han realizado ante los jueces civiles municipales, se ha dado en las peticiones de matrimonio civil formuladas por las personas del mismo sexo, teniendo en cuenta para ello, exclusivamente, se itera, que la Corte Constitucional, en la referida sentencia de constitucionalidad, jamás autorizó la celebración del citado contrato solemne entre personas del mismo sexo, indicando inclusive

en el mencionado fallo que sobre el punto referido no es aplicable la analogía.

Así mismo, se debe precisar que la entidad no tiene banco de datos en los cuales se almacenen o recopilen los nombres de las personas del mismo género que hayan solicitado la celebración de matrimonio civil y menos aún, las peticiones signadas por las mismas. || Como puede verificarse en la citada circular, no es cierto, como lo afirma la apoderada de las accionantes, que se esté solicitando nombre de testigos, ni el registro civil de los contrayentes y menos aún copia de los documentos de identidad. || Igualmente precisa señalar que todas las actuaciones judiciales que se adelantan en la especialidad civil, son públicas y respecto de ellas no existe reserva alguna, salvo cuando no se ha notificado a la parte demandada el auto admisorio de la demanda, conforme lo establece el artículo 127 del Código de Procedimiento Civil, mandato que se reitera, en términos similares, en el artículo 123 del Código General del Proceso. || De otra parte, precisa señalar, que el acto del matrimonio civil además de ser de carácter solemne es público, no reservado, como se infiere de lo prescrito en el artículo 132 del Código Civil, al disponer que si hay oposición a la solicitud de matrimonio, el funcionario respectivo, dispondrá que: a) que en el término siguiente de ocho (8) días, se presenten las pruebas de ella; b) el juicio debe entenderse como la práctica de las pruebas, citando a las partes; y c) que practicadas las pruebas, dentro de los tres días siguientes se resolverá sobre la oposición.”

4. Coadyuvancia de Colombia Diversa

4.1. La Directora de la organización Colombia Diversa, Marcela Sánchez, presentó un escrito, a petición de la accionante, para coadyuvar su petición.[16] En tal razón, remitió copia de la respuesta del treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013) de la Procuraduría a los derechos de petición presentados por Colombia Diversa, en dónde se preguntó por el número de solicitudes en las cuales había intervenido la Procuraduría. A su juicio, la información remitida por la Procuraduría en respuesta a sus derechos de petición “[...] contiene tanto datos personales como información sensible de las accionantes que tal como lo manifiestan, de acuerdo con nuestra normatividad merecen un tratamiento especial y cuidadoso por parte de la autoridad que les dé tratamiento. || Adicionalmente, la información suministrada deja ver que la Procuraduría está haciendo una labor de recolección masiva de información personal de un grupo históricamente discriminado (LGBTI) sin atender al consentimiento que deben dar las titulares de datos, ni informar

sobre el uso que se les va a dar a los mismos y tampoco quién será la persona encargada de manipularlo. Asimismo, tampoco se protege la identidad de las accionantes, lo que desconoce lo establecido por la ley de Habeas Data.” La Organización remitió copia de la respuesta que la Procuraduría le diera a un derecho de petición presentado por Colombia Diversa.

4.2. La Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, con base en la información que este Despacho ha recibido de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, dio respuesta a las preguntas presentadas al Ministerio Público en los siguientes términos,

“1. Número total de trámites de matrimonio civil en los cuales la Procuraduría General de la Nación ha intervenido procesalmente iniciados en el país cualquier época o desde que funciona la entidad, con indicación de: a. La época o fecha de realización del trámite. || b. Los datos de identificación del trámite judicial o ante notaria. || c. El sexo de los miembros de la pareja solicitante del trámite marital (pareja de personas de sexo diferente o del mismo sexo) y, || d. La solicitud concreta presentada por la Procuraduría General de la Nación al juez o al notario encargado del caso (esto es, si la entidad a su cargo solicitó la celebración del trámite matrimonial o pidió su rechazo).

R/ Esta pregunta fue remitida a la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles por tratarse de una solicitud de información de su competencia de acuerdo con lo establecido por el Decreto 262 de 2000. En la ciudad de Bogotá se ha intervenido en 13 solicitudes de matrimonio de personas del mismo sexo y en Medellín en 2 solicitudes de igual naturaleza. || [...].[17]

En las intervenciones mencionadas se solicita a los funcionarios judiciales que se niegue la petición de matrimonio civil, con fundamento en que la sentencia C- 577 de 2011 declaró exequible la expresión ‘hombre y mujer’ contenida en el artículo 113 del Código Civil, el cual prescribe que el matrimonio es un contrato solemne que se realiza entre dos personas de diferente sexo y no del mismo sexo. || Igualmente, en defensa estricta del derecho al debido proceso y el ordenamiento jurídico, se han interpuesto algunas Acciones de Tutela frente a las decisiones tomadas por [dos] juzgados [...] de Bogotá. Adicionalmente se

presentó un escrito de coadyuvancia a la petición de amparo constitucional impetrada por la Fundación Marido y Mujer ante el Juzgado de Familia [de otro municipio].

Respecto de las intervenciones realizadas ante los Juzgados Civiles Municipales de Medellín ellas fueron así: || [...].[18]

2. Copia íntegra de los informes remitidos por los funcionarios adscritos a la Procuraduría General de la Nación en virtud de las órdenes emitidas en: a. La Circular N° 13 de 2013 suscrita por su despacho. || b. La Circular N° 1 del 3 de julio de 2013, suscrita por la Procuradora delegada para Asuntos civiles de igual entidad; || c. El Memorando N° 18 del 24 de julio de 2013, suscrito por la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia; || d. Las demás directrices solicitudes e instrucciones emitidas por esta entidad para el cumplimiento de la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional.

Esta información deberá contener, como mínimo los datos requeridos en la Circular N° 1 de 2013 de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, particular los siguientes: i) número de identificación de los trámites de matrimonio civil efectuados antes jueces de la República en los cuales la Procuraduría General de la Nación haya intervenido (esto es, número de expediente y autoridad judicial ante la cual se adelanta). || ii) número, tipi y contenido de las actuaciones, solicitudes, recursos y demás intervenciones efectuadas por los agentes de la Procuraduría General de la Nación en los trámites señalados en el anterior literal; || iii) copias de las solicitudes y/o peticiones realizadas por las parejas del mismo sexo, así como las intervenciones efectuadas por el Ministerio Público; || iv) copias de las decisiones judiciales sobre esta materia en las cuales la Procuraduría ha intervenido o de las cuales tenga conocimiento.

R/ Con relación a la expedición de copias de las actuaciones surtidas dentro de los procesos que se adelantan en los distintos despachos judiciales, es preciso tener en cuenta que las mismas han sido obtenidas por solicitud efectuada por los Agentes del Ministerio Público pero estrictamente para efectos de estudio y del cumplimiento de nuestra función misional de intervención. Se trata de actuaciones y decisiones propias del procedimiento, que obran en los expedientes correspondientes y respecto de las cuales, en caso de requerirse copias se debe proceder conforme a las reglas establecidas en el artículo 115 de nuestro Estatuto

Procesal Civil, [...]

Así las cosas, no le es dado a la Procuraduría General de la Nación hacer entrega de copias de las piezas procesales que obtiene estrictamente para estudio y para hacer efectivo el ejercicio de sus funciones, pero bien puede Usted proceder de conformidad y agotar el conducto regular y legal, elevando la solicitud conforme a lo expresado anteriormente.

En ese sentido, la información que sí pueden extender esta Procuraduría Delegada puede verificarse en el Anexo 2 de esta respuesta, compuesto de 10 folios en los que se constata:

1. El Memorando N° 18 de 2013, relativo a la remisión de información y copias de solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo y/o peticiones de solemnización de su vínculo contractual. || 2. El Oficio Remisorio de la información consolidada de solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo y/o peticiones de solemnización de su vínculo contractual, suscrito por la doctora Ilva Myriam Hoyos Castañeda, Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia el día 6 de agosto de 2013; || 3. La relación de información de solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo y/o petición de solemnización de su vínculo contractual contentivo de (i) las Procuradurías Regionales, Provinciales o Judiciales, (ii) Despachos Judiciales u Oficina Administrativa e (iii) Información.

3. Copia del anexo de la Circular N° 1 del 3 de julio de 2013, suscrita por la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles de igual entidad en el cual se adjuntan: 'algunos argumentos a considerar para efectos de la intervención' en los procesos referidos.

R/ La copia solicitada se adjunta a esta respuesta (Anexo 1).

4. Copia de todas las circulares, directivas, comunicaciones y demás actuaciones administrativas, junto con los anexos de ellas, dirigidas a los Procuradores, jueces civiles, notarios y todas las demás oficinas de reparto, centros de servicios judiciales o administrativos, juzgados civiles del circuito, juzgados civiles municipales o juzgados municipales, así como a todos los funcionarios públicos del país relacionadas con la sentencia C-577 de 2011, el matrimonio entre parejas del mismo sexo y de los derechos de las parejas y familias del mismo sexo.

R/ Los documentos emitidos por este Ente de Control con ocasión de la sentencia C-577 de

2011 son: a. La Circular N° 13 de 2013 suscrita por el Despacho del señor Procurador General de la Nación; || b. La Circular 002 del 22 de julio de 2013, también suscrita por la Procuradora Delegada para Asunto Civiles y || d. El Memorando N° 18 del 24 de julio de 2013, suscrito por la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

5. Informe las demás actividades adelantadas por la Procuraduría General de la Nación en relación con la sentencia C-577 de 2011, el matrimonio entre parejas del mismo sexo y los derechos de las parejas y familias del mismo sexo.

R/ Adicionalmente a los documentos precitados, en relación a la sentencia C-577 de 2011 se da cuenta de la solicitud de nulidad que presentó la Procuraduría respecto de la Sentencia C-577 de 2011 por considerar que la Sala Plena de la Corte Constitucional de manera ‘ostensible, probada, significativa y trascendental’ [...] [19] ha incurrido en una violación al debido proceso (artículo 29 constitucional).

Los argumentos en los que se fundamenta esta solicitud quedan expresados en el anexo 2 de esta comunicación, que se compone de 18 folios y que por la extensión del tema, no se considera pertinente incluir en este texto.

También es importante aclarar que las solicitudes de nulidad presentadas por este Órgano de Control, en todo caso, no eximen a ninguna Entidad ni funcionario del Estado de cumplir las Sentencias contra las que se han interpuesto esas solicitudes y tampoco revisten un carácter vinculante, sino que obedecen al ejercicio común del Derecho y al ejercicio de la función constitucional de la Procuraduría de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (artículo 277 de la CP).

6. Indicar y los ‘recursos y las asignaciones presupuestales que, en el marco de los planes y programas de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo’ fueron considerados necesarios para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en las Circulares N° 13 de 2013 suscrita por su Despacho y N° 1 del 3 de julio de 2013, suscrita por la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles; tal y como fue establecido literalmente en la Directriz N° 2 de la primera Circular mencionada.

R/ El cabal cumplimiento de lo dispuesto en las Circulares 13 de 2013 del Despacho del Señor Procurador General de la Nación, así como de la Circular 01 de 2013 de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles no demandan ninguna asignación presupuestal particular, así como no demanda recursos, planes o programas destinados específicamente a este cumplimiento porque las recomendaciones impartidas a través de éstas directivas obedece al ejercicio de común y rutinario de las funciones de los Procuradores Judiciales Civiles.

Con las respuestas señaladas esperamos haber dado cabal respuesta a sus solicitudes y hacemos propicia la ocasión para enviarle un cordial saludo, [...]”

4.3. La respuesta de la Procuraduría se acompañó de un cuadro de catorce (14) páginas en las que se identifican (i) cada uno de los trece (13) casos en los que ha intervenido la Procuraduría; (ii) las solicitudes de cada parte peticionaria y las fechas en que fueron presentadas; (iii) el juzgado específico que adelanta el trámite, así como las actuaciones realizadas y las fechas en que se dieron; finalmente (iv) se indica la intervención de la respectiva Procuraduría de Asuntos Civiles.

5. Sentencia objeto de revisión

El nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, resolvió rechazar por improcedente la presente acción de tutela, al considerar que existe otro medio de defensa judicial y que se trata de un acto de la administración no susceptible de cuestionamiento mediante la acción de tutela. Por eso, el Tribunal consideró que no debía entrar a resolver el problema jurídico planteado por la accionante.[20]

5.1. El Tribunal reconoce que en muchos casos las Circulares no son objeto de control jurisdiccional, pero a su juicio, de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa reiterada recientemente, en el presente caso sí debería proceder el control de nulidad. Al respecto se resaltan, entre otros, los siguientes apartes de una decisión del Consejo de Estado:

“Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión

de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial.

Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a su subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio.

[...]. || Así es dable resaltar que lo esencial para distinguir un Acto Administrativo, de una simple manifestación de la administración, es que el primero contenga una decisión, no importa que la manifestación del Estado se le llame circular, instrucción, certificado, etc. || Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. No obstante puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.”[21]

Siguiendo esta posición jurisprudencial, el Tribunal considera que “[...] es claro que las Circulares 0013 de 7 de junio de 2013 y 001 de 2 de julio de 2013, suscritas por el Procurador General de la Nación y por la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, respectivamente, no se limitan a reproducir lo decidido por la Corte Constitucional en el resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011, ni a brindar simplemente orientaciones e instrucciones a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias. || Las circulares cuestionadas contienen decisiones y prescripciones no comprendidas en el resuelve de la sentencia, relacionadas con las acciones y recursos judiciales que deben adelantar los Procuradores Regionales, Judiciales y Provinciales, cuando adviertan que con

motivo de lo ordenado en la citada sentencia, las autoridades administrativas o judiciales diseñen, denominen o impongan el contrato que a las parejas del mismo sexo se les permitió solemnizar o formalizar, determinación que puede llegar a afectar situaciones jurídicas en cabeza de particulares, por lo que se trata de actos administrativos susceptibles de control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

5.2. Adicionalmente, se considera que la Circulares cuestionadas por la accionante son actos que no se puede atacar vía tutela, dadas sus características. Se indicó en la sentencia que se trata de “[...] actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, a través de las cuales se imparten directrices, recomendaciones y peticiones a los Procuradores Regionales, Provinciales y Judiciales, con relación a las solicitudes de matrimonio civil o para solemnizar el vínculo contractual presentadas por personas del mismo sexo, y frente a las cuales, el examen que se efectúe sobre su legalidad, corresponde adelantarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de los medios ordinarios de defensa previstos en la ley.”

5.3. Finalmente, la sentencia consideró que tampoco sería admisible la acción de tutela como recurso transitorio, en tanto no existe un perjuicio irremediable. A su parecer, “[...] la Sala no encuentra demostrada en el expediente la ocurrencia de un perjuicio irremediable en cabeza de las accionantes, toda vez que el requerimiento formulado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, relacionada con la remisión de la información del número de solicitudes de matrimonio civil o solemnización del vínculo contractual presentadas por parejas del mismo sexo, no implica por sí mismo, la vulneración de los derechos a la intimidad y al habeas data, que les permita invocar la protección constitucional como mecanismo transitorio.” Luego de hacer referencia a los criterios que ha señalado sobre la cuestión la Corte Constitucional en algunas de sus sentencias (SU-1070 de 2003 y T-1060 de 2007), se concluyó en los siguientes términos: “[...] la Sala observa que el material probatorio allegado, no se deduce que la situación fáctica descrita en el libelo demandatorio tenga la calidad de inminencia, gravedad y urgencia, que amerite la impostergabilidad de los mecanismos ordinarios de defensa que la parte actora tiene a su favor, puesto que el hecho que la entidad accionada en ejercicio de las facultades que legalmente le han sido conferidas, requiera la información relacionada con el número de solicitudes de matrimonio civil o para la solemnización del vínculo contractual presentadas por personas del mismo sexo, no implica por sí misma la ocurrencia de un perjuicio

irremediable.”

II. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Reglas de procedibilidad de la acción de tutela

Antes de entrar a analizar el caso sometido a consideración por la accionante, la Sala de Revisión debe indicar por qué la acción de tutela es procedente, teniendo en cuenta que la decisión del juez de instancia fue rechazar la acción por considerarla improcedente.

2.1. Para el Tribunal Administrativo hay dos razones por las cuales la acción de tutela no es procedente. Primero porque a su juicio existe un medio de defensa judicial alternativo que puede ser usado por la accionante, pedir a la justicia contencioso administrativa que anule las Circulares de la Procuraduría General de la Nación en cuestión. En segundo lugar, porque, en todo caso, la acción de tutela se dirige contra un acto de carácter general y abstracto, los cuales, en principio, no pueden ser objeto de acción de tutela. En la medida que este recurso constitucional pretende proteger derechos constitucionales de las personas, los actos generales deben ser objeto de controversia judicial por medio de otras acciones, considera el Tribunal. Finalmente, dice que en cualquier caso no se advierte un posible perjuicio irremediable que diera lugar a la procedencia de la tutela, como medio transitorio, mientras se usa el ordinario. La Sala no comparte esta conclusión por las razones que se enuncian a continuación.

2.2. No es competencia de una Sala de Revisión de la Corte Constitucional establecer qué circulares pueden o no ser objeto de una acción de nulidad, por ser un asunto propio de los jueces y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. No obstante, el juez de tutela está obligado a analizar el asunto cuando es preciso establecer si el otro medio de defensa judicial es un medio de defensa

igualmente idóneo. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, cuando la Constitución establece que la acción de tutela es un medio de defensa subsidiario, se ha de entender que ese camino judicial alternativo sea realmente idóneo y adecuado para defender 'el goce efectivo del derecho'. La Carta Política no protege los derechos en el papel únicamente, demanda a las autoridades que esa protección se haga efectiva para todas las personas. En ese sentido, no basta con establecer si existe o no la mera posibilidad formal de presentar el recurso, el juez de tutela debe establecer si además de existir en el papel, ese medio judicial alternativo puede conducir efectivamente a que se proteja el goce efectivo del derecho. En el presente caso, el eventual recurso alternativo, la acción de nulidad, ni siquiera formalmente se revela como el medio idóneo para garantizar la protección efectiva y material de los derechos fundamentales invocados.

Como lo afirma la propia jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia citada por el Tribunal Administrativo en calidad de juez de tutela, la acción de nulidad sólo procede en contra de una 'circular' en la medida en que este documento contenga, materialmente, un acto administrativo.[22] Expresamente, el Consejo de Estado advierte que "[...] si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a su subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio." Justamente, en el presente caso la Procuraduría General de la Nación reclama que las Circulares en cuestión son simples actos del servicio, mediante los cuales se hace operativa una decisión de las instancias con superioridad jerárquica dentro de la entidad, en relación al cumplimiento de sus deberes. Para el Ministerio Público, las Circulares cuestionadas, se limitan a impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias de la Procuraduría, 'sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas'. [23] La postura del Consejo de Estado se refiere a una línea jurisprudencial que se ha defendido, por lo menos, desde el inicio del siglo.[24]

El propio Tribunal Administrativo reconoce que las Circulares sólo tienen la posibilidad de ser cuestionadas judicialmente en tanto contengan un acto administrativo. No obstante, no da razones que permitan concluir por qué en el presente caso las Circulares de la referencia constituyen actos administrativos y, en consecuencia, sí serían objeto de control judicial por la vía ordinaria identificada. Por el contrario, esta Sala encuentra razones poderosas

para que, de acuerdo con los argumentos presentados por la Procuraduría, se entiendan las circulares acusadas en el presente proceso, como meras órdenes internas que transmiten e informan a los subalternos, cómo cumplir ciertas funciones y ciertos mandatos legales.

2.3. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional “[...] la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela,[25] porque como se dijo, el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.[26] En ese orden de ideas, si el juez constitucional constata que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, – al no asegurar, por ejemplo, la eficacia necesaria para su defensa real –, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.”[27] La jurisprudencia ha sostenido que la aptitud del medio judicial alternativo, podrá acreditarse o desvirtuarse teniendo en cuenta “entre otros”, los siguientes aspectos: (i) el objeto de la opción judicial alternativa y (ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.[28] Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en varias ocasiones.[29]

Así, un medio de defensa judicial no es idóneo para defender un derecho fundamental cuando, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, en principio no es el camino correcto para controvertir un determinado acto (en este caso, una Circular de la administración). En otras palabras, no existe un medio alternativo de defensa judicial a la acción de tutela, cuando el proceso al que se pretende remitir sólo procede excepcionalmente como medio de defensa judicial y así, tan sólo eventualmente, llegar a ser un camino para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados con las circulares de la Procuraduría General de la Nación que han sido acusadas. Dadas las características de estas circulares, no son un acto controlable judicialmente a la luz de la jurisprudencia contencioso administrativa.

Para que una acción de tutela no sea procedente, el recurso judicial con que cuente la persona, distinto a la tutela, deberá ser claramente el medio jurídico para reclamar la protección a su derecho fundamental. No puede tratarse, como ocurre en el presente caso, de una situación en la cual existen buenas razones para considerar que, a la luz de la jurisprudencia ordinaria aplicable, el recurso judicial en cuestión no sería considerado

procedente por el juez natural, competente para tramitarlo. El medio judicial que impida a una persona interponer acción de tutela debe ser un camino, se insiste, que efectivamente conduzca al respeto, la protección y la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales en juego.

2.4. En segundo término, la Sala de Revisión debe indicar que las conclusiones a las que llega la sentencia de tutela de instancia suponen variar la petición de la accionante dentro del presente proceso. En efecto, la acción de tutela de la referencia se ocupa de garantizar los derechos fundamentales de una mujer y de su pareja. Concretamente, consideran que las actuaciones de la Procuraduría en su caso concreto, han violado sus derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales y a la no discriminación al haberse valido de sus facultades constitucionales y legales para solicitar de 'forma arbitraria' información sensible acerca de ellas. Esto se evidencia en las peticiones presentadas por la acción de tutela. No pide declarar la nulidad de las circulares en cuestión, sino obligar a la entidad a 'retirar' toda la información acerca de ellas y del trámite realizado en aplicación de lo dispuesto en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, y prevenirla de no poder volver a reclamar tales datos. La petición adicional, a saber, dejar sin efectos las Circulares, se trata de decisiones accesorias, que buscan evitar que la violación se repita. Es decir, la accionante consideran que si las Circulares siguen existiendo y teniendo efectos, persistirá la posibilidad de que la instrucción adelantada por los funcionarios de la entidad, en cumplimiento de órdenes internas, vuelva a afectar sus derechos fundamentales que, alegan, han sido violados.

Por tanto, la acción de tutela presentada por la accionante no es un medio judicial mediante el cual se quiera cuestionar la legalidad de una Circular interna de la Procuraduría General de la Nación, por considerar que, en principio, el ente disciplinario carezca de las facultades para expedir tal tipo de órdenes internas. A su parecer, dadas las condiciones específicas del debate en torno a la formalización del vínculo contractual que liga a las personas del mismo sexo, y a la protección especial constitucional a la que tienen derecho, por cuanto pertenecen a una minoría tradicional e históricamente discriminada, la recolección y manejo de datos viola su intimidad y sus derechos, así como los pone en riesgo ulteriores y mayores violaciones. En tal medida, la Sala de Revisión considera que no son de recibo los argumentos de la sentencia de primera instancia con base en los cuales se resolvió negar el acceso a la protección de tutela, la cual, por el contrario se considera

procedente. Precisamente la jurisprudencia contenciosa administrativa citada muestra que la acción de tutela es el medio de defensa idóneo para proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

2.5. El Decreto 2591 establece en su artículo 6° que la tutela no procede cuando existen otros recursos de defensa judicial, pero a la vez, establece el deber de todo juez encargado de tramitar una acción de esta clase, que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto”, fijando un criterio determinante que ha de ser valorado: “su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” La accionante en el presente caso, al igual que su pareja, son personas pertenecientes a un grupo tradicionalmente discriminado en razón de su orientación sexual. Su petición, que no apunta a cuestionar la legalidad del acto mismo en general, sino de su aplicación sin respeto a los derechos a la autonomía, a la intimidad y al habeas data, surge a propósito del reclamo ante un Juez de la República de un derecho fundamental, reconocido de acuerdo con la Constitución vigente por la Sala Plena de la Corte Constitucional, ante un déficit de protección, parcial, de un tipo de familia en el orden jurídico vigente.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala de Revisión considera que la presente acción de tutela es procedente para proteger los derechos invocados por la accionante. A continuación pasa la Sala analizar el caso y a determinar si los derechos de la accionante fueron violados, como ellas lo reclaman.

3. Problema jurídico

3.2. De acuerdo con los hechos y los argumentos presentados, la Sala considera que debe resolver dos problemas jurídicos. En primer lugar, ¿viola la Procuraduría General de la Nación los derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales y a la no discriminación, al recolectar información sobre las solicitudes de formación y de matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo?

3.3. En segundo término, ¿viola la Procuraduría General de la Nación los derechos a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir datos personales sensibles de la solicitante en una base de datos a través de la cual dicha entidad se propone hacer valer, a través de directrices de carácter general, la interpretación que, a su juicio, debe darse a la sentencia C-577 de

2011?

3.4. Antes de dar respuesta a estas cuestiones, la Sala debe precisar que quien actúa como demandante en esta acción de tutela es la señora Sandra Marcela Rojas Robayo, a través del poder conferido a su apoderada[30]. Sin embargo, en el escrito de tutela se invoca la protección no sólo de los derechos fundamentales de la señora Rojas Robayo, sino también de Adriana Elizabeth González Sanabria, con quien contrajo matrimonio civil.[31] La Sala advierte que en el presente caso no concurren los presupuestos exigidos en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 para reconocer a la accionante como agente oficiosa de la señora González Sanabria, por cuanto no se manifestaron las circunstancias por las cuales esta última no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa. En ese orden de ideas, la Sala entenderá que la señora Sandra Marcela Rojas Robayo actúa en su propio nombre y no además como agente oficiosa de la señora González Sanabria. No obstante, dado que la controversia constitucional se origina en la protección de la intimidad personal y familiar de la accionante, que ella estima lesionada por la recolección y tratamiento de datos relacionados con la celebración del matrimonio civil contraído con la señora González Sanabria, las decisiones que se adopten al respecto también repercutirán sobre esta última, toda vez que lo relativo a la recolección y tratamiento de datos relacionados con la orientación sexual y el vínculo familiar de la señora González Sanabria puede comprometer la protección de la intimidad personal y familiar de su cónyuge, y demandante en este juicio de tutela, Sandra Marcela Rojas Robayo.

3.5. Precisado lo anterior, para resolver los problemas jurídicos planteados se analizarán en primer lugar las Circulares y directrices que ha expedido la Procuraduría General de la Nación con las cuales, según la accionante, se ha vulnerado sus derechos fundamentales. Posteriormente se analizarán los reclamos y los hechos presentados ante esta Sala de Revisión a la luz de la Constitución y la jurisprudencia constitucional aplicable para dar respuesta a cada uno de los problemas jurídicos.

4. Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013, 'Directrices, recomendaciones y peticiones en relación con el resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011'. Procurador General, Alejandro Ordoñez Maldonado (7 de junio de 2013).

4.1. La Circular N° 013 de 2013, denominada 'Directrices, Recomendaciones y Peticiones en

relación con el cumplimiento del resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011' teniendo en cuenta, entre otros aspectos, que la sentencia de constitucionalidad en cuestión, había sido cuestionada ante la Corte Constitucional y, por tanto, no estaba en firme. El recurso de nulidad en contra de la sentencia había sido presentado, entre otras personas, por la propia Procuraduría General de la Nación[32] que, en varias ocasiones, solicitó a la Corte resolver con prontitud la solicitud.[33] También tuvo en cuenta que el Congreso no había superado el déficit de protección de las parejas de personas del mismo sexo[34] y el debate existente en la sociedad respecto a los alcances y efectos que debería tener la sentencia a partir del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013).[35] De hecho, la última de las justificaciones de la expedición de la Circular es, precisamente, las solicitudes presentadas a la Procuraduría General para que diera directrices al respecto.[36] Así, la Circular en cuestión se ocupa de dar (a) directrices, (b) recomendaciones y (c) peticiones.

4.2. El Ministerio Público fijó dos conjuntos de directrices para que los servidores de la entidad cumplan. Las primeras de ellas, seis, 'en ejercicio de las funciones de vigilancia preventiva [y] de control de gestión', y las segundas, dos, 'en ejercicio de la función de intervención judicial'.

4.2.1. Del conjunto inicial de directrices, las dos primeras están orientadas a que los funcionarios tomen acciones encaminadas a asegurar que los jueces y los notarios cumplan con lo dispuesto en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011 dentro de los marcos del ordenamiento jurídico. La primera directriz indica que los funcionarios deberán 'acompañar' y 'supervisar' que los notarios y los jueces ante quienes se presenten parejas de personas del mismo sexo para solemnizar o formalizar el vínculo contractual que tengan o quieran establecer, 'les permitan hacerlo de conformidad al marco jurídico vigente'. La segunda de las directrices reitera lo dispuesto en la primera, al decir que los funcionarios a los que se dirige la Circular que se comenta, deberán 'promover' y 'facilitar' que los funcionarios que estén cumpliendo el numeral quinto del resuelve de la sentencia C-577 de 2011, lo hagan, 'en todo caso', 'de conformidad con las normas constitucionales, legales y administrativas pertinentes'. [37] La tercera de las directrices de la Circular 013 de 2013 está orientada a que los funcionarios vigilen que 'en toda situación', en todo caso, 'se respeten los derechos' de las parejas del mismo sexo reconocidos por la jurisprudencia constitucional.[38] La cuarta de las directrices, se ocupa de imponer a los funcionarios de la Procuraduría que 'vigilen' el respeto al derecho fundamental a la

libertad de conciencia de jueces, notarios y cualquier otro funcionario o particular que cumpla funciones relacionadas con el numeral quinto del resuelve de la sentencia C-577 de 2011.[39] Finalmente, las últimas dos directrices buscan afianzar la obligatoriedad de los deberes que se imponen a los funcionarios de la Procuraduría. Así, la quinta los obliga a consultar toda inquietud al respecto con una dependencia específica (la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales), y la sexta les impone el deber de ajustar 'todas sus actuaciones' relacionadas con el resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011, a la Circular N° 013 de 2013.[40]

4.2.2. El segundo conjunto de directrices, referentes al ejercicio de la función judicial, impuso a los funcionarios de la Procuraduría dos deberes orientados a que intervinieran en todos los procesos judiciales suscitados con ocasión de la orden del numeral quinto de la sentencia C-577 de 2011 y a que adelantaran las acciones y los recursos necesarios para proteger 'el ordenamiento jurídico vigente'.[41]

4.2.3. Así pues, el objetivo de la Procuraduría mediante las directrices era solicitar a los funcionarios respectivos 'el mayor compromiso', en la defensa y en la protección (i) de los derechos de las personas que conforman parejas del mismo sexo, (ii) de los jueces y los notarios de la República, y (iii) 'en la vigilancia del cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de estos últimos, o de las personas que cumplen funciones públicas relacionadas con las directrices de esta Circular'. Para poder cumplir con los mandatos impuestos por las directrices en cuestión, se dispuso 'de los recursos y las asignaciones presupuestales que, en el marco de los planes y programas de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, sean necesarios para el cabal cumplimiento de sus labores misionales'.[42]

4.3. La Circular N° 013 de 2013 de la Procuraduría dio recomendaciones fundadas en consideraciones acerca de la sentencia C-577 de 2011 y de otros referentes jurídicos.[43] La entidad propone cuatro límites de aplicación y de interpretación a los jueces de la República; a saber: (i) "en la Sentencia C-577 de 2011 la Sala Plena de la Corte Constitucional no condicionó o declaró la inexecutable (inmediata o diferida) del artículo 113 del Código Civil o de los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y de la Ley 1361 de 2009"; (ii) 'lo dispuesto en el resuelve quinto de la citada Sentencia en forma alguna habilita a los jueces o los notarios de la República para ocupar la función o usurpar las competencias del

Congreso de la República y diseñar, denominar o imponer el contrato que a las parejas del mismo sexo en ese resuelve se les permite solemnizar o formalizar; y, mucho menos, para reformar o sustituir el artículo 113 del Código Civil actualmente vigente'; y (iii) "tampoco autoriza a ninguna autoridad administrativa o judicial para pretender suplir el déficit de protección para el que en esa decisión judicial se exhortó al Congreso de la República a legislar y, mucho menos, para reglamentar, limitar o restringir derechos fundamentales." [44]

Las recomendaciones fueron cuatro. La primera, dirigida a los notarios y a los jueces, busca que "al formalizar y solemnizar las uniones de personas del mismo sexo con vocación de permanencia que ellas decidan establecer a través de un contrato innominado (pues hasta ahora el mismo no existe en el ordenamiento jurídico), en todo caso se ajusten a las normas de orden público y al ordenamiento jurídico vigente." Mediante la segunda recomendación, dirigida a los notarios, el Ministerio Público "exhorta a cumplir su función fedataria y, en consecuencia, a dar testimonio de la autenticidad y veracidad de la voluntad que las partes expresen de forma libre y espontánea, con estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y las decisiones judiciales permanentes." La tercera recomendación busca propiciar que los jueces y los notarios presenten objeciones de conciencia, en los siguientes términos: "Como Jefe del Ministerio Público, con el respeto debido a la autonomía e independencia de los jueces y de los notarios, también les recomiendo que, si estiman que al formalizar y solemnizar las uniones de personas del mismo sexo con vocación de permanencia, según lo dispuesto en el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011, violentan su conciencia en alguna forma, ejerzan el derecho fundamental de la objeción de la conciencia. En este sentido, también exhorto a las autoridades públicas para que respeten el ejercicio de este derecho fundamental." Por último, en la cuarta recomendación se exhorta a las autoridades administrativas para respetar las competencias del Congreso de la República, en los siguientes términos: "Exhorto a las autoridades administrativas para que respeten las funciones del Legislador y se abstengan de crear e imponer instituciones jurídicas inexistentes y, mucho menos, en desmedro de los derechos fundamentales y de la protección integral que, de conformidad con la Constitución, se debe brindar al matrimonio y a la familia." [45]

4.4. En último término, la Circular N° 013 de 2013 presentó cuatro peticiones. La primera de ellas, dirigida a la Corte Constitucional, para que resolviera prontamente las solicitudes de

nulidad y de aclaración de la sentencia C-577 de 2011, dadas las dudas e incertidumbres que, a juicio del Ministerio Público, se estaban dando.[46] La segunda petición, dirigida a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tiene el fin de exhortarla para que ‘evalúe la posibilidad de recordar a los jueces las normas constitucionales y legales que resultan pertinentes’ para el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia C-577 de 2011.[47] La tercera petición busca promover el ejercicio y el respeto a la objeción de conciencia, de acuerdo con la interpretación de la Procuraduría General de la Nación, según la cual, los jueces y notarios tendrían derecho a interponerla. La cuarta petición exhorta al Congreso de la República para que regule las relaciones de parejas del mismo sexo y supere el déficit de protección al respecto y para que regule el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios para aplicar en casos como el cumplimiento de la sentencia C-577 de 2011.[48] Finalmente, la Procuraduría le recomendó al Gobierno Nacional presentar un proyecto de ley al respecto o proponer un proyecto de referendo para que el constituyente primario resuelva la cuestión.[49]

4.5. Desarrollos. Con base en la Circular, varias dependencias de la Procuraduría han adoptado decisiones orientadas en el mismo sentido y con el mismo propósito. A continuación se hace referencia a algunas de ellas.

4.5.1. Teniendo como punto de partida la Circular N° 013 de 2013, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, solicitó a las “Procuradoras(es) regionales, Procuradoras(es) provinciales y Procuradoras(es) judiciales familia” que remitieran la información y las copias relacionadas con las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo y/o peticiones de solemnización de su vínculo contractual que hayan sido presentadas en las oficinas de reparto, centros de servicios judiciales y administrativos, juzgados civiles del circuito, juzgados civiles municipales o juzgados promiscuos municipales, advirtiendo que la información se requería, a más tardar, el treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013) (Memorando N° 018 de julio 24 de 2013).[50]

4.5.2. Al día siguiente, el diecinueve (19) de junio de dos mil trece (2013), la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia publicó la Circular N° 013 de 2013 mediante rueda de prensa. Según dijo la Procuradora Delegada, la decisión de presentar públicamente la Circular fue una petición expresa del

señor Procurador General, teniendo en cuenta que el plazo fijado por la Sentencia C-577 de 2011 del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013) estaba próximo a cumplirse, el Congreso había mantenido silencio y había resuelto no adoptar legislación alguna, y la Corte Constitucional no había resuelto aún anular o aclarar su sentencia, tal como se lo había solicitado el propio Ministerio Público.[51] Luego de dar lectura a un comunicado, se dio respuesta a algunas preguntas de los periodistas que asistieron. Así, en la rueda de prensa se resaltó que a juicio del Ministerio Público la sentencia C-577 de 2011 debía ser anulada por haber hecho una sustitución de la Constitución.[52] Una de las preguntas formuladas indagaba por si la Procuraduría estaba presionando a los funcionarios encargados de cumplir la sentencia C-577 de 2011 y limitando el libre ejercicio de sus competencias. La Procuradora Delegada insistió en los poderes y facultades propias del Ministerio Público y en que el matrimonio sólo puede entenderse como una institución para parejas de distinto sexo. La funcionaria señaló expresamente que “la posición de la Procuraduría es que los jueces y los notarios no pueden aplicar analógicamente el artículo 113 del Código Civil”. [53]

En la rueda de prensa de la Circular N° 013 de 2013 de la Procuraduría General de la Nación, un periodista resaltó las contradicciones y los problemas que puede generar la posición del Ministerio Público, pues al considerar que una relación de pareja entre personas del mismo sexo no es equiparable a un matrimonio, abre la posibilidad para que una persona mantenga a la vez un matrimonio con alguien de distinto sexo y una unión formal y solemne. La pregunta se planteó y se respondió en los siguientes términos:

“Periodista ¿Una persona que esté casada, una pareja heterosexual, puede también uno de los dos tener una unión solemne, y juzgarse como dos familias construidas por una misma persona? ¿No generaría esto problemas? || Procuradora Delgada Mire aquí se van a generar muchos problemas. Va a plantearse –quizá pueda ser un poco exagerado– pero yo no dudo en llamar esto un caos jurídico; que no ha propiciado, por cierto la Procuraduría. Ni tampoco el Congreso de la República. El Congreso legisló negativamente. Legisló negativamente y archivó un proyecto.” [54]

4.5.3. Posteriormente, la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles, Gladys Virginia Guevara Puentes, expidió la Circular N° 001 del tres (3) de julio de dos mil trece (2013), dirigida a los Procuradores regionales, judiciales y provinciales, sobre las solicitudes de

matrimonio de parejas del mismo sexo o peticiones de solemnización de su vínculo contractual.[55] En esta nueva Circular se dispuso lo siguiente:

“Con el fin de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el señor Procurador General de la Nación, esta Procuraduría Delegada para Asunto Civiles, en cumplimiento de los artículos 7, 23 y 24 del Decreto 262 de 2000, en coordinación con la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la familia, se permite adjuntar algunos de los argumentos a considerar para efectos de la intervención y solicita a Ustedes remitir semanalmente la siguiente información:

a) Número de solicitudes de matrimonio civil presentadas ante las Oficinas de Reparto, Centros de Servicios Judiciales o Administrativos. Juzgados Civiles Municipales y Promiscuos Municipales por personas del mismo sexo.

c) Enviar copias de las solicitudes y/o peticiones que en uno u otro sentido sean presentadas por personas del mismo sexo con los fines antes indicados, al igual que de las intervenciones efectuadas por el Ministerio Público.”

4.5.4. El veintidós (22) de julio se reiteró exactamente el contenido de este pronunciamiento, mediante la Circular Número 002 de 2013 de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, que tan sólo modificó el literal (b) de la información solicitada, de la siguiente manera: “[b)] Número de peticiones para solemnizar y legalizar el acto jurídico contractual existente, radicadas ante las Oficinas de Reparto, Centros Administrativos y/o Juzgados Civiles del Circuito por personas del mismo sexo”. [56]

Con el fin de facilitar y unificar la posición de la Procuraduría General, la Delegada para Asuntos Civiles, Gladys Virginia Puentes, elaboró un formato de participación de dicha entidad, conforme al cual se alegaría en cada uno de los procesos judiciales o notariales que la sentencia C-577 de 2011 permite llegar a dos conclusiones. Primera ‘que el matrimonio heterosexual es el único que está rigiendo en nuestro ordenamiento jurídico’. Segunda, ‘la familia surge del vínculo matrimonial o de la unión marital de hecho conformada por un hombre y una mujer, no por personas del mismo sexo.’

Finalmente, con relación a qué pueden hacer los jueces y los notarios para aplicar la sentencia C-577 de 2011, el documento-formato diseñado por la Procuraduría Delegada

para Asuntos Civiles concluía: “En consecuencia, según lo establecido por la Corte Constitucional en la parte motiva del fallo mencionado, al no haber el Congreso de la República expedido la ley que regula el estatus de las personas homosexuales o de un mismo sexo, no puede el Juez abrogarse una competencia que es propia y exclusiva del legislador ordinario como lo señaló la citada Corporación; admitir lo contrario llevaría a desconocer abruptamente el ordenamiento jurídico, en cuya defensa se hace esta intervención.”

4.5.5. En memorando de julio veinticuatro (24) de dos mil trece (2013) (Memorando N°18), la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia insistió a “[...] las Procuradoras(es) regionales, Procuradoras(es) provinciales y Procuradoras(es) judiciales de Familia” la información solicitada antes del treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013). De esta forma, la Procuraduría General de la Nación comenzó a consolidar información acerca de las solicitudes de aplicación de lo ordenado en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011 presentadas ante todos y cada uno de los jueces y notarios del país, a lo largo y ancho de su territorio.

4.5.6 Es un hecho público que la Procuraduría General de la Nación ha interpuesto recursos en contra de las decisiones judiciales que, a su parecer, desconocen el ordenamiento al aplicar la sentencia C-577 de 2011. También se ha solicitado la nulidad de las sentencias T-716 de 2011 y T-276 de 2012.

La política trazada por la dirección del Ministerio Público se ha implementado a través de sus dependencias. Al momento de adoptarse la presente decisión, de acuerdo a la información conocida y divulgada públicamente, los procuradores judiciales han intervenido en al menos 18 procesos originados en solicitudes de aplicación de lo dispuesto en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, han presentado diversos tipos de recursos judiciales (reposición, queja, nulidad e incluso acciones de tutela). La Procuraduría, por ejemplo, presentó acción de tutela en contra de la decisión de la Juez 67 Civil Municipal de Bogotá, que declaró ‘civilmente casados’ a una pareja de hombres. Esto ocurrió luego de que el despacho judicial hubiese rechazado tres recursos interpuestos por la Procuraduría y otras organizaciones contrarias al matrimonio de personas del mismo sexo.[57] Como lo ha informado la propia institución, la Procuraduría incluso se ha reunido privadamente con funcionarios judiciales, para dar a conocer su posición, dentro de los procesos que está

interviniendo.[58]

4.6. En conclusión, la Procuraduría General de la Nación ha mantenido una posición constante durante los debates que se han adelantado en torno a la protección igualmente digna de las familias de personas del mismo sexo. A su parecer, la Constitución Política establece un trato diferente entre las familias de personas del mismo sexo y las parejas de personas de diferente sexo. Considera que las primeras pueden ser objeto de una protección constitucional, pero distinta a la que se da a las parejas de personas de sexo distinto. Esta posición se ha mantenido en las intervenciones y participaciones dentro de varios procesos judiciales relacionados con los derechos de parejas de personas del mismo sexo, como ocurre en el presente caso. También lo ha manifestado a la opinión pública en general a través de diversas maneras (por ejemplo, en eventos públicos, en declaraciones a medios de comunicación o en ruedas de prensa). En ese orden de ideas, la Circular N° 013 de 2013 expresa la interpretación que, a juicio del Ministerio Público, debe darse a la sentencia C-577 de 2011 y, a partir de ella, formula directrices sobre la manera en que debe dársele cumplimiento.

5. Respuesta al primer problema jurídico. La Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la información ni a la intimidad de una persona cuando accede a datos personales sensibles derivados de datos personales no sensibles, conocidos por ser parte de un proceso judicial, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales

5.1. El primer problema jurídico, el acceso legítimo y legal a los datos personales y sensibles de la accionante y su pareja

5.1.1. Como se dijo, la accionante considera que la Procuraduría General de la Nación ha vulnerado los derechos fundamentales de ella y de su pareja, al haber recolectado datos personales relacionados con su solicitud de matrimonio, que comprometen su intimidad y la de su familia. A este primer reclamo la Procuraduría ha respondido indicando que ha recolectado datos a los que tiene acceso en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en tanto se ha hecho parte en los procesos en los que se han tramitado solicitudes de aplicación de lo dispuesto por la Corte en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011.

5.1.2. La respuesta al problema jurídico, tal como fue planteado, es negativa a juicio de esta

Sala de Revisión.[59] Es decir, la Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales y a la no discriminación de una pareja de personas del mismo sexo, al haber utilizado sus facultades constitucionales para acceder a datos personales sensibles, que hacen parte de las solicitudes presentadas ante jueces y notarios por parejas del mismo sexo que reclaman el cumplimiento de lo ordenado en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, en virtud de sus competencias constitucionales y legales.

5.2. La protección constitucional de los datos personales bajo el orden constitucional vigente

5.2.1. La Constitución Política considera que toda persona tiene derecho a su intimidad, tanto personal como familiar, así como a su buen nombre, advirtiendo expresamente que el Estado debe ‘respetar’ esos derechos y ‘hacerlos respetar’ (art. 15, CP). Estrechamente vinculado a este derecho, la norma constitucional reconoce a continuación el derecho de habeas data, esto es, el derecho de toda persona a conocer, actualizar y rectificar las informaciones suyas que se encuentren en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.[60]

5.2.2. La Constitución reconoce también la interdependencia y la indivisibilidad del derecho a la intimidad con relación al resto de derechos. Expresamente advierte que en (i) la recolección, (ii) el tratamiento y (iii) la circulación de datos “se deberán respetar la libertad y las demás garantías consagradas en la Constitución Política” (art. 15, CP). Esto es, la protección al habeas data no es un derecho cuya protección importe de forma autónoma y aislada, como ocurre con todo derecho fundamental. Esto es cierto, especialmente, en tiempos en los que el mundo entra en sociedades de la información, en las cuales el derecho a la intimidad y el derecho al habeas data adquieren una importancia estructural cada vez más notoria. El acceso a un servicio de salud, el acceso a la educación o a un crédito, así como el no ser detenido por la policía como presunto sospechoso de ser el supuesto autor de un delito, son situaciones que cada día más dependen de estar o no en una determinada base de datos, o de que ésta esté debidamente actualizada. El derecho a la intimidad, por su parte, queda ampliamente expuesto y amenazado si no se cumple con los principios de seguridad y confidencialidad.

5.2.3. En el presente caso, la accionante y su pareja consideran que sus derechos fundamentales a la intimidad familiar y a no ser discriminados en razón a su orientación sexual están siendo violados y amenazados por haber incorporado información personal sobre ellas en una base de datos sin su autorización, y cuya finalidad es imponer barreras a la posibilidad de ejercer sus derechos a fundar una familia, en condiciones de igualdad. Concretamente, la accionante y su pareja consideran que se ha accedido a un 'dato sensible', a saber, la orientación sexual diversa que ellas ejercen libre y autónomamente. El texto de la ley aplicable,[61] explícitamente sostiene que se entiende por datos sensibles, 'aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como [...] los datos relativos a la vida sexual [...]'.[62]

5.3. Protección a datos sensibles

5.3.1. Según la Ley estatutaria (Ley 1581 de 2012, art. 6º; tratamiento de datos sensibles), la primera excepción consiste en que el propio titular haya autorizado hacerlo, salvo aquellos casos en los que la ley expresamente advierta que no se requiere dicha autorización; la segunda es que el 'Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado', eventos en los que 'los representantes legales deberán otorgar su autorización'. La tercera excepción consiste en que el 'Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad'; en cualquier caso, se advierte, 'en estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular'. La cuarta excepción es que el 'Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial'. Finalmente, la quinta y última excepción contemplada por la Ley estatutaria se refiere a que el 'Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica'. La propia ley advierte que en 'este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.'

5.3.2. Para la demandante, el presente caso no queda comprendido en ninguna de las excepciones contempladas por la Ley estatutaria. A su parecer, no demostró que busque

una finalidad justificada constitucionalmente al solicitar la información en cuestión y, suponiendo que tenga fines históricos o estadísticos tampoco se pidió la reserva de identidad de las personas.

5.3.3. La Procuraduría General de la Nación considera que lejos de estar afectando o vulnerando derechos, está cumpliendo sus deberes y obligaciones constitucionales. De acuerdo con la Carta Política, el 'Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público' (art. 275, CP). En tal medida, 'por sí o por medio de sus delegados y agentes', tendrá entre otras las siguientes funciones: 'vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos'; 'proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo' e 'intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales'.

5.4. El dato obtenido

La Sala de Revisión, en primer término, debe establecer cuál es el tipo de dato que se está recolectando por parte del Ministerio Público, de acuerdo con las pruebas aportadas al presente proceso, para así poder establecer a continuación, si se desconoció o no el derecho a la luz de los parámetros y criterios presentados.

5.4.1. El dato sensible obtenido por el Ministerio Público es el carácter diverso de la orientación sexual de la accionante y de su pareja. En otros términos, se sabe que la persona tienen una orientación sexual diversa, y se tiene indicios de cuál puede ser, pero no se tiene información acerca de cuál es, de forma más o menos precisa, la orientación sexual de la persona. No se sabe exactamente, por ejemplo, como es la forma que la persona se identifica, se nombra a sí misma.

5.4.2. El Ministerio Público ha recolectado, almacenado y utilizado una base de datos que contiene (i) el nombre de todas las parejas que, (ii) siendo personas del mismo sexo, (iii) han solicitado ante el correspondiente juzgado o notaría, (iv) que se les una formal y solemnemente mediante matrimonio. El Ministerio Público, en estricto sentido, nunca ha indagado o preguntado acerca de la orientación sexual de las personas inscritas en la base de datos, la cual carece de una columna o una entrada referente a la orientación sexual de

las personas. La Procuraduría General de la Nación, por tanto, ha constituido una base de datos que crea y alimenta a través de sus dependencias y que también administra. En otros términos, la Procuraduría es el encargado y el responsable del tratamiento de los datos personales de la accionante y de su pareja (Ley 1581 de 2012, art. 3°).[63]

5.4.3. La Sala advierte que el dato sensible al que accedió la Procuraduría General de la Nación no es una información que haya buscado o pretendido recolectar, sino que es un dato sensible que surge como consecuencia de haber recolectado datos personales no sensibles, tales como el nombre o el número de un juzgado ante el cual se ha presentado una solicitud formal de matrimonio.

Por tanto, es claro que la Procuraduría General de la Nación, a través de sus múltiples dependencias, se orienta a la búsqueda de datos personales no sensibles (nombre de las parejas que han solicitado la aplicación de lo ordenado en el numeral 5º de la sentencia C-577 de 2011 y dependencias donde se tramitan dichas solicitudes), de las cuales es posible inferir datos personales que sí tienen carácter sensible, cual es la orientación sexual de las personas incluidas en la lista.

5.5. Legitimidad del acceso a la información

Ahora bien, ¿este dato sensible que ha sido objeto de tratamiento por parte del Ministerio Público fue obtenido con apego y respeto al derecho que tiene toda persona sobre su información (habeas data) y ha sido almacenado y usado con el mismo respeto? A continuación se analiza esta pregunta,

5.5.1. Para la Sala de Revisión la Procuraduría accedió al dato sensible acerca de la orientación sexual de la accionante y de su pareja en ejercicio de competencias constitucionales y legales. La Procuraduría ha sostenido una y otra vez que la finalidad de sus acciones es hacer cumplir cabalmente la sentencia C-577 de 2011, lo cual involucra el ejercicio de la primera de sus funciones constitucionales: ‘vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos’ (art. 277, num. 1, CP). Adicionalmente, la Procuraduría señala que la intervención en procesos judiciales como medio para cumplir la anterior función, también está autorizada expresamente por la Carta Política (art. 277, num. 7, CP).[64]

5.5.2. El Ministerio Público ha sostenido que sus actuaciones buscan defender los derechos fundamentales involucrados en los trámites de las solicitudes formuladas por parejas del mismo sexo que reclaman la aplicación de lo ordenado en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, en un doble sentido. Por una parte, ayudar a que, en efecto, se supere el déficit de protección declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, mediante las decisiones judiciales y notariales, y por otra, que al hacer esto no se violen los derechos de aquellos funcionarios, en especial, su derecho a la libertad de conciencia (art. 18, CP) y a la eventual posibilidad de interponer objeciones de conciencia. Esto implica que existe una tercera razón que expresamente autoriza a la Procuraduría a dar tratamiento al dato sensible de la accionante y de su pareja, a saber: 'proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo'.

5.5.3. Por último, a las razones constitucionales indicadas, se suma la Ley estatutaria que define algunos de los alcances del derecho fundamental, al sostener expresamente que no se requerirá autorización previa para el tratamiento de un dato, cuando el mismo sea 'necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial' (Ley 1581, art. 6º num d).

5.5.4. De las anteriores consideraciones, la Sala de Revisión llega a una conclusión adicional: el dato sensible de la accionante y de su pareja que es objeto de tratamiento por la Procuraduría General de la Nación (la orientación sexual diversa que se puede derivar de la presentación de solicitud de solemnizar vínculo formal con persona del mismo sexo, ante juez o notario), en calidad de 'encargado' y a la vez 'responsable', tiene un fundamento legal. Es de aquellas excepciones en las cuales (i) puede hacerse el tratamiento del dato sensible y (ii) puede hacerse sin previa autorización, (iii) siempre y cuando se haga de forma restrictiva y respetando los principios y las reglas establecidas en la Constitución, la Ley estatutaria y el resto del ordenamiento.

De lo dicho hasta el momento, se concluye que la Procuraduría General está ejerciendo las competencias constitucionales y legales para cumplir con sus deberes de defensa del ordenamiento jurídico, en especial de los derechos fundamentales, al intervenir en los trámites de las solicitudes presentadas con ocasión de la aplicación de la sentencia C-577 de 2011. En tal medida, no violó el orden constitucional vigente al haberla recolectado. A continuación, pasa la Sala a analizar cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado a los

datos sensibles recolectados, para determinar si allí, como lo alega la acción de tutela, existe un desconocimiento de sus garantías constitucionales.

6. Respuesta al segundo problema jurídico. La Procuraduría puede afectar los derechos de las personas si recauda y tramita sus datos dentro de un esquema orientado a hacer prevalecer una determinada lectura del ordenamiento jurídico.

6.1. El segundo problema jurídico, el uso de la información obtenida

6.1.1. La accionante advierte que los datos sensibles a los que ha tenido acceso la Procuraduría General de la Nación están siendo utilizados para alimentar una base de datos que hace parte de una estrategia mediante la cual se busca presionar a los notarios y a los jueces, para que nieguen, precisamente, las solicitudes que personas como la accionante y su pareja presentaron. La Procuraduría General de la Nación considera que la finalidad de la información buscada es hacer cumplir adecuadamente una sentencia de la Corte Constitucional (la sentencia C-577 de 2011).

6.1.2. El segundo problema jurídico que surge de este caso, de acuerdo con los hechos y los argumentos presentados, debe ser resuelto afirmativamente a juicio de esta Sala.[65] La Procuraduría General de la Nación no desconoce los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer cumplir una sentencia de constitucionalidad, pero sí puede poner en riesgo sus derechos, si el recaudo y trámite de los datos se inscribe dentro del propósito de acudir a directrices de carácter general para hacer valer una determinada lectura del ordenamiento jurídico y, de manera específica, de la sentencia C-577 de 2011, que pueda llegar a respaldarse con el ejercicio del poder disciplinario. A continuación se exponen las consideraciones que llevan a tal conclusión.

6.1.3. Como se concluyó, la Procuraduría General de la Nación puede legítimamente intervenir en los procesos judiciales que de acuerdo con el ejercicio de sus funciones y de sus competencias le corresponda. No obstante, debe hacerlo dentro de los parámetros, reglas y principios que enmarcan el orden constitucional vigente. En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación considera que es preciso intervenir en el cumplimiento de la sentencia C-577 de 2011, por cuanto la misma ha dado lugar a una amplia polémica

respecto a sus alcances y límites. Como la Procuraduría General lo ha sostenido públicamente, la razón por la cual se requería expedir la Circular N° 013 de 2013 era que la sentencia C-577 de 2011, a pesar de sus problemas y de sus contradicciones no había sido anulada, como el propio Ministerio Público lo había pedido,[66] y tendría por tanto que ser aplicada por jueces y notarios.

6.2. Evaluación de la aplicación de los principios de tratamiento de la información

La Sala de Revisión considera que la Procuraduría General de la Nación, en términos generales y según la información aportada al proceso, ha respetado los principios que inspiran el manejo de la información (Ley 1581 de 2012, art. 4°). El problema que se presenta se refiere en concreto a la finalidad que se busca. Aunque este principio en un primer momento parece estar siendo observado, como se mostrará posteriormente, es parcialmente desconocido por la Procuraduría General de la Nación.

6.2.1. Ha respetado el principio de legalidad, al acceder a información que es de carácter público y a la cual puede acceder en virtud del ejercicio de sus competencias legales.[67]

6.2.2. De acuerdo con el propósito que busca la Procuraduría General de la Nación, se estaría cumpliendo también el principio de finalidad del tratamiento de los datos, según el cual la finalidad que se busque debe ser 'legítima de acuerdo con la Constitución y la ley'. En el presente caso la Procuraduría busca defender el cumplimiento de una decisión judicial, que supone la protección de derechos fundamentales, y lo hace mediante sus facultades de intervención en los procesos judiciales. Por ahora, baste decir que la finalidad presentada por la Procuraduría es legítima a la luz de la Constitución Política, en términos generales, sin perjuicio de las precisiones que se efectuarán más adelante en relación con los límites que, en virtud del principio de finalidad, se imponen al uso de la información recolectada.

6.2.3. La Procuraduría General también ha respetado el principio de libertad de los datos, aun cuando no haya obtenido el consentimiento previo, expreso e informado de la accionante y de su pareja, por cuanto se trata de una de las excepciones contempladas por la ley. Además de las consideraciones del apartado anterior de la presente sentencia, debe indicarse que dentro de los casos en los que no se considera necesaria la autorización se encuentra la 'información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de

sus funciones legales', los 'datos de naturaleza pública' y los 'datos relacionados con el Registro Civil de las Personas'.[68] En tal medida, que la Procuraduría General de la Nación recolecte los nombres de las parejas de las personas que han presentado ante notarios solicitudes con fundamento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011 no es, en principio, un acto contrario a la Constitución Política.

6.2.4. Los datos tratados por la Procuraduría General de la Nación parecen prima facie haber respetado el principio de veracidad. Sobre esta cuestión, tampoco hay reclamo alguno. De hecho, el problema que expone la demandante es que se están recopilando datos sensibles ciertos tanto de ella, como de su pareja y de otras que han solicitado la aplicación de lo resuelto en el numeral 5º de la sentencia C-577 de 2011.

6.2.5. La Sala de Revisión valora positivamente que la Procuraduría General de la Nación ha respetado plenamente el principio de transparencia de tratamiento de datos. Nunca ha ocultado que está recolectando la información en cuestión, ni los motivos por los cuales lo hace. Al considerar que actúa con base en sus competencias, así lo establece expresamente y por escrito en una Circular que publicita mediante una rueda de prensa ante medios masivos de comunicación. En otras palabras, la Procuraduría recolecta la información en cuestión de manera unilateral, con base en sus competencias y funciones, pero da a conocer a la opinión pública en general que lo está haciendo. De esta manera, si bien la accionante y su pareja no consintieron previamente que sus datos fueran recogidos, sí pudieron enterarse que ello estaba ocurriendo así. Adicionalmente, la Procuraduría ha demostrado transparencia al dar a conocer el tipo de información que ha recolectado y la manera en que lo ha hecho. La organización Colombia Diversa, dedicada a la protección y promoción de los derechos de las personas que hacen parte de la comunidad LGTBI, fue informada de manera amplia y concreta acerca del tratamiento que se daba a los datos recolectados por la Procuraduría.

6.2.6. El acceso de la información parece haber respetado también el principio de acceso y circulación restringida. La base de datos en cuestión no se ha puesto en internet ni se ha divulgado de forma abierta e indiscriminada. El reclamo de tutela no considera que la Procuraduría General de la Nación esté divulgando la información en cuestión. De los hechos narrados por las partes, tampoco puede considerarse lo contrario. La entidad ha

recolectado la información para permitir que centralmente se maneje la política trazada por la entidad de control. La única ocasión de la cual tiene noticia esta Sala en la que se haya dado a otra persona, es a la organización Colombia Diversa, entidad que lo hacía en representación y en defensa de los derechos de la accionante, de su pareja y, en general, de las personas de orientación sexual diversa. En otras palabras, no sólo se ha informado pública y ampliamente que los datos estaban siendo recolectados, también se ha indicado que lo estaba haciendo cuál era el tratamiento dado. De hecho, el haber dado la información a la organización Colombia Diversa está amparado por la propia ley estatutaria, como se indicó previamente.[69]

6.2.7. Tampoco existen hechos o evidencias de que la Procuraduría haya desconocido el principio de seguridad. No obstante, tampoco existe evidencia de que la Procuraduría esté tomando medidas especiales y suficientes dado el tipo de información de la cual se trata. Esta Sala considera necesario advertir que, dada la importancia del tema y los riesgos que existen de discriminación y agresión contra personas de la comunidad LGTBI, es necesario que la Procuraduría General de la Nación dé el mejor tratamiento posible a la información recolectada, en términos de seguridad. Algunos datos recientes parecen demostrar que, a medida que se avanza en la garantía del goce pleno y efectivo de los derechos fundamentales a las personas de orientación sexual diversa, la violencia y agresión social en contra de estas personas crece.[70]

Puede alegarse en gracia de discusión que la información sobre el estado civil de las personas es pública y que, por tanto, puede ser agrupada y tratada sin mayores restricciones o precauciones en materia de seguridad. Sin embargo, existen razones poderosas para descartar esta posición. En primer lugar, la base de datos en conjunto es distinta a cada uno de los datos que la conforman. Es decir, si bien los datos del registro civil de una persona son de carácter público y pueden ser empleados por autoridades y consultados por el público en general, el tratamiento de las bases de datos sobre registros civiles no tiene la misma condición. En especial si se trata de una base de datos en la que, por la manera en que los datos han sido recogidos, brindan más información de la que en principio debería dar, en este caso acerca de la orientación sexual de las personas, que en casos como el presente va estrechamente asociada al tratamiento de otro dato (el estado civil), que tiene carácter público.

En tal medida, la Procuraduría General de la Nación debe tomar las medidas adecuadas y necesarias para que la información de la accionante y de su pareja, así como del resto de personas incluidas en la base de datos acerca de solicitudes presentadas por parejas de personas del mismo sexo con fundamento en lo dispuesto en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, se guarde en las condiciones de seguridad que corresponda. Deberán tomarse medidas que reduzcan la amenaza de que la información sea filtrada o mal utilizada. Así, por ejemplo, podrán tomarse medidas como suprimir los nombres propios de las personas o los números de los juzgados correspondientes, de tal manera que la Procuraduría pueda cumplir sus cometidos, según las políticas que la propia entidad ha adoptado, sin que se exponga la identidad de las personas y sin que se permita individualizarlas. Que la información contenida en la base de datos no deje identificar de forma precisa cuáles son las personas que hacen parte de la misma, permite conciliar los intereses en conflicto. Por una parte, la Procuraduría puede actuar de acuerdo con las políticas que se ha trazado, pero a la vez, se disminuye la innecesaria amenaza a los derechos de las personas que son incluidos en esta lista.

6.2.8. La Procuraduría General de la Nación tampoco ha sido acusada de violar el principio de confidencialidad para el tratamiento de datos personales. La información recogida por la Procuraduría no está en una base de datos que esté expuesta al público y no hay razones para pensar que ello dejará de ser así, cuando la información ya no se requiera.

6.2.9. Una vez se ha dado una mirada general a los principios de tratamiento de los datos personales, es posible concluir que éstos han sido atendidos por la Procuraduría en términos generales. No obstante, como se dijo, el principio de finalidad, determinante para el reclamo de la acción de tutela, merece un mayor análisis por parte de la Corte.

6.3. La afectación al principio de finalidad del tratamiento de los datos personales

Es preciso que la Sala entre a examinar si el propósito que busca la Procuraduría General de la Nación, al confeccionar la base de datos objeto de controversia, cumple con el principio de finalidad, según el cual el fin pretendido con la recolección y tratamiento de datos personales debe ser legítimo de acuerdo con la Constitución y con la ley.

Como se dijo, a primera vista la Procuraduría General de la Nación estaría cumpliendo el principio de finalidad por cuanto se busca defender el cumplimiento de una decisión

judicial, que supone la protección de derechos fundamentales, y lo hace mediante sus facultades de intervención en los procesos judiciales (la sentencia C-577 de 2011). El objetivo que busca la Procuraduría es defender la interpretación concreta y específica que hace la entidad de la mencionada sentencia, posición jurídica según la cual las parejas de personas del mismo sexo no pueden formalizar y solemnizar su vínculo contractual a través de la aplicación analógica del artículo 113 del Código Civil.

Ahora bien, para evaluar de qué manera el uso de la información recolectada, orientado al propósito ya mencionado, resulta o no compatible con el principio de finalidad, es preciso referirse a lo decidido por la Corte en la sentencia C-577 de 2011, cuya interpretación está en el origen de la presente controversia.

6.3.1. En la sentencia C-577 de 2011 la Corte concluyó, en primer lugar, que las parejas conformadas por personas del mismo sexo constituyen familia y, como tal, merecen la protección constitucional que se dispensa a esta institución en el artículo 42 de la Carta Política. Estableció, en segundo lugar, que en la actualidad existe un déficit de protección para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, en lo que respecta a la posibilidad de “acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho”. En tercer lugar, determinó que correspondía al legislador, en el marco de la libertad de configuración que la Constitución le reconoce, expedir la regulación que permitiera suplir este déficit de protección. Sobre esta base, en el numeral 4º de la parte resolutive exhortó al Congreso de la República “para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”. A continuación, en el numeral 5º de la resolutive, determinó que “(s)i el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Los integrantes de la Sala Plena alcanzaron unanimidad en torno a estas decisiones, pero no ocurrió igual en relación con las formas en que puede darse cumplimiento a lo ordenado por la Corte y, en particular, a lo atinente al resolutive 5º de esta sentencia, asunto sobre el

que versa la presente controversia. La divergencia de posiciones planteadas por los magistrados de esta Corporación, expresadas en sus aclaraciones y salvamentos parciales de voto, evidencian que sobre este asunto aún no se ha logrado un consenso definitivo, tanto al interior de la Corte como en el conjunto de la sociedad.[71] De ahí la pluralidad de lecturas e interpretaciones a que ha dado lugar esta sentencia por parte de jueces y notarios, de otros funcionarios que están llamados a asegurar su cumplimiento, de las parejas que reclaman protección a su amparo, y de las demás personas y organizaciones sociales que también participan en esta deliberación.

La manera de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011 se irá decantando como resultado de este debate público y, en particular, de las formas que jueces y notarios encuentren, en ejercicio de su autonomía, para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte; de la regulación que el Congreso expida para superar este déficit de protección y de los pronunciamientos que este Tribunal tenga oportunidad de efectuar a propósito de las controversias que suscite el cumplimiento de esta orden.

No obstante, reconocer que se trata de una cuestión aún debatida y sobre la que no se han establecido respuestas definitivas, no puede llevar a desconocer tres premisas básicas que han de enmarcar este debate:

Primera. Los jueces y notarios no pueden rehusar el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte, pretextando “silencio u oscuridad” del Derecho que están llamado a aplicar, por cuanto ello les supondría incurrir en denegación de justicia.[72] Su negativa a dar trámite a estas solicitudes amenazaría el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para las parejas de personas del mismo sexo que piden solemnizar su unión con fundamento en lo dispuesto en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011.

Segunda. No puede perderse de vista que este debate versa sobre la manera en que ha de llevarse a cabo la protección de personas que, en razón de su orientación sexual, pertenecen a un grupo históricamente discriminado. Ello implica que, si bien la deliberación pública ha de tener un lugar importante, y la posición de las mayorías, expresada a través de la ley, tiene un peso específico en esta deliberación, ella en sí misma no puede zanjar la

discusión. El sentido del debate no versa, por tanto, sobre las preferencias agregadas que los integrantes de la sociedad expresen al respecto. La pregunta es otra. Consiste en cómo la sociedad ha de cumplir con la obligación constitucional de colmar el déficit de protección que en la actualidad aqueja a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Ha de recordarse que el sentido del constitucionalismo consiste en el establecimiento de límites jurídicos al poder, en procura de garantizar los derechos fundamentales de todas y cada una de las personas que integran la sociedad. En democracia, el poder está depositado en quienes representan a las mayorías. Por tanto, cuando las mayorías, a través de sus decisiones u omisiones, no dan cumplimiento a sus obligaciones constitucionales, el debate no puede simplemente concluir señalando que las cosas son así, porque las mayorías quieren que así sea. Es ahí donde está llamado a intervenir el juez constitucional, como árbitro en esta deliberación, para recordar que en una democracia constitucional las decisiones de las mayorías no pueden implicar desproteger a las minorías.

Tercera. En el debate público que hoy discurre en nuestra sociedad sobre la manera de dar cumplimiento a la obligación establecida en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, no es válido que una persona o institución que no ostenta la competencia para interpretar con autoridad la Constitución ni las decisiones de la Corte Constitucional, pretenda imponer su particular lectura de esta sentencia por vía de advertencias generales que puedan estar respaldadas en el uso del poder disciplinario. Retomando la expresión de Peter Häberle, si la definición del sentido de la Constitución se establece de manera deliberativa, en una “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”[73], ningún sujeto puede pretender imponer su criterio ni acallar las voces de los demás intérpretes. Tan solo este Tribunal, en razón de la misión constitucional que le ha sido encomendada, puede intervenir como árbitro en esta discusión y, en un contexto deliberativo, adoptar y justificar las decisiones que con autoridad se adopten sobre esta cuestión.

6.3.2. De lo expuesto se infiere que la sentencia C-577 de 2011 ha dado lugar a múltiples lecturas acerca de la manera en que jueces y notarios han de dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5º de la resolutive, en el sentido de posibilitar a las parejas del mismo sexo el formalizar y solemnizar su vínculo contractual. En consecuencia, hasta tanto el legislador no atienda al exhorto efectuado en aquella sentencia, ha de entenderse que estos funcionarios han de dar cumplimiento a esta orden, en el marco de sus competencias, con arreglo a las posibilidades que la Constitución y la ley les brindan para ejercer su oficio.

En ese orden de ideas, y como lo ha sostenido el Ministerio Público, la finalidad que busca con el establecimiento de una base de datos que posibilite a esta entidad identificar e intervenir en los procesos de solicitudes de formalización del vínculo contractual por parte de las parejas de personas del mismo sexo, es asegurar que los jueces y notarios apliquen la sentencia conforme a la lectura que de la misma ha efectuado la Procuraduría.

La finalidad de hacer valer y verificar el cumplimiento de una decisión judicial es, sin duda, una finalidad legítima para el tratamiento de datos personales, incluso de carácter sensible, como ocurre en el presente caso. Pero este propósito no puede servir para acudir a directrices de carácter general que, más allá del ámbito interno, pretendan proyectarse sobre jueces y notarios, a través de las cuales se trata de dar fuerza general obligatoria a una determinada interpretación de la sentencia C-577 de 2011; como quedó expresado, este pronunciamiento ha dado lugar a múltiples lecturas, sobre las cuales aún no existe un consenso definitivo y, por tanto, se hace necesario continuar la discusión, sobre la base de las tres premisas antes indicadas.

6.3.3. En este orden de ideas, la finalidad específica que orienta la recolección y tratamiento de estos datos por la Procuraduría no respeta el principio de finalidad por las siguientes razones:

6.3.3.1. En primer lugar, y como ha quedado expuesto, porque en lugar de hacer valer y verificar el cumplimiento de una decisión judicial (la sentencia C-577 de 2011), el uso que el Ministerio Público se propone dar a la información obtenida de esta base de datos altera las condiciones de la deliberación pública y legítima sobre la manera en que debe garantizarse la efectividad de lo ordenado por la Corte.

6.3.3.2. En segundo lugar, porque el uso que el Ministerio Público pretende dar a la información recolectada puede llegar a comprometer el derecho fundamental de las personas de acceder a una justicia pronta y cumplida, que sea impartida por funcionarios independientes y autónomos funcionalmente, que garanticen la neutralidad y la imparcialidad de las decisiones que se adopten (art. 229 CP).

La protección del goce efectivo de los derechos fundamentales a constituir una familia por

vínculos jurídicos depende entonces del ejercicio del derecho fundamental al acceso a la justicia. El recurso a la garantía judicial para hacer valer este derecho fue además ratificado por este Tribunal en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011. El poder presentar la solicitud de reconocimiento del vínculo contractual solemne para la familia conformada por una pareja de personas del mismo sexo, en los términos señalados por dicha sentencia, y a que esta sea tramitada por jueces independientes e imparciales y resuelta, con arreglo a lo previsto en el artículo 230 de la Constitución, forma parte del derecho de acceso a la justicia.

Para el caso de los notarios, aunque no tienen ni la independencia ni la autonomía funcionales e institucionales propias de los jueces de la República, si cumplen funciones jurisdiccionales y, por tanto, en tal condición requieren un espacio similar de autonomía y, en cualquier caso, depende de la autonomía e independencia judicial en general. En su función de formalizar el vínculo contractual entre las parejas que así lo solicitan, las personas encargadas de dar fe pública notarialmente aplican el derecho legislado. Pero a la vez, para resolver casos y situaciones concretas que se presentan, los jueces y notarios también siguen el derecho jurisprudencial. Esto es, el conjunto de precedentes judiciales que sirven como modelos de solución de casos similares futuros.

La superación del déficit de protección constatado en la sentencia C-577 de 2011, teniendo en cuenta que pasado el veinte (20) de junio de dos mil trece (2013) el Congreso de la República no había hecho nada para corregir esta situación contraria al orden constitucional vigente, es un asunto que en la actualidad compete resolver a jueces y notarios, con sujeción a las normas Constitucionales y legales que enmarcan el ejercicio de sus competencias. La independencia y autonomía de quienes desempeñan funciones jurisdiccionales deben ser valores que la Procuraduría General de la Nación asegure y procure.

6.3.3.3. En tercer lugar, porque el Ministerio Público pretende utilizar la información recolectada y almacenada en esta base de datos para hacer valer una lectura de la sentencia C-577 de 2011, a través de directrices de carácter general, que más allá del ámbito interno, pretenden proyectarse sobre jueces y notarios, con el propósito de dar fuerza general obligatoria a dicha interpretación. En tanto la Procuraduría General de la Nación cuenta con la importante función de 'ejercer vigilancia superior de la conducta oficial

de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley' (art. 277, num. 6, CP), es posible suponer que algunos funcionarios no entiendan la posición del Ministerio Público como una postura más dentro de un debate abierto, sino que asuman que tal entidad puede llegar a activar su poder de control en caso de que su interpretación no sea acogida.

6.4. Síntesis

En resumen, la Procuraduría General de la Nación podría llegar a afectar los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al recaudar y tramitar sus datos incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer valer una interpretación de la sentencia C-577 de 2011, a través de directrices de carácter general, que más allá del ámbito interno, pretenden proyectarse sobre jueces y notarios, con el propósito de dar fuerza general obligatoria a la lectura que de aquella decisión judicial ha efectuado el Ministerio Público.

En otras palabras, no se violaron los derechos de la accionante y de su pareja al haber accedido a un dato sensible que se deduce de datos personales a los que legítimamente se tuvo acceso. No obstante, sí hay una violación parcial del principio de finalidad del tratamiento de los datos, pues aunque es válido que se quiera emplear esa información para hacer cumplir una decisión de constitucionalidad y hacer valer los derechos fundamentales de las personas, no es válido que aquella información se utilice para (i) imponer a través de directrices de carácter general una determinada lectura de la sentencia C-577 de 2011, tratando de dar a la misma fuerza general obligatoria; a la vez (ii) sugerir que se podría usar el poder de vigilancia y control en contra de aquellas personas que puedan desatender tal posición.

Estos medios de intervención ante el poder judicial afectan las competencias y la autonomía e independencia institucional de los funcionarios judiciales y, en consecuencia, afectan el derecho de acceso a la justicia de la accionante y de su pareja. El tratamiento de datos personales como los de la base de datos en las que han sido incluidas, en especial porque de ella se deducen datos sensibles, no puede tener como fin el restringir la autonomía e independencia de quienes desempeñan funciones jurisdiccionales, por cuanto tal objetivo es

un fin ilegítimo a la luz de la Constitución, en tanto contraría lo previsto en los artículos 228, 229 y 230 superiores y, por ello, viola el principio de finalidad de los datos personales.

A continuación pasa la Sala de Revisión a exponer las conclusiones y señalar cuáles son las medidas de protección a tomar en el presente caso.

7. Conclusión

7.1. La Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la información ni a la intimidad de una persona cuando accede a datos personales sensibles derivados de datos personales no sensibles, que ha conocido por ser parte de un proceso judicial en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. Por supuesto, esta información deberá tratarse de manera restrictiva y respetando los principios y las reglas establecidas en la Constitución, la Ley estatutaria y el resto del ordenamiento para tales casos, en especial los principios de seguridad y confidencialidad.

7.2. La Procuraduría General de la Nación podría llegar a afectar por vía general los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer valer, a través de directrices de carácter general respaldadas por el uso del poder disciplinario, una interpretación única y específica de una sentencia en la que, por el contrario, la Corte determinó la existencia de un déficit de protección para las parejas del mismo sexo en lo que respecta a las vías jurídicas de las que disponen para formalizar y solemnizar su unión, pero no determinó la manera en que el legislador debe remediar tal situación de infraprotección o, en su defecto, los jueces y notarios proceder a formalizar de manera solemne los vínculos entre parejas del mismo sexo que así lo soliciten. El uso específico que la Procuraduría hace de la información contenida en esta base de datos constituye una violación parcial del principio de finalidad del tratamiento de los datos, pues aunque es válido que se quiera emplear esa información para hacer cumplir una decisión de constitucionalidad y hacer valer los derechos fundamentales de las personas, no es válido que aquella información se utilice para (i) imponer a través de directrices de carácter general una determinada lectura de la sentencia C-577 de 2011, tratando de dar a la misma fuerza general obligatoria; a la vez (ii) sugerir que se podría usar el poder de vigilancia y control en contra de aquellas personas que puedan desatender tal posición.

Estos medios de intervención afectan las competencias y la autonomía e independencia institucional de quienes desempeñan funciones judiciales (arts. 228 y 230 CP) y, en consecuencia, amenazan el derecho de acceso a la justicia de la accionante y de su pareja y demás personas que, en igual situación, demandan el reconocimiento formal y solemne de su vínculo familiar (art. 229 CP).

7.3. Por lo anterior, se revocará la sentencia objeto de revisión para, en su lugar, amparar los derechos a la intimidad, al habeas data, a la no discriminación y al acceso a la justicia de la accionante. Para materializar esta protección, se advertirá a la Procuraduría General de la Nación que adopte las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la confidencialidad y la seguridad de los nombres de la accionante y de su pareja y defina las condiciones de tratamiento de la base de datos en la que han sido incluidas la accionante y su pareja (para la defensa de sus derechos y con el respeto de los de jueces y notarios), con el auxilio de la Defensoría del Pueblo.

7.4. De igual manera, se declarará que los funcionarios judiciales tienen la facultad de resolver las solicitudes que, con fundamento en lo dispuesto en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, les son sometidas a su consideración por parejas de personas del mismo sexo, en condiciones de autonomía e independencia institucional y funcional, y con arreglo a lo previsto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia. Por último, se hará un llamado a la Procuraduría General de la Nación para que se abstenga de imponer por vía general una determinada lectura de la manera en que notarios y jueces deben cumplir con lo ordenado en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, a fin de evitar que se coarte el margen de autonomía que la Constitución y la ley atribuye a estos funcionarios para interpretar y aplicar el derecho.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013) de la Subsección 'A' de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida

dentro del proceso de la referencia, que declaró la improcedencia de la tutela. En su lugar, TUTELAR los derechos a la intimidad, al habeas data, a la no discriminación y al acceso a la justicia de Sandra Marcela Rojas Robayo.

Segundo.- ADVERTIR a la Procuraduría General de la Nación que tome las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la confidencialidad y la seguridad de los nombres de la accionante y de su pareja y defina las condiciones de tratamiento de la base de datos en la que han sido incluidas la accionante y su pareja.

Tercero.-HACER UN LLAMADO a la Procuraduría General de la Nación para que se abstenga de imponer por vía general una determinada lectura de la manera en que notarios y jueces deben cumplir con lo ordenado en el resolutivo 5º de la sentencia C-577 de 2011, a fin de evitar que se coarte el margen de autonomía que la Constitución y la ley atribuye a estos funcionarios para interpretar y aplicar el derecho.

Cuarto.- Ordenar a la Subsección 'A' de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que notifiquen la presente sentencia dentro del término de cinco (5) días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-444/14

PERJUICIO IRREMEDIABLE DEBE SER INMINENTE O PROXIMO A SUCEDER-Caso en que se hace referencia a hechos inciertos sobre lo que la Procuraduría podría llegar a hacer con la información (Salvamento parcial de voto)

A mi juicio, los elementos fácticos que llevaron a la Sala a considerar que la Procuraduría con la información recopilada podría vulnerar los derechos de la accionante, son hechos inciertos sobre lo que la Procuraduría podría llegar a hacer con dicha información, lo cual no configura un perjuicio irremediable. Máxime si se tiene en cuenta que dicha autoridad esta revestida de funciones constitucionales para vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, la protección de los derechos humanos, el interés de toda la sociedad, entre otros

Referencia: Expediente T-4236830

Acción de tutela de Sandra Marcela Rojas Robayo contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

1. La ciudadana Sandra Marcela Rojas interpuso acción de tutela considerando que la Procuraduría General de la Nación vulneraba sus derechos fundamentales a la privacidad, protección de datos personales, intimidad individual y familiar

con la expedición de la Circular 013 de 2013. En esta circular, la Procuraduría

solicitó a los procuradores regionales judiciales y provinciales remitir semanalmente (i) el número de solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo o de uniones contractuales y, (ii) copia de cada una de las solicitudes de matrimonio o de unión solemne.

La Procuraduría General de la Nación informó que: (i) está dentro de sus facultades constitucionales (art. 277) y legales recopilar este tipo de información; (ii) la recolección de esta información se hace bajo supuestos legales y sobre documentos que tienen el carácter de solemne, público y no reservado tal como se infiere del artículo 132 del Código Civil; y (iii) lo realiza con el fin de hacer cumplir la Sentencia C-577 de 2011.

2. Comparto la consideración realizada en el numeral T de la sentencia, donde se concluye que:

“7.1. La Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la información ni a la intimidad de una persona cuando accede a datos personales sensibles derivados de datos personales no sensibles, que ha conocido por ser parte de un proceso judicial en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. Por supuesto, esta información deberá tratarse de manera restrictiva y respetando los principios y las reglas establecidas en la Constitución, la Ley estatutaria y el resto del ordenamiento para tales casos, en especial los principios de seguridad y confidencialidad”.

Por lo mismo, me aparto de la decisión tomada por la mayoría, porque, pese a reconocer la facultad de la Procuraduría para solicitar dicha información, se decidió conceder la protección invocada tutelando los derechos a la intimidad, al habeas data, a la no discriminación y al acceso a la justicia de la accionante, basándose en la posible existencia, a futuro, de un perjuicio irremediable.

Acorde con la reiterada jurisprudencia constitucional, “el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, esto exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren”. En la sentencia se afirmó que la “Procuraduría General de la Nación podría llegar a afectar por vía general los derechos a la intimidad, a la igualdad y

no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo) (...)[75]

3. A mi juicio, los elementos fácticos que llevaron a la Sala a considerar que la Procuraduría con la información recopilada podría vulnerar los derechos de la accionante, son hechos inciertos sobre lo que la Procuraduría podría llegar a hacer con dicha información, lo cual no configura un perjuicio irremediable. Máxime si se tiene en cuenta que dicha autoridad esta revestida de funciones constitucionales para vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, la protección de los derechos humanos, el interés de toda la sociedad, entre otros.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

[1] Auto de veinticinco (25) de febrero de dos mil catorce (2014). La Sala de Selección Número Dos está conformada por los Magistrados María Victoria Calle Correa y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[2] Acción de tutela; expediente, folios 1 a 12.

[3] Se adjunta copia del Acta de Matrimonio celebrado por las accionantes ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá; Expediente, folios 14 a 15.

[4] Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013, 'Directrices, recomendaciones y peticiones en relación con el resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011'. Procurador General, Alejandro Ordoñez Maldonado (7 de junio de 2013).

[5] Copia del documento anexa a la acción de tutela de la referencia. Expediente, folios 34 y 35.

[6] Al respecto ver Expediente, folios 60 (reverso), 61 y 62.

[7] Copia del documento anexa a la acción de tutela de la referencia. Expediente, folio 33.

[8] La tutela hace referencia a la sentencia T-811 de 2010.

[9] Dice la tutela al respecto: “En gracia de discusión, podría decirse que nuestra orientación sexual y los demás datos consignados en la solicitud son de naturaleza pública pues se hacen evidentes al momento de elevar la solicitud ante la jurisdicción para contraer matrimonio y por lo tanto el nivel de intimidad es menor, pero esto no es cierto. Por una parte, la orientación sexual continua siendo un dato personal de carácter sensible ya que la solicitud de matrimonio realizada por nosotros no afecta su naturaleza, en razón a que i) es un elemento esencial de nuestro ser y determinante de nuestra identidad, ii) sigue siendo un dato que hace parte de nuestra intimidad, iii) su tratamiento inadecuado puede generar altos riesgos en términos de vulneración de derechos en razón a ser un criterio sospechoso de discriminación y iv) nuestra orientación sexual y los demás datos (nuestro o de los testigos) fueron suministrados exclusivamente para efectos del trámite de matrimonio. || Por ende, resulta indiferente que se haya hecho la solicitud de matrimonio y que las actividades jurisdiccionales sean objeto del control y vigilancia de organismos como la Procuraduría; nuestra orientación sexual que se devela con la solicitud hecha por la Procuradora Delegada sigue teniendo carácter privado, solo fue autorizado su uso dentro del trámite en mención y en consecuencia, para manipular esta información por fuera del ámbito de la solicitud por nosotros elevada se requiere cumplir con unos requisitos específicos.”

[10] Dijo al respecto: “1) En primer lugar, la solicitud de la Procuraduría de pedir las copias de todas las solicitudes de matrimonio presentadas por parejas conformadas por personas del mismo sexo no tiene ninguna finalidad justificada constitucionalmente y tampoco se ampara en las funciones de la Procuraduría General, ni de sus delegadas. ¿En qué medida saber quiénes son los/as solicitantes, cuántos son y dónde radicaron sus solicitudes permite el ejercicio de las funciones de vigilancia y control de la Procuraduría? Consideramos que esta información es irrelevante para la entidad, puesto que las solicitudes son presentadas con fundamento en la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional como suprema intérprete y guardiana de la Constitución y no es de relevancia los datos personales contenidos en las mismas. || Tampoco se entiende por qué la Procuraduría solicita esta información cuando a través de los procuradores judiciales puede controlar la legalidad de los procedimientos jurídicos que se realizan y tampoco es claro por qué no justifica en la circular la razón por la que desconoce la presunción de legalidad de las actuaciones judiciales, si su objetivo es vigilar el ejercicio de la función jurisdiccional. Siendo así, al no justificarse cuál es el fin que se persigue al solicitar la información y al no estar sustentado

en sus funciones, resulta cuando menos excesiva la solicitud de estos datos y de suyo, el tratamiento que de ellos se haga.”

[11] La tutela dijo al respecto: “La Procuraduría tampoco solicitó autorización expresa a los solicitantes y los testigos, para pedir su información personal, como la orientación sexual, documentos de identidad, direcciones y teléfonos. Como precisamos antes, los datos contenidos en la solicitud de matrimonio no se convierten en públicos por estar contenidos en la solicitud sino que por su carácter personal, cobijados por el derecho a la intimidad, sigue siendo datos personales e incluso algunos, como nuestra orientación sexual, de carácter sensible. || Existe una expectativa razonable de intimidad en el proceso de matrimonio al ser un evento personal que sólo convoca y compete a los directamente involucrados, esto es, los contrayentes. Al tener esta naturaleza de procedimiento relacionado estrechamente con la esfera personal, los datos que se aportan allí obedecen estrictamente al uso que dentro del trámite se dé y a la autorización que dan los involucrados cuando realizan la solicitud. [...]”

[12] La tutela dice al respecto: “Si en gracia de discusión la Procuraduría hubiera solicitado la información con fines históricos o estadísticos, en su solicitud tampoco pidió la reserva de la identidad de los/as solicitantes, lo que desconoce la ley estatutaria de habeas data. En este orden de ideas, la única información que hubiese podido pedir la Procuraduría, sería el número de solicitudes presentadas, con el fin de tener el registro estadístico, pero en ninguna ocasión, copia de las solicitudes presentadas que diera cuenta de los datos personales de los solicitantes y los testigos, dentro de los que se encuentran nuestra orientación sexual.”

[13] Abogado Carlos Enrique Palacios Álvarez; intervención en el Expediente, folios 83 a 95.

[14] Sobre la celebración de un matrimonio por parte de las accionantes se indica: “[...] es cierto en cuanto según la información que posee la Procuraduría, las demandantes contrajeron matrimonio el cuatro (4) de octubre de dos mil trece (2013), situación que la consideró contraria al orden jurídico y particularmente al espíritu de los artículos 42 y concordantes de la Carta Política y 113 del Código Civil, en armonía con la propia sentencia C-577 de 2011 a cuyo texto una vez más me remito.”

[15] Expediente, folios 96 a 97.

[16] Dice el texto presentado a la Corte: “Colombia Diversa ha sido la organización que ha acompañado a las accionantes durante el proceso de solicitud de matrimonio, razón por la cual en esta oportunidad acudieron nuevamente a nosotros para solicitar nuestro apoyo. [...]” Expediente, folios 48 y siguientes.

[17] Se cita cada uno de los casos, con fecha de intervención de la Procuraduría (dos del 8 de julio, una del 9 de julio, dos del 13 de julio, una del 5 de agosto, otra del 6 de agosto, dos del 13 de septiembre, dos del 18 de ese mismo mes, y dos más del 21 de octubre; todas de 2013); identificando el respectivo juzgado y el número de radicado. Los nombres de cada una de las parejas se remplazan con las letras AA y BB.

[18] Se identifican de forma precisa los juzgados antes los cuales se presentaron las dos peticiones de Medellín, así como el número de radicado.

[19] Se citan varios Autos de la Corte Constitucional en los cuales se fundó la solicitud de nulidad presentada a la Corporación.

[20] La sentencia de instancia estableció el problema jurídico en los siguientes términos: “La Sala debe determinar si la entidad demandada ha vulnerado a las accionantes los derechos fundamentales a la intimidad y al habeas data, con ocasión de la expedición de las Circulares N° 013 de siete (7) de junio de dos mil trece (2013) y 001 de dos (2) de julio de dos mil trece (2013), la primera emitida por la Procuraduría General de la Nación y la segunda pro la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles.”

[21] Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, (CP Gerardo Arenas Monsalve). Radicación N° 08001-23-31-000-2010-00135-01 (1575-12).

[22] Dice el Consejo de Estado, “Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán

susceptibles de control judicial. [En el mismo sentido, ver: Sección Cuarta, sentencia de 13 de marzo de 1998, exp. 8487; Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, exp. 00285, CP Rafael Ostau de Lafont Pianeta; de 3 de febrero de 2000, exp 5236. CP Manuel Santiago Urueta; de 14 de octubre de 1999, exp 5064. CP Manuel Urueta Ayola y providencias de 10 de febrero de 2000, exp. 5410 y de 1 de febrero de 2001, exp. 6375, ambas CP Olga Inés Navarrete Barrero.]” Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 20 de marzo de 2013 (CP Gerardo Arenas Monsalve). Radicación N° 08001-23-31-000-2010-00135-01 (1575-12).

[23] Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 20 de marzo de 2013 (CP Gerardo Arenas Monsalve). Radicación N° 08001-23-31-000-2010-00135-01 (1575-12).

[24] La sentencia del Tribunal Administrativo hace referencia a una decisión del año 2013, ya citada, que se funda a su vez, entre otras, en la sentencia

[25] Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

[26] Corte Constitucional. Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

[27] Corte Constitucional, sentencia T-560 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[28] Corte Constitucional, sentencia T-560 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[29] Ver entre otras las siguientes sentencias: T-102 de 2009 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-680 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-705 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-113 y T-241 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-669 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[30] Abogada Tania María Camila Luna Blanco. El poder obra a folios 12, cuaderno 1.

[31] De acuerdo con el acta expedida por el Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá.

[32] El tercer considerando de la Circular 013 de (2013) de la Procuraduría General de la

Nación dice: “Que dentro del término de ejecutoria de la Sentencia C-577 de 2011, es decir, dentro de los tres (3) días posteriores a su notificación, la Procuraduría General de la Nación y algunos ciudadanos solicitaron a la Sala Plena de la Corte Constitucional declarar la nulidad de la citada sentencia, mientras que otro, en nombre de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, y un Representante a la Cámara solicitaron a esa misma Corporación hacer algunas aclaraciones con respecto a esa decisión judicial.”

[33] El quinto considerando de la Circular 013 de (2013) de la Procuraduría General de la Nación dice: “Que desde que se presentó su solicitud de nulidad (el 29 de mayo de 2011) y hasta el día de hoy, en reiteradas ocasiones esta Jefatura le ha solicitado a la Sala Plena de la Corte Constitucional resolver las solicitudes de nulidad y aclaración que los días veintinueve (29), treinta (30) y treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) se presentaron con relación a la sentencia C-577 de 2011, sin que hasta la fecha se haya dado solución a las mismas y ésta ni siquiera haya sido incluida en el orden [del] día de esa Corporación.”

[34] El sexto considerando de la Circular 013 de (2013) de la Procuraduría General de la Nación dice: “Que el día 24 de abril del año en curso, el Senado de la República, en decisión mayoritaria (51 votos contra 17), resolvió legislar negativamente y archivar el Proyecto de Ley N° 47 de 2012 - Senado, ‘por el cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones’, el cual expresamente señalaba como su fundamento la sentencia C-577 de 2011.”

[35] El séptimo considerando de la Circular 013 de 2013 de la Procuraduría General de la Nación dice: “Que desde que se dio a conocer la decisión adoptada en la sentencia C-577 de 2011, y especialmente desde que el Senado de la República resolvió archivar el único proyecto de Ley que hasta ahora se ha discutido en el seno del Congreso de la República con el propósito de responder al exhorto que la Corte Constitucional le hiciera en el resuelve cuarto de esa sentencia judicial, se ha generado una inmensa controversia jurídica y social con respecto a los efectos jurídicos del resolver quinto de la misma. || [...] algunos consideran que a partir de esa fecha las parejas del mismo sexo podrán acudir ante los notarios y los jueces de la República para formalizar y solemnizar un vínculo contractual hasta ahora inexistente, mientras otros, entre quienes se encuentran las personas que en su momento promovieron la demanda de inconstitucionalidad que dio lugar a la citada

sentencia (pretendiendo que se declararan inexecutable o que fueran condicionados los artículos legales que la Corte Constitucional finalmente declaró executable o respecto de los que se declaró inexecutable), consideran que a partir de esa fecha las parejas del mismo sexo podrán contraer matrimonio;”

[36] El octavo considerando de la Circular 013 de 2013 de la Procuraduría General de la Nación dice: “Que como controversia de esta aguda controversia, relativa al efecto del resuelve quinto de la sentencia C-577 de 2011, el Superintendente de Notariado y Registro, notarios de la República, Senadores y ciudadanos, han formulado solicitudes y derechos de petición a esta Jefatura, solicitando lineamientos o precisiones sobre la manera en que es posible dar cumplimiento al citado resuelve, en atención a la incertidumbre que genera el hecho de que, como reiteradamente incluso lo sostiene la propia Corte Constitucional en aquella sentencia, no existe ‘en el ordenamiento jurídico colombiano una forma específica para formalizar las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo.’ Y que peticiones semejantes también se han presentado a otras autoridades administrativas y judiciales.”

[37] Primera y segunda directrices: “1. Acompañar y supervisar que los notarios y los jueces de la República ante quienes se presenten parejas conformadas por personas del mismo sexo con el fin de solemnizar o formalizar el vínculo contractual que tengan o pretendan establecer entre ellas, les permitan hacerlo de conformidad al marco jurídico vigente. || 2. Promover y facilitar que tanto los notarios y los jueces de la República, como las autoridades administrativas que actúen con motivo de lo establecido en el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011, en todo caso lo hagan de conformidad con las normas constitucionales, legales y administrativas pertinentes.” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[38] Tercera directriz: “Vigilar que en toda situación en que se permita la formalización y solemnización del vínculo contractual al que se refiere el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011, o se informe de esta posibilidad por canales oficiales, en todo caso se respeten los derechos de las parejas del mismo sexo reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de todas las personas involucradas en su cumplimiento.” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[39] Cuarta directriz: “Vigilar que se respete el derecho fundamental a la libertad de la conciencia de jueces y notarios, así como de cualquier otro servidor público o particular que cumpla funciones públicas relacionadas con el cumplimiento del resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011. || Este derecho fundamental se garantiza según el artículo 18 constitucional a través del pronombre indeterminado «[n]adie», para significar que a ninguna persona, lo que incluye a los servidores públicos (como es el caso de los miembros de las Corporaciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 Constitucional y lo explicado en las Sentencias C-859 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y C-036 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; o de otros funcionarios públicos como el Procurador General de la Nación, tal y como se reconoce en el Auto 327 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), se le puede vulnerar la libertad de la conciencia. || A su vez, esta libertad incluye: (i) la libertad para formar libremente la propia conciencia y para actuar conforme a los imperativos de la misma, ya sea individual o colectivamente; (ii) la libertad para no ser molestado por razón de las convicciones o creencias propias ni compelido a actuar en contra de ellas; y (iii) la libertad para objetar en conciencia y resistirse a obedecer un imperativo jurídico que pugne con las creencias religiosas o las convicciones morales y éticas propias, la cual implica, además, la libertad para resistirse «a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito» (Sentencia C-728 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Además, el citado derecho, al que en forma alguna se refiere la Sentencia C-577 de 2011, es un derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85), como se dispone de manera general en el artículo 41 del Decreto 2591 de 1991 y como también lo ha reconocido de manera específica la Sala Plena de la Corte Constitucional, y por tanto, el mismo es susceptible de protección por vía de acción de tutela, sin que para ello sea necesaria ninguna reglamentación. || Lo anterior, sin perjuicio de que una reglamentación semejante, por expresa disposición constitucional (literal (a) del artículo 152), está reservada a una Ley Estatutaria que profiera el Congreso de la República y, por lo tanto, de ninguna manera puede

promoverse por parte de autoridad administrativa o judicial alguna.” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[40] Quinta y sexta directriz: “” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[42] Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[43] Las consideraciones de la Procuraduría General de la Nación fueron las siguientes: “(i) Que en la Constitución Política, en especial de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 13, 16, 18, 42, 94, 113, 121, 131, 150 y 152, se reconocen la dignidad humana, los fines esenciales del Estado, la soberanía popular, la supremacía constitucional, los principios de legalidad y separación de poderes, los derechos inherentes o inalienables de la persona humana y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, la reserva de ley estatutaria para la reglamentación de los derechos fundamentales; al mismo tiempo que se establecen diferentes asuntos en materia de matrimonio, familia y estado civil que son de exclusiva reserva legal. || (ii) Que tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-886 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), «los instrumentos internacionales, al igual que las normas [nacionales] se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer; precepto reflejado en la Convención Americana de Derechos Humanos artículos 17 y 23. Así las cosas, no se puede deducir -a menos que se acepte que es una apreciación personal o subjetiva, [...] - que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación a los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Kopf y Shalk vs. Austria)». || (iii) Que, cuando las parejas conformadas por personas del mismo sexo acudan ante los notarios de la República con el propósito de formalizar o solemnizar su vínculo contractual en los términos previstos en la Sentencia C-577 de 2011, los mismos en todo caso deberán actuar de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2°, 3°, 4°, 6°, 8°, 12, 13, 14, 15, 17, 21, 29, 68, 156 y 198 del Decreto Ley 960 de 1970, Estatuto del Notariado, y de las demás normas contenidas en el mencionado Estatuto o que lo reglamenten, en donde expresamente se establecen sus competencias y se reitera que todas sus funciones se encuentran regladas y sometidas al imperio de la Ley. || (iv) Que, según se establece con el artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, las sentencias «de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general». || Que, de conformidad con lo anterior, se tiene que en los resuelve primero, segundo y tercero

de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011 la Sala Plena de la Corte Constitucional en todo caso resolvió (i) declarar exequible la expresión «un hombre y una mujer», contenida en el artículo 113 del Código Civil; (ii) declararse inhibida para pronunciarse de fondo respecto de la expresión «de procrear», contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas; y (iii) declararse inhibida para pronunciarse de fondo respecto de la expresión «de un hombre y una mujer» contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, «por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales» (subrayas fuera del texto). || De donde resulta incuestionable que, de conformidad con esta decisión judicial, lo ajustado a la Constitución es que «[e]l matrimonio [sea] un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente» (artículo 113 del Código Civil) y que la familia se constituya «por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla» (artículo 2º de las Leyes 294 de 1996 y 1361 de 2009). || Que, de otra parte, en los resuelve cuarto y quinto de la Sentencia C-577 de 2011 la Sala Plena de la Corte Constitucional también resolvió exhortar al Congreso de la República «para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas» (resuelve cuarto) y establecer que (v) «[s]i el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual» (resuelve quinto). || Y que, por lo tanto, necesariamente debe distinguirse entre (a) lo que la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para hacer —«con total respeto hacia [su] facultad de configuración» y atendiendo a su condición de «máximo representante de la voluntad popular», como se dice expresamente en la misma Sentencia C-577 de 2011—, es decir, legislar sobre los derechos de las parejas del mismo sexo pero conservando su autonomía y competencias pues así exige «el principio democrático»; y (b) lo que la Sala Plena de esa misma Corporación entendió que las parejas del mismo sexo «podrán» hacer si el Congreso no legisla en el plazo otorgado, esto es, «acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual [...] de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión» —aún sin perjuicio de que el Congreso de la República mantenga «su competencia legislativa sobre la materia, pues así

lo impone la Constitución»—, y lo que esto significa para los jueces y los notarios de la República.” Hay un quinto numeral de consideraciones dedicado a transcribir algunos apartes de la sentencia C-577 de 2011.

[44] Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[45] Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[46] Dice la recomendación: “Exhorto nuevamente a la Sala Plena de la Corte Constitucional para que resuelva las solicitudes de nulidad y de aclaración que se han presentado con respecto a la Sentencia C-577 de 2011 y que todavía se encuentran pendientes. Lo anterior, en aras de promover la efectividad y sentido de estas solicitudes, así como advirtiendo de la grave incertidumbre que se ha suscitado con motivo de que las mismas no se hayan solucionado con anterioridad al vencimiento del término establecido en el resuelve quinto de la mencionada Sentencia, así como de los efectos que supondrá ese vencimiento.” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[47] Dice la recomendación: “Exhorto a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que, sin perjuicio de la autonomía judicial (artículos 228 y 230 constitucionales y 5° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), en aras de garantizar el sometimiento de los jueces de la República al imperio de la Ley (artículo 230 constitucional) y de velar por la eficacia de la justicia (artículo 257 constitucional, numeral tercero), evalué la posibilidad de recordar a los jueces las normas constitucionales y legales que resultan pertinentes para el cumplimiento de lo dispuesto en el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011. De igual forma, que si lo considera pertinente advierta al Congreso de la República de los vacíos que estima que existen respecto del contrato al que se refiere el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011, en lo que se refiere a sus requisitos, efectos, condiciones, entre otros; o que, en su defecto, en virtud de la iniciativa legislativa que le otorga el artículo 4° del artículo 256 Constitucional, proponga las reformas legislativas que considere pertinentes para su debido cumplimiento.” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[48] Dice la recomendación: “Exhorto al Congreso de la República para que, dado que ya resolvió archivar definitivamente el proyecto de Ley con el que se pretendió modificar el artículo 113 del Código Civil y permitir el matrimonio de parejas conformadas por personas

del mismo sexo, en virtud de los exhortos que, a su vez, en su momento la Corte Constitucional le ha hecho en las Sentencias C-283 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y en la Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), legisle «de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo» o «sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que [...] afecta a las mencionadas parejas». O, en su defecto, que por vía de Ley o de Acto Legislativo, según lo considere más pertinente, establezca su posición definitiva sobre estos asuntos en su condición de legislador ordinario o constituyente derivado. || En el mismo sentido, en ejercicio de mi función de proteger y asegurar los derechos fundamentales (artículo 277 constitucional, numeral 2º), nuevamente exhorto al Congreso de la República para que, a partir de lo dispuesto en el literal b) del artículo 152 constitucional, profiera una Ley Estatutaria en donde se reglamente de manera integral y sistemática sobre los derechos fundamentales a la libertad y a la objeción de la conciencia, de conformidad con lo dispuesto de lo establecido en el artículo 18 constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia. Lo anterior, previendo lo relativo a su procedencia en materias como la tratada en la Sentencia C-577 de 2011, tal y como sucede en otros países del mundo.” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[49] Dice la recomendación: “Exhorto al Gobierno Nacional para que, con el propósito de evitar una mayor congestión judicial y en defensa de la seguridad jurídica, presente al Congreso de la República los proyectos de Ley que considere pertinentes para facilitar el debido cumplimiento de lo dispuesto en el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011. O, en su defecto, si lo considera necesario, proponga al Congreso de la República un proyecto de referendo para que éste pueda someter a la voluntad del Constituyente Primario los asuntos que son objeto de esa decisión judicial, en tanto que es la misma Constitución quien reconoce a la familia como la «la institución básica» (artículo 5º) y «el núcleo fundamental de la sociedad» (artículo 42).” Procuraduría General de la Nación, Circular N° 013 de 2013.

[50] Copia del documento anexa a la acción de tutela de la referencia. Expediente, folio 33.

[51] Dijo la Procuradora Delegada: “El señor Procurador General de la Nación me ha

encomendado de manera especial que manifieste a la opinión pública que el siete (7) de junio de este año suscribió la Circular 013 de ese día. Y estábamos a espera de que la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunciara sobre las reiteradas comunicaciones que ha dirigido el Jefe del Ministerio Público solicitando que esa alta Corporación se pronuncie sobre la solicitud de nulidad a la Sentencia C-577 de 2011, así como a las aclaraciones que presentó en representación de los notarios el Presidente de la Unión de Notarios de Colombia y un Representante a la Cámara, así como algunos ciudadanos. Teniendo en cuenta que en el día de hoy no existe orden del día para la Corte Constitucional relativo a este tema, el señor Procurador General de la Nación con quien me he comunicado –ustedes saben que está fuera del país pero atento a este tema–, me ha solicitado que haga pública esa Circular, en la medida en que la fecha del veinte (20) de junio establecida en esa sentencia sucederá esta semana, mañana.” Rueda de prensa de la Circular N° 013 de 2013, diecinueve (19) de junio de dos mil trece (2013), Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

[52] Dijo la Procuradora Delegada: “[...] la Sentencia C-577 de 2011, como lo expresó el señor Procurador en la solicitud de nulidad presentada hace más de un año, manifestó que se había presentado una sustitución de la Constitución. La Corte Constitucional cambió su reiterada jurisprudencia en torno a la familia.” Rueda de prensa de la Circular N° 013 de 2013, diecinueve (19) de junio de dos mil trece (2013), Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

[53] Se dijo al respecto en la rueda de prensa: “Periodista: ¿En términos prácticos usted señala que los servidores del Ministerio Público van a ejercer una vigilancia el día de mañana, en todas las personas que quieran realizar el contrato o la unión solemne, es decir como un cinturón de fuerza a las personas que quieran o a los notarios que decidan casar a las personas del mismo sexo son sujetos disciplinables por ustedes? || Procuradora Delegada: Mire, le precisaría varias cosas. En primer lugar, la Procuraduría tiene funciones de carácter preventivo, de control de gestión y de funciones de intervención judicial. Los procuradores judiciales, pero también los personeros municipales, pueden actuar en los procesos que se adelanten ante los despachos judiciales. La orden o la directriz dada a los servidores del Ministerio Público es precisamente que se hará un seguimiento a las actuaciones judiciales y administrativas que se adelanten en relación con la orden dada por la Corte Constitucional en su resuelve quinto. Pero para ser más específica frente a su

pregunta. La posición de la Procuraduría es que los jueces y los notarios no pueden aplicar analógicamente el artículo 113 del Código Civil. Para decirlo en unas palabras más sencillas, los jueces y los notarios no pueden formalizar ni actuar como testigos –en el caso de los notarios– de un matrimonio porque la figura del matrimonio no está contemplada, y la misma Corte lo reconoce en la sentencia C-577, la figura del matrimonio requiere la distinción heterosexual. Es decir, un hombre y una mujer. En ese sentido, la tesis que defiende la Procuraduría General de la Nación, es que el alcance que se debe dar al resuelve quinto de la sentencia C-577 debe entenderse como un vínculo jurídico solemne distinto al matrimonio.” 19 de junio de 2013, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia publicitó la Circular N° 013 de 2013.

[54] Rueda de prensa de la Circular N° 013 de 2013, 19 de junio de 2013, Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

[55] Copia del documento anexa a la acción de tutela de la referencia. Expediente, folios 34 y 35.

[56] Al respecto ver Expediente, folios 60 (reverso), 61 y 62.

[57] Así lo informó, por ejemplo, El Espectador en su página de internet el veintiocho (28) de septiembre de dos mil trece (2013). Ver también por ejemplo: ‘Tutela de Procuraduría [...]’ de la redacción de justicia del diario El Tiempo.

[58] La Procuraduría General de la Nación informó a Colombia Diversa las actuaciones realizadas en torno a las solicitudes presentadas a los jueces y notarios. Con relación a las actuaciones frente al Juzgado 21 Municipal de Bogotá se indicó: “Actuación judicial: Se repartió al Juzgado 21 Civil Municipal, que en auto de treinta (30) de julio rechazó la petición con fundamento en que no ha sido reglamentado ni autorizado el matrimonio entre parejas del mismo sexo. || Intervención PDAC: Se hizo visita al juzgado y se dialogó con la titular del despacho haciéndole saber el pensamiento de la PGN sobre la imposibilidad de acceder a la petición impetrada. || Actuación judicial: La decisión se notificó por anotación en estado de la fecha. || La solicitud fue retirada por los peticionarios. || Actuación terminada.” [Bogotá DC, 31 de octubre de 2013, Rad: 110600000-AF 330798/2013/IMCH-mxde].

[59] De acuerdo con los hechos y los argumentos presentados, la Sala consideró que el primer problema jurídico a resolver es: ¿viola la Procuraduría General de la Nación los derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales y a la no discriminación, al recolectar información sobre las solicitudes de formación y de matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo?

[60] Sobre la amplitud del ámbito de protección del derecho al control sobre los datos personales la Corte ver, por ejemplo, C-748 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SPV Mauricio González Cuervo, SV & AV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso se estudió la Constitucionalidad del Proyecto de ley estatutaria que fue aprobado como Ley 1581 de 2012.

[61] Ley Estatutaria de datos personales (Ley1581 de 2011), artículo 2°.- Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada. [...]. -[La base de datos del presente caso no corresponde a ninguna de las excepciones contempladas por la norma; no es una base de datos doméstica; no se relaciona con la seguridad nacional; no tiene información de inteligencia o contrainteligencia; no es información periodística que pueda mantenerse en reserva; no está regulada por la Ley estatutaria de habeas data en materia financiera (Ley 1266 de 2006); ni se refiere a los censos de población y vivienda en el territorio nacional, regulado por la Ley 79 de 1993. Aunado a esto, la Procuraduría ha reconocido que la Ley estatutaria de datos personales, Ley 1581 de 2012 sí es aplicable al presente caso. Se trata por tanto de un asunto que no está en discusión.]-

[62] Ley Estatutaria de datos personales (Ley1581 de 2011), artículo 5°.- Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

[63] Ley Estatutaria de datos personales (Ley 1581 de 2011), artículo 3.- Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: a) Autorización: Consentimiento previo, expreso e informado del Titular para llevar a cabo el Tratamiento de datos personales; || b) Base de Datos: Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento; || c) Dato personal: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables; || d) Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento; || e) Responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos; || f) Titular: Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento; || g) Tratamiento: Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.

[64] Art. 277, CP: [...] '7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales'.

[65] El problema jurídico fue formulado en los siguientes términos: ¿viola la Procuraduría General de la Nación los derechos a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir datos personales sensibles de las solicitantes en una base de datos a través de la cual dicha entidad se propone hacer valer, a través de directrices de carácter general, la interpretación que, a su juicio, debe darse a la sentencia C-577 de 2011?

[66] El Ministerio Público solicitó la nulidad de la sentencia C-577 de 2011 por considerar que (i) se había violado directamente lo que dice la Constitución con relación a la familia; (ii) habría reconocido una omisión legislativa absoluta, para lo cual no tiene derecho; y (iii) que se habría violado la división de poderes al ordenar al Congreso expedir una ley concreta sobre determinada materia. La solicitud de nulidad presentada por la Procuraduría fue negada por unanimidad. Aunque seis de los nueve magistrados aclararon su voto, coincidieron en que no existían las graves violaciones al debido proceso y que la mayoría de las acusaciones presentadas, en realidad, buscaban reabrir la discusión de fondo de la sentencia. Auto 155 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, AV María Victoria Calle

Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio (Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Luis Ernesto Vargas Silva).

[67] No obstante la Sala debe advertir que este juicio prima facie hecho a la legalidad de la competencia para recolectar los datos en cuestión por parte del Ministerio Público, se hace en función del juicio de tutela de la referencia. La Sala de Revisión no adelanta un juicio de legalidad de la medida adoptada por la Procuraduría General de la Nación, el cual compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, no a la jurisdicción constitucional.

[68] Ley Estatutaria de datos personales (Ley 1581 de 2011), artículo 10.- Casos en los que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de: a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; || b) Datos de naturaleza pública; || c) Casos de urgencia médica o sanitaria; || d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos; || e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas. || Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley.”

[69] Una de las excepciones al tratamiento de datos sensibles es: ‘El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular;’ Lit. (c), Art. 6, Ley 1581 de 2012.

[70] Al respecto pueden verse, por ejemplo: Cuando el prejuicio mata, informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia, 2012. Colombia Diversa. Este informe ha sido reconocido y empleado por la Defensoría del Pueblo. Su importancia radica, como el propio informe los señala, en la poca y precaria información con la que se cuenta sobre la materia en centro de información y documentación oficial. Al respecto señala el informe en su inicio: “como se ha mencionado reiteradamente en varios informes y diversos espacios, el Estado colombiano aún no cuenta con sistema de información oficiales que contemplen la orientación sexual e identidad de género de las

víctimas.” Adicionalmente, los trabajos del Grupo de Memoria Histórica han demostrado como muchos de los actores armados del conflicto armado ejercen un control social que incluye la restricción, limitación y anulación arbitraria y de facto de los derechos fundamentales de personas de orientación sexual diversa. Al respecto ver, por ejemplo, Grupo de Memoria Histórica (2011) *Mujeres y Guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe Colombiano*. Taurus. Colombia, 2011.

[71] El Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo aclaró su voto por considerar que la forma de matrimonio constitucionalmente consagrada es aquella que se conforma con la unión de un hombre y una mujer, por lo que haría falta una institución distinta a esta figura, y también a la unión marital de hecho, que les permitiera a las parejas del mismo sexo formalizar su unión. Por su parte, los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y María Victoria Calle Correa, aclararon el voto por considerar que las parejas del mismo sexo tienen derecho a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Así mismo, expresaron que “la Constitución no prohíbe, excluye o impide el reconocimiento de una institución de carácter marital para las parejas de personas del mismo sexo.” Por lo que, estiman que vencido el exhorto otorgado al Congreso, los notarios y los jueces deberán celebrar los contratos maritales entre parejas de personas del mismo sexo, aplicando las normas legales vigentes, como si se tratara de parejas de sexo distinto, hasta tanto el legislador supere el déficit de protección existente. Finalmente, la Magistrada María Victoria Calle Correa salvó parcialmente su voto al estimar que “se debió invitar al Congreso de la República para que tomara todas las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual, marital, solemne y formal.” Y que se ha debido, igualmente, “invitar a los jueces y notarios para que garanticen dicho derecho por medio de la aplicación analógica vigente para ese momento, si el Congreso no resuelve el mencionado déficit de protección.”

[73] Sobre la importancia de mantener abierta la deliberación pública en la interpretación constitucional llama la atención Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia*, año 6, No. 11, 2008, trad. X. Arzoz, pp. 29-61 (Consultado en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/11/la-sociedad-abierta-de-los-interpretes-constitucionales.pdf)

[74] Así lo establece la primera de las recomendaciones formuladas por la Procuraduría en la Circular No. 013 de 2013, analizada en el considerando 4.3. de esta providencia.

[75] Numeral 7.2