Sentencia T-717/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto fáctico

UNION MARITAL DE HECHO Y REGIMEN PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES-Control de constitucionalidad mediante sentencia C-075/07 respecto de parejas del mismo sexo

REGIMEN PATRIMONIAL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Discriminación afecta derechos de protección, libertad de elección u opción sexual y dignidad humana

CORTE CONSTITUCIONAL-Evolución jurisprudencial sobre protección a población homosexual

COMUNIDAD HOMOSEXUAL Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Estándares internacionales de protección

ACCION DE TUTELA-Principio de subsidiariedad e inmediatez

ACCION DE TUTELA DE SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS Y PRINCIPIO DE SUBSIDARIEDAD-Procedencia aunque no hayan sido impugnadas las providencias de primera instancia

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-No puede ser negado cuando exista veracidad probatoria

ACCION DE TUTELA DE PERSONA HOMOSEXUAL-Procedencia aunque no se agotó recurso de apelación en proceso de declaración de unión marital de hecho

DEFECTO SUSTANTIVO Y FACTICO-Decisión de juez se apoya en norma que no es aplicable al caso concreto

PROCESO DE DECLARACION DE UNION MARITAL DE HECHO DE PERSONA HOMOSEXUAL-Defecto sustantivo y fáctico al omitir aplicar artículo 4 de Ley 54/90 y declaraciones recaudadas

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, PERSONALIDAD JURIDICA Y ESTADO CIVIL DE PERSONA HOMOSEXUAL-Proferir nueva sentencia en proceso de declaración de unión marital de hecho teniendo en cuenta artículo 4 de Ley 54/90 y declaraciones recaudadas

Referencia: expediente T-3066688

Acción de tutela instaurada por Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo contra el Juzgado Quinto de Familia de Medellín.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos emitidos por la Sala Segunda de decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en segunda instancia, dentro del proceso de tutela iniciado por Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo contra el Juzgado Quinto de Familia de Medellín.

1. Hechos.

El 8 de febrero de 2011 el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Quinto de Familia de Medellín, por considerar vulnerado su derecho al debido proceso, basándose en los siguientes hechos:

1. 1.1 El accionante convivió desde 1983 con el señor Luis Enrique Ramírez, quien falleció el 18 de mayo de 2009, tiempo durante el cual compartieron su lugar de habitación y llevaron una vida de pareja.

1.2 El 2 de junio de 2009, el actor presentó través de apoderado judicial demanda declarativa

de unión marital de hecho, la cual le correspondió al Juzgado Quinto de Familia de Medellín, y se admitió mediante auto del 5 de junio de 2009.

1. 1.2 En dicho proceso se notificó a las herederas determinadas del difunto: las señoras Dalila del Socorro y Francisca Inés Ramírez Cardona, hermanas del señor Luis Enrique Ramírez, y a los herederos indeterminados a quienes se les nombró su respectivo Curador Ad-Litem.

1. 1.3 Las hermanas del señor Ramírez Cardona se notificaron por conducta concluyente, pero guardaron silencio durante el término de contestación de la demanda y, no asistieron a la audiencia de conciliación, saneamiento y fijación del litigio que se llevó a cabo el 1° de octubre de 2009.

1. 1.4 Durante la etapa probatoria el Juzgado de conocimiento recibió las declaraciones juramentadas del aquí accionante, de un sobrino del difunto, de dos vecinas de la pareja y finalmente se llamó a interrogatorio de parte a las hermanas del señor Ramírez Cardona.

1. Todas las personas antes nombradas ratificaron la relación que existía entre el demandante y el difunto Luis Enrique Ramírez Cardona.

1. 1.5 Sin embargo, el Juzgado Quinto de Familia de Medellín mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, consideró que de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 19901 modificados por la ley 979 de 2005, para proceder a declarar la unión marital de hecho y la correspondiente existencia de una sociedad patrimonial que pretende el accionante, era necesario que existiera como prueba un acta de conciliación o escritura pública suscrita por los implicados ante Notario.

2. En consecuencia, no accedió a las pretensiones del demandante y lo condenó a pagar la suma de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de agencias en derecho.

1. 1.6 Por lo anterior, el accionante considera que se le está vulnerando su derecho al debido proceso, puesto que la juez que conoció del proceso de unión marital de hecho no le otorgó la validez probatoria correspondiente a los testimonios válidos que se recaudaron durante el proceso. Además, mencionó que no se tuvo en cuenta el numeral 3° del artículo 4 de la ley 54 de 1990 que establece que la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros puede ser declarada por sentencia judicial. Solicitó que se le ordene a la autoridad judicial accionada declarar la nulidad de todo lo actuado y, proceda a decidir conforme a derecho.

1. Intervención de la parte demandada.

El Juzgado Quinto de Familia de Medellín, guardó silencio respecto de los hechos de la demanda.

1. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

1. 3.1 Copia auténtica del expediente del proceso civil de unión marital de hecho, iniciado por el accionante que consta de 88 folios, dentro del cual se destacan:

2.

1. 3.1.1 Declaración extra juicio rendida ante Notario Público por la señora Dalila del Socorro Ramírez de Correa, el 21 de mayo de 2009, en la que manifestó que conoce desde hace 26 años al señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, y que sabía que éste convivió como pareja en unión marital de hecho con el señor Luis Enrique Ramírez Cardona hasta el 18 de mayo de

2009 fecha del fallecimiento de éste último. Dejó dicho que durante el tiempo de convivencia nunca se separaron y que vivieron bajo el mismo techo. (Folio 2, cuaderno 2).

1. 3.1.3 Registro Civil de defunción del señor Luis Enrique Ramírez Cardona, en el que consta que falleció en la ciudad de Medellín, Antioquia, el 18 de mayo de 2009. (Folio 4, cuaderno 2)

1. 3.1.4 Copia del formulario pago del impuesto predial unificado, año gravable 2009 a nombre del señor Luis Enrique Ramírez Cardona, sobre los predios ubicados en la ciudad de Medellín, Antioquia, en la Carrera 46 No. 81 – 42, apartamentos 301 y 202. (folio 5, cuaderno 2).

1. 3.1.5 Copia de la Escritura Pública No. 2472 del 27 de agosto de 1984 suscrita en la Notaría 7 del círculo de Medellín, mediante la cual el señor Luis Alfonso Castañeda García transfirió a título de venta al señor Luis Enrique Ramírez Cardona, el derecho de dominio propiedad y posesión sobre el apartamento 202 ubicado en la Carrera 46 No. 81 – 42 de la ciudad de Medellín, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 001-0351777. (Folios 6 a 18 , cuaderno 2)

1. 3.1.6 Copia de la Escritura Pública No. 3.049 del 4 de junio de 1992 de la Notaría 15 del círculo de Medellín, por medio del cual el señor Omar Alveiro Holguín Gaviria transfirió a título de venta al señor Luis Enrique Ramírez Cardona, el apartamento 301 del edificio ubicado en la ciudad de Medellín en la Carrera 46 No. 81 – 42, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 001-0351778. (Folios 9 a 13, cuaderno 2)

1. 3.1.7 Acta de diligencia de interrogatorio al señor Jairo Fernando Ramírez del 17 de noviembre de 2009, en la que manifestó: “me consta que mi tío Luis Enrique Ramírez

Cardona y Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, tuvieron una relación marital por más de 20 años y siempre conocí de su vida y costumbres porque mi relación fue muy cercana con mi tío, conozco además, que durante esa unión ellos adquirieron dos inmuebles en la ciudad de Medellín…".

A las preguntas que le fueron formuladas por el mandatario del accionante respondió que su tío y su compañero siempre convivieron en la misma casa de habitación, y que antes de que iniciara su relación, el señor Luis Enrique Ramírez Cardona no poseía ningún bien inmueble, informó que compraban juntos el mercado y cocinaban para los dos, así mismo que los ingresos de la pareja los recibían por un lado del trabajo de su tío como obrero de Tejicondor y posteriormente como pensionado, y del resultado del trabajo de Jorge como diseñador gráfico. (Folio 37, cuaderno 2)

1. 3.1.8 Acta de diligencia de interrogatorio a la señora Magnolia de Jesús Florez Yepes del 17 de noviembre de 2009, en la que manifestó ser vecina de los señores Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo y Luis Enrique Ramírez Cardona en Medellín. Informó que junto con su esposo " los conocimos eso hace por lo menos unos 30 años, desde ahí se entabló amistad con ellos (…) nunca vimos a mujer viviendo con ellos siempre fueron ellos dos los que vivían allí, ya lo demás uno lo deducía, porque era Jorge el que iba a comprar las cosas, porque a veces salía Enrique a cambiar un billete y decía que le entregaran el resto a Jorge y viceversa, lo otro se deduce por la vecindad, que decían que ahí vivía una pareja, yo también se que ellos inicialmente llegaron pagando arriendo y luego compraron el inmueble donde vivían, eso mas o menos ocurrió hace unos 26 años…"

2.

El apoderado del accionante le formuló una serie de preguntas a las cuales respondió que ellos nunca se separaron puesto que lo hubieran notado de inmediato al interior del barrio, también informó que sabía que Jorge era homosexual y que de Luis lo dedujeron, dijo que sus hijos le comentaron a su esposo que ellos dos eran pareja. (Folio 38, cuaderno 2).

1. 3.1.9 Acta de diligencia de interrogatorio a la señora Mariela de los Dolores Sierra, con fecha del 17 de noviembre de 2009, en la que manifestó que: “me consta que a don Enrique lo conocí hace unos 31 años, lo conocí en el barrio Manrique porque yo vivía al lado de la casa de este era vecino mío y, a Jorge lo conozco hace unos 26 años allá donde don Enrique, porque Enrique empezó a vivir con él, pero eran unas personas muy reservadas … me decía que era el sobrino … al principio no lo puse en duda pero con el tiempo, uno ya duda de lo que me habían dicho y lo dudaba, porque don Enrique delegaba en Jorge muchas de las cosas, para mi eran muy prudentes con su vida privada. … Lo que me comentaba la gente que ellos vivían juntos, no le conocí novia a don Enrique y a Jorge menos, a Jorge le conocí amistades como yo y la señora que acabó de salir de declarar y lo mismo a don Enrique.”(Folios 38 y 39, cuaderno 2).

1. 3.1.10 Acta de diligencia de interrogatorio la señora Dalila del Socorro Ramírez de Correa, hermana del señor Luis Enrique Ramírez Cardona del 17 de noviembre de 2009, en la que manifestó que su hermano era homosexual y que tenía una relación sentimental con el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo desde el año de 1983, tiempo en el que convivían “como hombre y mujer … porque nos consta que era así, porque mi hermanito a pesar de que murió sigue vigente, porque ellos se quisieron mucho … Las palabras de mi hermano en vida siempre fueron que él pensaba mucho en la estabilidad de Jorge porque se amaban demasiado y, de mi vivía muy pendiente porque soy de mucha edad, vivo con la hermana que va a declarar, mi hermano dijo cuando estaba aliviado que el tercer piso es para Jorge y el segundo para mi …”

2.

3. 3.1.11 Acta de diligencia de interrogatorio la señora Francisca Inés Ramírez Cardona hermana del difunto Luis Enrique Ramírez Cardona del 17 de noviembre de 2009, en la cual informó que es cierto que su hermano era homosexual y que mantuvo una relación sentimental con el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, manifestó que “nos consta que era así porque mi hermanito creció con nosotros y él tenía esa inclinación, y ellos eran como una esposa y un esposo y que [sic] el esposa era Jorge”. Finalmente agregó que está de acuerdo con todo lo que dijo previamente su hermana Dalila. (Folio 41, cuaderno 2).

1. 3.1.12 Acta de diligencia de interrogatorio de parte al demandante, con fecha del 24 de noviembre de 2009, en la que el señor Ramírez Jaramillo reiteró la existencia de su relación con el difunto señor Luis Enrique Ramírez Cardona, la cual mantuvo desde el 18 de marzo de 1983 hasta el fallecimiento de este último en mayo de 2009 sin solución de continuidad. Manifestó que "[Luis Enrique] pagaba los servicios con el arriendo que recibía del segundo piso y yo entraba la comida, me encargaba de recibir los arriendos de los apartamentos, le colaboraba con la droga que requería… quiero aclarar que hasta el año 84 que adquirimos el apartamento donde él pagaba arriendo, en el 92 se adquirió el apartamento del 3 piso de la misma dirección y en junio del 93 nos pasamos para el 3 piso donde actualmente resido… Luis Enrique fue mi compañero, mi pareja además representaba para mi un padre, un hermano, un amigo y por supuesto mi compañero sentimental, lo que encierra a una pareja … yo estuve en el hospital hasta el día que murió él siempre me decía y yo respetando la voluntad de él y me decía que el tercer piso era para mi y el segundo para su hermana Dalila del Socorro Ramírez, … quiero agregar además que actualmente los pagos por concepto de arrendamiento yo se los entrego a la señora Dalila Ramírez Cardona hermana de Luis Enrique Ramírez, el valor del canon es de $170.000 mcte." (Folios 43 y 44, cuaderno 2)

3.1.13 Partida de Bautismo de Luis Enrique Ramírez Cardona, de la Diócesis de Caldas Parroquia Santa Ana, expedida el 28 de mayo de 2009 sin nota marginal de matrimonio. (Folio 54, cuaderno 2).

3.1.14 Copia de Registro Civil de Nacimiento de la señora Dalila del Socorro Ramírez Cardona, en la que consta que es hermana del accionante, toda vez que los datos de los padres son los mismos consignados en la partida de Bautismo del señor Luis Enrique Ramírez Cardona. (Folio 56, cuaderno 2).

3.1.15 Partida de Bautismo de Francisca Inés Ramírez Cardona, de la Diócesis de Caldas Parroquia Santa Ana, expedida el 18 de abril de 2010, en la que consta que los datos de los padres son los mismos consignados en la partida de Bautismo del señor Luis Enrique Ramírez Cardona.(Folio 57, cuaderno 2).

3.1.16 Copia de Registro Civil de Nacimiento de Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo de la Notaría 2 de Medellín, expedido el 19 de abril de 2010, en el que consta que a la fecha se encontraba

soltero y que sus padres son distintos a los del señor Luis Enrique Ramírez Cardona. (Folio 65, cuaderno 2).

1. 3.1.7 Sentencia proferida el 14 de diciembre de 2010, por el Juzgado Quinto de Familia de Medellín, en la que resolvió denegar las pretensiones de la demanda de unión marital de hecho instaurada por el señor Jorge Enrique Ramírez, argumentando lo siguiente:

1. "Sobre la Unión Marital de Hecho que entre estas dos personas se predica en el plenario, efectivamente no hay la PLENA PRUEBA que logre fijar en el Juzgador la convicción real de su existencia, esto por cuanto a pesar de que las versiones de los declarantes aportados al proceso dan fe de la comunidad o convivencia que se presentó de tiempo atrás entre el señor JORGE [sic] ENRIQUE RAMÍREZ JARAMILLO y LUIS ENRIQUE RAMÍREZ [sic] JARAMILLO2 no se cumple con la exigencia demarcada en la Ley 979/05 y por lo tanto no hay lugar a la DECLARATORIA DE LA UNIÓN ENTRE LOS CONVIVIENTES Y MUCHO MENOS EL RECONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES TAL COMO LO SEÑALA LA SENTENCIA C-075/07. Como consecuencia no se accederá a las pretensiones de la demanda." Mayúsculas y negrita dentro del texto. (Folios 75 a 82, cuaderno 2)

2.

3.2 Copia de la Resolución No. 008791 del 19 de mayo de 2010, expedida por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, por medio de la cual se concedió sustitución pensional por el fallecimiento del pensionado Luis Enrique Ramírez Cardona, al señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, toda vez que encontró plenamente probado que si existió convivencia entre los señores antes mencionados "desde el momento en que empezaron su unión en 1983 hasta la muerte del causante en mayo de 2009". (Folios 11 y 12, cuaderno 1).

II. Sentencias objeto de revisión.

1. Sentencia de primera instancia.

El 25 de febrero de 2011, la Sala Segunda de decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, profirió sentencia de primera instancia, mediante la cual resolvió no acceder a las pretensiones del accionante.

Lo anterior, porque consideró que se debe respetar la autonomía judicial, conforme a la cual la juez de instancia del proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho sustentó suficientemente su decisión, además, recordó que el demandante no interpuso recurso de apelación frente a la mencionada sentencia, lo cual, a su juicio, indicó "su conformidad con esa decisión, pues pudiendo apelarlo, no lo hizo, situación que no permite, a la hora de ahora, darle paso al amparo [sic] constitución que invoca, en atención a la naturaleza subsidiaria de la tutela (…)"

1. Impugnación.

El 4 de marzo de 2011, el accionante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de tutela de primera instancia, en el que manifestó que la falta de impugnación del fallo emitido en el proceso de declaración de Unión Marital de Hecho, no debe ser interpretada como una indirecta declaración de estar de acuerdo con el mismo.

Así mismo, argumentó que la terminación de su unión marital de hecho con el señor Luis Enrique Ramírez Cardona se dio por la muerte del mismo, no porque se hubiesen separado, de manera que resulta desproporcional exigirle una escritura pública o un acta de conciliación, siendo que su compañero falleció en mayo de 2009.

1. Sentencia de segunda instancia.

1.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, resolvió el recurso de alzada interpuesto por el accionante mediante fallo del primero de abril de 2011, en el que decidió confirmar la sentencia de primera instancia que negó el amparo pretendido por el actor, por considerar que la acción de tutela era improcedente, porque al no haberse apelado el fallo dictado en el proceso de unión marital de hecho, no se cumplió con el requisito de subsidiariedad de la misma.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela seleccionados.

Problema jurídico

2. Corresponde a la Sala definir si la decisión del Juzgado Quinto de Familia de Medellín, al negarse a declarar la unión marital de hecho entre los señores Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo y Luis Enrique Ramírez Cardona, presenta un defecto sustantivo por aplicación errónea de la Ley 979 de 2005 que modificó la Ley 54 de 1990; o un defecto fáctico por indebida valoración del acervo probatorio.

Para resolver el problema planteado, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) se referirá a la causales genéricas denominadas: defecto sustantivo y defecto fáctico; (iii) realizará un breve estudio a cerca del control de constitucionalidad realizado sobre la Ley 54 de 1990 en la sentencia C- 075 de 2007(vi) así mismo expondrá la evolución de la protección a las personas homosexuales en la jurisprudencia constitucional y, (v) mencionará los estándares internacionales de protección a la libertad de opción sexual. Finalmente, (v) analizará el caso en concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

4. En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha consolidado unas bases a partir de las cuales el juez debe evaluar si resulta o no procedente la acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial. En este sentido se debe comenzar por observar los requisitos generales de procedencia para la acción de tutela, haciendo énfasis en que se deben estudiar con mayor rigor específicamente los relacionados con la inmediatez y subsidiariedad, dejando claro que la misma, únicamente procede en el evento en que se encuentre amenazado un derecho fundamental.

Por otra parte, se han especificado las circunstancias en las que es posible que una providencia judicial contravenga derechos fundamentales, lo cual ha sido denominado como causales genéricas, que se traducen en graves equivocaciones de relevancia constitucional, que desembocan en una decisión incompatible con la Carta Política.

5. En la sentencia C-590 de 2005 se realizó un esfuerzo por establecer claramente las reglas que deberían ser tenidas en cuenta por los jueces cuando se encontraran ante una acción de tutela contra una sentencia judicial, a continuación se pasarán a reiterar brevemente los lineamentos que en ésta fueron sentados.

5.1 En primer lugar se dejó claro que existen múltiples argumentos por los cuales procede la acción de tutela contra sentencias judiciales así sea de manera excepcional, en este sentido se ha dicho que procede "tanto desde un punto de vista literal e histórico4, como desde una interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad5 e, incluso, a partir de la ratio decidendi6 de la sentencia C-543 de 19927, siempre que se presenten los eventos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional."8

5.2 Ahora bien, se realizó una distinción entre requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Los primeros están relacionados con cuestiones fácticas y de procedimiento, que se exigen con el fin de procurar un equilibrio entre dicha procedencia con la eficacia de los principios de seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía judicial, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional.

5.3 Los requisitos de procedencia formal que debe observar el juez de tutela son9: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional10; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela11; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela12.13

5.4 Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos que quedaron expuestos, se debe estudiar la ocurrencia de alguna de las causales genéricas de procedibilidad que han sido establecidas y ampliamente estudiadas por la jurisprudencia de esta Corte: defecto orgánico14 sustantivo15, procedimental16 o fáctico17; error inducido18; decisión sin motivación19; desconocimiento del precedente constitucional20; y violación directa a la constitución21.

5.5 Estos defectos no son excluyentes entre sí, y por el contrario unos y otros tienen estrechas relaciones que deben ser establecidas por el juez constitucional, sin embargo, es importante recordar que la acción de tutela contra sentencias judiciales procede única y exclusivamente cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales, es decir que su ámbito de procedencia es limitado y como ya se ha dicho tiene un carácter excepcional.

5.6 En suma, son tres los aspectos que el juez constitucional debe observar para establecer si es procedente una acción de tutela contra una sentencia judicial, esto es i) que se cumplan los requisitos de procedencia formal; (ii) que el fallo que se pone en conocimiento del juez de tutela haya incurrido en alguno de los errores catalogados como causales genéricas por la Corte Constitucional y, (iii) que con la decisión adoptada por el juez del proceso ordinario se afecten derechos fundamentales.

|

Breve estudio sobre las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales por defecto material o sustantivo y defecto fáctico.

(i)Defecto material o sustantivo

6. En la ya citada sentencia C- 590 de 2005, se definió el defecto sustantivo como los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales22 o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

7. En desarrollo de lo anterior la jurisprudencia de esta Corte en varios pronunciamientos ha explicado los contenidos este defecto, específicamente en la sentencia SU-159 de 2002 estableció que una decisión judicial constituye una vía de hecho por defecto sustantivo, “cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley

le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto23, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad24, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional25, (iv.) porque ha sido declarada inexequible por la propia Corte Constitucional26 o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador."

8. De igual forma, en la sentencia T-462 de 2003, esta Corte especificó respecto de las situaciones que configuran un defecto sustantivo en una providencia judicial, las siguientes:

"una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".

Con lo anterior, se tiene que las interpretaciones que realicen los jueces naturales de las normas, también pueden desembocar en un defecto sustantivo, lo cual merece un análisis exhaustivo en el estudio del caso en concreto, puesto que teniendo en cuenta el principio de autonomía judicial, es importante recordar que no toda interpretación puede ser tomada como una causal de procedencia de la tutela contra sentencias.

9. Sobre el particular, en algunas oportunidades esta Corte ha determinado que no toda interpretación realizada por el juez natural con la que no esté de acuerdo la parte accionante en sede de tutela, constituye una vía de hecho27, de manera que ésta es una de las causales más estrictas y exigentes en su configuración.

10. Al respecto de la interpretación judicial, en la sentencia T-1001 de 2001 la Corte explicó:

“En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.”

11. De lo anterior se deduce, que la jurisprudencia constitucional ha considerado que no cualquier interpretación disímil desemboca necesariamente en un defecto sustantivo. Para que éste en efecto se configure, es necesario demostrar que la interpretación del juez es irrazonable o contraria a la Constitución Política colombiana.

12. Además, como se esbozó anteriormente, éste defecto se configura cuando no se hace uso de una norma aplicable al caso, al respecto, en la sentencia T-1045 de 2008, se especificó:

Esto, porque la falta de aplicación de una norma jurídica constituye una transgresión evidente del principio de legalidad, el cual como es sabido hace parte del derecho fundamental al debido proceso, y “un desconocimiento de la obligación del juez de fallar dentro del imperio de la ley (es decir, del derecho). Como las leyes deben ser anteriores a las conductas que se juzgan, la falta de aplicación de una norma implica la decisión de un caso a partir de razones del fuero interno del juez (o de razones imposibles de determinar con claridad) y, por lo tanto, caprichosas.”29

13. En suma, esta Corte Constitucional ha determinado este defecto, como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial, originado en el proceso de interpretación o aplicación de las normas jurídicas por parte del juez natural. Sin embargo, para que se configure esta causal de procedencia, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que signifique que el fallo emitido obstaculiza o lesiona la efectividad de los

derechos fundamentales del accionante.

(ii) Defecto fáctico

14. Un defecto fáctico tiene lugar cuando en términos de la Corte Constitucional "el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión"30. Bajo esta premisa, la jurisprudencia ha considerado que la materialización de un defecto fáctico se puede dar en dos dimensiones: positiva y negativa.31

El defecto fáctico positivo, se configura a partir de una inadecuada valoración del acervo probatorio o, cuando una decisión se basa específicamente en una prueba no apta para ello. Por otra parte, el defecto fáctico negativo, se refiere a una omisión en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Esta situación puede ocurrir cuando se niega una prueba o en los casos en que se realiza una valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la misma32, también se puede presentar cuando el juez da por no probado el hecho o la circunstancia que se deduce clara y objetivamente de las pruebas presentadas, sin que exprese razones válidas que fundamenten la apreciación probatoria realizada que lo condujo a determinada conclusión en el caso en concreto33.

15. En esa medida, el juez constitucional debe evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso34. Sobre el particular, esta Corporación señaló:

"No obstante lo anterior advierte la Sala, que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones"35.

16. Entonces, de acuerdo con la garantía constitucional de autonomía y competencia de los operadores judiciales, la Corte ha concluido que sólo se configura el defecto fáctico ante una valoración probatoria manifiestamente incorrecta36.

Cabe señalar que el juez constitucional, debe reducir el estudio acerca de la existencia de la valoración probatoria hecha por el juez natural a un ámbito de corrección de la providencia impugnada, siendo el fallador ordinario quien define en últimas el grado de eficacia de la prueba para llevar a su conocimiento la ocurrencia o no de unos hechos.

17. Finalmente, es importante tener en cuenta que el vicio debe tener una relación íntima con el sentido de la decisión judicial, de modo que, de no concurrir ese error manifiesto, la decisión adoptada por el juez en su sentencia hubiera sido distinta. Es decir, "el yerro debe ser relevante, no solo en términos de protección del derecho al debido proceso, sino también respecto a la controversia jurídica materia de la decisión judicial."37

Control de Constitucionalidad realizado por la Corte en la sentencia C- 075 de 2007 a la Ley 54 de 1990.

18. En la sentencia C-075 de 2007, esta Corte examinó la constitucionalidad de los apartes demandados de la Ley 54 de 1990 "Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes". En este fallo, se estudió si al limitar el régimen patrimonial entre compañeros permanentes a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, se violaban los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

18.1. Previo al análisis de los cargos que fueron propuestos en la demanda, la Corte realizó una breve exposición acerca de la situación de la comunidad homosexual frente al ordenamiento jurídico. Así, expuso que tanto en Colombia, como en el ámbito internacional, se reconocen los derechos que como individuos tienen las personas y, en consecuencia está prohibido todo acto de discriminación en razón de la orientación sexual. Sin embargo, encontró que tal como estaba configurado el sistema jurídico, no le brindaba mecanismos a esta población para el pleno desarrollo como pareja, de manera que se estaba restringiendo así la realización personal de los mismos, no solo en el ámbito sexual, sino también en otras dimensiones de la vida.

De acuerdo con lo anterior y, respecto a la protección otorgada vía jurisprudencial a la comunidad homosexual, concluyó la Corte:

"En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual38; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras39; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento40 y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente."41

18.2 En el estudio de los cargos, la Corte recordó que los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de éstos derechos.

18.3 De manera general, se reiteró la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual, la dignidad humana, como principio fundante del Estado Social de Derecho, es la base esencial de la configuración y la efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución y tiene, por consiguiente, valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia. Por lo tanto, se sostiene a lo largo de todo el fallo, la idea de que si bien no es imperativo darle un tratamiento completamente igual en todos los ámbitos tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, lo cierto es que las diferencias en el trato de una y otra pueden generar medidas discriminatorias que se encuentran proscritas por la Constitución.

18.4 Para fortalecer éste último argumento referente al contenido discriminatorio del trato diferente a parejas homosexuales y heterosexuales, la Corte Constitucional se remitió al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así:

"A ese efecto resulte[sic] pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Interna-

cional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría 'orientación sexual', la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación42, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto." 43

18.5 Con base en lo anterior, la Corte entendió que la ausencia de protección patrimonial a las parejas del mismo sexo, se traducía en una afectación de su derecho a la dignidad humana, puesto que se estaría restringiendo la libertad de elección del plan de vida que se quiere seguir, lo cual puede tener consecuencias negativas a futuro, al respecto señaló:

"En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.

(…)

[L]a decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial

previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación."

18.6 En suma, el resultado del análisis realizado acerca de la omisión legislativa respecto de la regulación sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, desembocó en que efectivamente dicha ausencia significaba una discriminación por la opción sexual, que implicaba también una afectación a libertad del desarrollo de la personalidad, así como al ámbito patrimonial y económico de estas parejas, y por lo tanto, una vulneración de su derecho a la dignidad humana.

En consecuencia, la Corte resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, con el fin de salvaguardar los derechos de las personas que en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad deciden compartir su vida con otra persona de su mismo sexo, las cuales no estaban siendo amparadas por el ordenamiento.

Breve reseña sobre la evolución de la protección a la población homosexual, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

19. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha recorrido un largo camino desde sus inicios en cuanto a la protección de la comunidad homosexual. En un principio los derechos de la misma habían sido salvaguardados, pero tomando a cada cual como un individuo considerado singularmente44, en donde se venía garantizando el derecho individual a la libre opción sexual como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, los cuales son en cierta medida consecuencia de la prohibición de discriminación que contiene la Constitución de 1991.

20. Inicialmente, tal como se señaló previamente, se empezó por proteger solo algunos derechos tales como la dignidad humana y la libertad de opción sexual, en su faceta individual. Así mismo, se reconoció por parte de esta Corte Constitucional, que se trata de una población que ha sido tradicionalmente discriminada y, desprotegida por parte del

ordenamiento jurídico.

No obstante, ésta posición fue evolucionando a medida que también lo hacía la sociedad colombiana y, en general la comunidad internacional.

21. Con el paso del tiempo, y los cambios sociales que éste trae consigo, se entendió que también era necesario proteger a esta comunidad, en la faceta de pareja como tal y, así, es posible afirmar que la comunidad homosexual comenzó a encontrar la protección a sus derechos como pareja a partir de la sentencia C-075 de 200745, la cual fue reseñada previamente. A continuación se presenta de manera general la evolución de la jurisprudencia de esta Corte, respecto del tema que se viene estudiando.

21. En primer lugar, se encuentra que la ley 54 de 199046 "Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes", fue objeto de estudio por parte de ésta Corporación la cual se pronunció acerca de su constitucionalidad en la sentencia C-098 de 1996. En dicha oportunidad, la Corte consideró que el hecho de que la ley demandada regulara la unión marital de hecho únicamente para las parejas heterosexuales, no significaba una vulneración a los derechos de la comunidad homosexual, toda vez que el derecho a una libre opción sexual se mantenía incólume en el marco del ordenamiento que regía para el momento. Al respecto explicó la Corte:

"Las disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual."

21.1. Con base en la argumentación expuesta, la Corte resolvió declarar exequibles sin condicionamiento alguno los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990.

En este contexto, no se consideraron vulnerados los derechos de las parejas homosexuales, con la omisión legislativa existente respecto de la regulación de los efectos patrimoniales de las uniones entre personas del mismo sexo, sin embargo, esta ley sería modificada posteriormente por la ley 979 de 2005, la cual fue objeto de control de constitucionalidad por parte de este Tribunal en la sentencia C-075 de 2007, que fue reseñada previamente.

22. Más adelante, en la sentencia C-481 de 1998, se examinó la constitucionalidad del artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979, en el que en el marco de la regulación de la profesión docente se señalaba como causal de mala conducta el homosexualismo, entre otras.

22.1. En cuanto al problema de fondo, en esta sentencia se dijo que las viejas y excluyentes concepciones en torno a la homosexualidad "contradicen valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida (CP arts 1º, 13 y 16). Por ello esta Corte ya había señalado con claridad que "los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual"47.

22.2. Basándose en varios estudios científicos tanto nacionales como internacionales, en esta ocasión la Corte encontró que por un lado las personas homosexuales gozan de una especial protección constitucional y, por otro, teniendo en cuenta que la marginación de este grupo poblacional resulta discriminatoria y violatoria de la igualdad, todo trato diferente instaurado con base en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y debe ser sometido a un control constitucional estricto.

Finalmente la Corte concluyó:

"No existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. La exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al

abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas."

22.3. En este sentido, el artículo sometido al examen de constitucionalidad no superó el control realizado por la Corte, teniendo en cuenta que tipificar como causal de mala conducta para la profesión docente el hecho de ser homosexual, no estaba salvaguardando interés superior alguno, sino que por el contrario, se trataba de una discriminación directa a la población homosexual. Por esta razón, en aras de la protección a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad en la opción sexual y, a la diversidad cultural la Corte decidió declarar inexequible la expresión "[e]l homosexualismo" del literal b) del artículo 46 del decreto 2277 de 1979.

23. Posteriormente, en las sentencias T-999 de 2000 y T-1426 de 2000, bajo la premisa de que "la persona del mismo sexo, que hace vida marital con el afiliado, en cuanto no fue constitucionalmente asimilada al cónyuge, no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la Seguridad Social no lo tienen previsto."48, se denegaron las pretensiones de los accionantes, encaminadas a la inclusión de sus compañeros permanentes, con quienes conformaban una pareja homosexual como beneficiarios de los titulares al sistema de seguridad social en salud.

24. Esta misma posición fue adoptada posteriormente en la sentencia SU-623 de 2001, en la que, contrario a lo que se venía sosteniendo por la Corte desde la sentencia C-481 de 1998, se argumentó que para el caso específico se utilizaría un test débil de igualdad, teniendo en cuenta que como se trataba de un tema de seguridad social, el cual le exige al juez constitucional tener en cuenta criterios económicos, presupuestales y demográficos, propios

del tipo que corresponde evaluar a los órganos encargados del diseño de las políticas públicas, llevan a que su análisis deba ser de menor rigor.

En este caso, también se negó la inscripción como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de un homosexual, bajo la línea argumentativa según la cual (i) la exclusión de la pareja homosexual no compromete el derecho a la igualdad de las mismas ni al libre desarrollo de la personalidad y, (ii) por el contrario, dicha negativa se encuentra justificada porque el ordenamiento colombiano solo admite la familia conformada por parejas heterosexuales y, porque la cobertura en salud debe hacerse paulatinamente con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

25. Más adelante, en la sentencia C- 814 de 2001, se negó la posibilidad de adopción de menores a las parejas homosexuales.

Después de realizar un estudio acerca de la naturaleza de la adopción y del interés superior del menor así como de la normatividad aplicable en cuanto a la forma de familia reconocida en el ordenamiento jurídico, la Corte concluyó:

"A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a [sic] tenerla familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia49, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino

más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar."

En esta medida, sostuvo la Corte que (i) la educación de los menores adoptados se debe llevar a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de moral social o moral pública, (ii) en el marco de la adopción, lo que se busca es proteger el derecho a los menores de pertenecer y permanecer en su familia, en esta medida, si bien existen muchos modelos familiares, el que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico colombiano es el de familia monogámica y heterosexual, (iii) no existe ambigüedad en la norma, la cual es clara en desarrollar los artículos constitucionales que aluden a la conformación de la familia, por lo tanto no le es dable a la Corte realizar una interpretación distinta o extensiva de la norma demandada.

De esta manera los artículos 89 y 90 del Decreto 2737 de 1989 "Por el cual se expide el Código del Menor", fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta la argumentación sostenida por la Corte en ese momento, no resultaba discriminatorio ni vulneratorio del derecho a la igualdad, la prohibición de adopción de menores por parte de parejas homosexuales, porque se debe velar por la salvaguarda del interés superior de los niños.

26. Un año después, se expidió la sentencia C-373 de 2002, en la que la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley No.588 de 2000 "Por medio de la cual se reglamenta la actividad notarial", el cual establecía inhabilidad para acceder al cargo de notario a las personas que hubiesen sido condenadas penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o, por las faltas consagradas en el artículo 198 del Decreto 960 de 1970.

En relación con los numerales 1 y 6 del mencionado artículo 198 del Decreto 960 de 1970, se consideró inconstitucional alegar la homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a los cargos notariales.

En esta ocasión la Corte expuso:

"No se discute que para muchas personas esos comportamientos pueden resultar moralmente reprochables e incluso incompatibles con los parámetros que deben regular la vida en sociedad. No obstante, el solo discurso moral no basta para limitar el ejercicio de la

libertad pues para ello es imprescindible, como se ha visto, que los comportamientos humanos interfieran derechos ajenos. Y tal interferencia, por lo demás, debe determinarse a partir de una ética intersubjetiva no refractaria a la tolerancia que requiere una sociedad multicultural y pluralista. Por ello, es claro que el Estado no puede irrogarse la facultad de ejercer su potestad sancionadora, ni mucho menos configurar inhabilidades, a partir de supuestos como los indicados pues ellos no remiten al cumplimiento o incumplimiento de los deberes funcionales que incumben a los servidores públicos ni tampoco a la adecuada prestación del servicio de la fe pública."

27. En el 2003, en la sentencia T- 499 se confirmó una decisión de tutela en el sentido de conceder el amparo del derecho a la visita conyugal a una reclusa homosexual.

En dicho pronunciamiento, la Corte consideró que "el Director del INPEC y la Directora del reclusorio accionados no pueden escatimar esfuerzos con miras a garantizar el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad, intimidad e igualdad de las tutelantes."

Se dijo aquí, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del ejercicio de la sexualidad de los reclusos, debe garantizarse en condiciones de libertad, intimidad e igualdad; así mismo, se dedujo que el mismo se deriva directamente de la protección a la dignidad humana y, en consecuencia, se mantuvo el amparo.

28. En el 2007, tal como se señaló anteriormente50, la jurisprudencia de la Corte sufrió en cierta medida un cambio, toda vez que con lo resuelto en la sentencia C-075, las parejas homosexuales cuentan con el mismo régimen y protección patrimonial que las parejas heterosexuales y, se subsanó así la omisión legislativa existente hasta el momento, que comportaba un desconocimiento a la dignidad humana de las personas homosexuales y, todas las garantías que ésta lleva consigo.

29. Siguiendo las bases sentadas en la C-075 de 2007, en la sentencia C- 811 de 2007 se estudió el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual la pareja homosexual no tenía derecho, "en cuanto a pareja, a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema general de salud, por cuanto la disposición limita el alcance de la misma al ámbito familiar". En esta oportunidad, la Corte expuso lo siguiente:

"En efecto, acogiendo los criterios doctrinales esbozados por la Corte en la Sentencia C-075

de 2007, que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema, el impedimento que tiene la pareja del mismo sexo de vincularse al sistema de Seguridad Social en Salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad -en la concepción de la autodeterminación sexual-, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo.

La razón de dicha transgresión es clara: la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. En este sentido, es la propia condición homosexual la que, aunada a la decisión de vivir en pareja, determina la exclusión del privilegio legal, por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13 C.P.), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, al tiempo que vulneratoria del derecho a la dignidad humana (art. 2º C.P.), pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo."

En suma, la Corte declaró exequible el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, porque concluyó que la exclusión derivada de la norma examinada imponía una presión desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, sobre el ejercicio de la opción sexual, en tanto impedía que personas que se han unido para conformar una pareja estable, recibieran los beneficios que el sistema de seguridad social en salud ofrece a otros individuos que han tomado la misma decisión, pero que son del mismo sexo. Se salvaguardó así el derecho a la dignidad humana y a la igualdad de las parejas homosexuales, teniendo en cuenta, precisamente que la dignidad humana es el principio fundante del Estado, y por lo tanto tiene carácter absoluto y en esta medida no es susceptible de limitación bajo ninguna circunstancia.

30. A partir de estos fallos, se encuentran varios pronunciamientos de este Tribunal en los que se amparan los derechos a las personas homosexuales específicamente en su condición de pareja y, que por lo tanto, amplían el espectro de protección de las mismas, teniendo siempre como principal eje el respeto por la dignidad humana y, la prohibición de tratos

discriminatorios.51

31. En la sentencia T-051 de 2010, esta Corte concedió la pensión de sobrevivientes a los actores de los dos casos que en dicha ocasión se revisaron, los cuales habían convivido con una pareja del mismo sexo respectivamente. En esta, se dejó claro que no resulta constitucionalmente admisible, la imposición de "trabas" administrativas o el requerimiento de requisitos adicionales, para efectos de reconocer los derechos de las parejas homosexuales, se dijo al respecto:

"Ahora bien, a partir de las pruebas que reposan en los expedientes y de las allegadas en sede de revisión resulta factible constatar que en materia de garantía efectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen elevar un conjunto de obstáculos injustificados a la luz del ordenamiento constitucional. Esta práctica desconoce específicamente la previsión contemplada en el artículo 84 superior al tenor del cual "cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio". De otro lado, es posible confirmar igualmente que, por lo general, las autoridades administrativas, judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen abstenerse de aplicar el principio constitucional de buena fe, según el cual –como lo ordena el artículo 83 superior– "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". No obstante la claridad de esta disposición constitucional, en la práctica las entidades encargadas de hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales fundamentales de las parejas homosexuales suelen suponer, sin que medie sustento fáctico alguno, que las parejas del mismo sexo buscan defraudar al sistema pensional."

Específicamente, tratándose de la pensión de sobrevivientes, se afirmó que se estaba utilizando una interpretación restrictiva de la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008, en la que se estableció que las personas que conviven en uniones homosexuales, también tienen derecho a ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando se acredite dicha condición "en los términos señalados en la sentencia C-521 de 200752 para las parejas heterosexuales.", es decir, presentando una declaración juramentada ante

notario, en la que se exprese la voluntad de conformar una familia de manera permanente.

Ahora bien, en la referida sentencia T-051 de 2010, se concluyó, que dicha perspectiva, imponía a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, ya que habiendo fallecido uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión.

Argumentó la Corte:

"Como se deriva de lo hasta aquí expuesto, en los tres asuntos bajo examen tanto las entidades demandadas como los jueces de tutela se sustentan en excusas inadmisibles si se miran bajo la óptica de los preceptos constitucionales así como bajo los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad. Arriba se expuso, que las sentencias de constitucionalidad son vinculantes y de obligatorio cumplimiento dado el carácter erga omnes que las informa e impregna. Así mismo, en las consideraciones de la presente sentencia se aportaron los motivos por los cuales se sostiene en esta sede que interpretar la exigencia contenida en la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 de una manera restrictiva implica imponerles a las parejas homosexuales una carga desproporcionada y arbitraria que riñe con las previsiones contenidas en el artículo 13 superior y quebranta el derecho a la garantía del debido proceso administrativo establecida en el artículo 29 de la Constitución Política."

32. Uno de los últimos logros jurisprudenciales en materia de protección a las parejas homosexuales, es la reciente sentencia C-577 de 201153, en la que la Corte estudió los artículos 113 del código civil; artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y, el artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, normas referentes a la conformación de la familia en Colombia.

Si bien, para el momento de elaboración de la presente sentencia aún no se conocía el texto final del mencionado fallo, se tomará como referente lo expresado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el comunicado No. 30 de julio 26 de 2011.

En esta ocasión, la Corte señaló "que del texto del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la convivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya

constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia. En este sentido y de conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos "vínculos naturales o jurídicos", según lo previsto en el precepto superior. De ahí, que la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza."

33.1 En concordancia con lo anterior, la Corte declaró exequibles las normas demandadas, y, 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.

Así mismo, advirtió que si para 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.

34. Hemos visto hasta este punto que este Tribunal Constitucional ha pasado por un desarrollo gradual respecto a la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Tal como quedó expuesto, inicialmente se salvaguardaban los derechos de las personas homosexuales de manera individual, por ejemplo en temas de discriminación en el acceso a cargos públicos, o cuando algunas normas disponían el homosexualismo como causal de mala conducta o falta disciplinaria; posteriormente, a partir del año 2007, se les empezaron a reconocer sus derechos en la faceta de parejas, hasta el punto que sus uniones generan efectos patrimoniales, pueden acceder a las pensiones de sobrevivientes, les son aplicables las normas penales de agravación punitiva correspondientes al vínculo afectivo, pueden ser afiliados (as) como beneficiarios (as) de su compañero (a) en el sistema de seguridad social en salud, entre otros, e incluso a partir del año 2011 se reconoció que constituyen una forma

de familia que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

Como resultado de lo anterior, actualmente la Corte Constitucional ha adoptado una posición garantista al respecto, con el fin eliminar del ordenamiento jurídico colombiano toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual.

Estándares internacionales de la protección a la comunidad homosexual.

35. En el ámbito internacional también ha sido reconocida la situación de discriminación en razón de la opción sexual de las personas, que ha predominado a lo largo del tiempo en muchos lugares del mundo.

36. Es así como, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos54, contiene en su artículo 2.1 el compromiso de los estados firmantes de garantizar los derechos reconocidos en dicho Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Así mismo, en su artículo 26 establece:

"Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

37. De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales55 y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)56 establecen en sus artículos 2.2 y, 1° respectivamente, la obligación de los Estados de garantizar y proteger los derechos que en éstos se consagran, a todas las personas en condiciones de igualdad sin ninguna diferenciación por motivos de raza, sexo, orientación sexual, entre otras.

38. En esa medida, las disposiciones señaladas anteriormente, en tanto instrumento internacional de derechos humanos ratificados por Colombia57, hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política. En consecuencia, resulta sumamente importante tener en cuenta la prohibición de discriminación consagrada en los mismos.

39. Además, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado al respecto por ejemplo en los casos Toonen c. Australia58 y, Young c. Australia59 –mencionados anteriormente60-, en los que en todo caso se reiteró que la homosexualidad es un criterio sospechoso de diferenciación, de manera que de utilizarse debe existir una justificación estricta, razonable y objetiva, de lo contrario, se considera que un trato distinto en razón de la orientación sexual de las personas, contradice el mencionado artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

40. Por otra parte, esta Sala encuentra que, recientemente la comunidad internacional ha mostrado la necesidad imperante de erradicar todo tipo de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; a través de resoluciones y observaciones que si bien no hacen parte del bloque de constitucionalidad, han sido reconocidas por la jurisprudencia61 de esta Corte Constitucional como criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales relativas a la garantía de los derechos fundamentales.

41. De esta manera, en el 2008, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, expidió la Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", en la que los Estados miembros manifestaron su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.

42. Dicha intranquilidad por la situación de la comunidad homosexual, fue reiterada posteriormente por la Asamblea General de este mismo órgano, en la Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), en la que entre otros aspectos referentes a la condena de la discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, la OEA le solicitó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos incluir en su agenda el tema de "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género"62.

43. De igual forma, en el año 2010 mediante la adopción de la Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10), el máximo órgano de la OEA entre otras cosas, condenó los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, así mismo, exhortó a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se comentan actos de violencia, u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género,

insistiendo en la importancia del acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad.

44. Adicionalmente, en el 2008, se adoptó por parte de la Organización de Naciones Unidas, la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género, firmada por Colombia63, en la cual, se reafirmó que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. Específicamente, en sus artículos 3 y 4 establece:

"3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

4. Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género."

45. Finalmente, no sobra mencionar la Observación General No. 20 de 2009 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, relativa a "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)" en la cual, se establece que la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general del Pacto según su artículo 2.264. Especificó el concepto de discriminación así:

En cuanto a los motivos prohibidos de discriminación, se determinó que el citado artículo 2.2 del pacto contiene una cláusula abierta al incluir la frase "o cualquier otra condición social", en este sentido explicó:

"32. En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual66. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo67."

46. A manera de conclusión, encontramos que existen numerosos pronunciamientos de índole internacional, que han instituido que la opción sexual es un criterio sospechoso y prohibido de discriminación, por lo tanto, es obligación de los Estados adoptar las medidas adecuadas para garantizar la igualdad y la dignidad de todas las personas, así como, erradicar todo tipo de distinción con base en la opción sexual, si la misma no tiene una suficiente justificación para existir.

47. Una vez expuestos los avances jurisprudenciales colombianos, así como los lineamientos a nivel internacional, aplicables a la materia en comento, esta Sala procederá a analizar el caso en concreto.

Estudio del caso en concreto.

48. En este caso, el actor alega vulneración al debido proceso, teniendo en cuenta que instauró demanda ante la jurisdicción laboral, con el fin de que se declarara la unión marital de hecho que existió entre él y su compañero permanente, así como la sociedad patrimonial que de ésta se deriva. En dicho proceso a pesar de haberse allegado suficientes pruebas sobre la existencia de la unión marital de hecho, ésta no fue declarada argumentando la falta de plena prueba, por cuanto no se allegó al proceso ni escritura pública ni acta de conciliación, en la cual el demandante y su fallecido compañero hubiesen declarado haber convivido en unión marital de hecho.

Análisis de procedibilidad de la acción

49. A continuación, se estudiarán los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en el presente caso, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento 5.3 de esta decisión.

49.1 Relevancia constitucional

El asunto que se encuentra revisando esta Sala inviste relevancia constitucional, en tanto hace referencia a los derechos al debido proceso, a la personalidad jurídica y al estado civil del accionante, el cual hace parte de la población homosexual y en esta medida, puede estar siendo sometido a un trato discriminatorio en razón a su orientación sexual, situación que ha sido prohibida por el ordenamiento jurídico. Estas consideraciones son suficientes para dar

por cumplido el requisito.

49.2 Agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios.

49.2.1 Los hechos por los cuales se interpuso la acción de tutela que en esta ocasión se revisa, tuvieron su origen en un proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho, el cual fue fallado en primera instancia sin conceder las pretensiones que en éste se plantearon. Sin embargo, el accionante no interpuso recurso de apelación contra la sentencia y, es precisamente éste el principal argumento de los jueces de instancia para negar el amparo solicitado en sede de tutela.

De acuerdo con lo anterior, al estar comprometido el principio de subsidiariedad característico de la acción de tutela, en este caso se estaría ante una acción improcedente68, además, teniendo en cuenta lo que se expuso en el acápite correspondiente, el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia especialmente los de inmediatez y subsidiariedad, cuando la acción de tutela es interpuesta frente a una providencia judicial, deben ser objeto de un análisis cuidadoso.

49.2.2 Ahora bien, bajo un estudio detallado del contexto en el que se desarrollan algunos casos, la Corte ha realizado un análisis flexible de dichos requisitos, tal como se muestra a continuación.

49.2.2.1 Uno de los aspectos que se tienen en cuenta para estudiar ampliamente los requisitos formales de procedibilidad, es la condición de vulnerabilidad que se predica de algunas personas, que las hace merecedoras de una especial protección constitucional69.

Sobre este punto, en la sentencia T-719 de 2003 se señaló:

“La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la proteción de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. (…)

Si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de respetar el carácter subsidiario del mecanismo judicial en cuestión, existen casos en los que el análisis de procedibilidad de la tutela en el caso concreto se debe efectuar en

forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.".

A propósito del requisito de inmediatez70, recientemente en la sentencia T-1028 de 2010, esta Corte halló procedente el amparo contra una sentencia judicial proferida por la Corte Suprema de Justicia71, no obstante haberse interpuesto la acción de tutela después de dos años y ocho meses aproximadamente de haber sido esta última ejecutoriada. En dicha ocasión, si bien existía un serio problema de inmediatez, fue determinante en el análisis de la procedencia formal, la condición de vulnerabilidad de la actora, es decir, su precaria situación económica y su pertenencia el grupo de personas de la tercera edad.

De igual forma, bajo el contexto de personas especialmente protegidas por el ordenamiento constitucional, también se ha realizado un análisis laxo del requisito de subsidiariedad72.

Por consiguiente, cuando se está ante procesos penales en los que el sidicado ha sido representado por un defensor de oficio, la Corte ha encontrado que en algunos casos especiales no le es imputable al accionante la falta de diligencia en cuanto al agotamiento de los recursos que se tienen en la vía ordinaria por cuanto eran deber de un tercero y, en esta medida, se ha efectuado una interpretación flexible del mencionado requisito de subsidiariedad.

Este fue el argumento utilizado en la sentencia T- 567 de 1998, en la que la Corte halló que para el momento en que se podría haber interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia que se discutió en sede de tutela, el accionante se encontraba en imposibilidad de cumplir con la carga procesal mencionada, puesto que era un campesino prácticamente iletrado (teniendo en cuenta que había cursado solo hasta el primer grado de primaria), que había estado siendo defendido sucesivamente por distintos defensores de oficio, de manera

que nunca escogió su defensa y se vio inmerso en una situación en la que debió someterse a la estrategia que éstos diseñaran para controvertir su caso ante la justicia penal.

Al respecto se expuso:

"La Corte ha sostenido, de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando, con ella, se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo. Sin embargo, la regla anterior admite algunas especialísimas excepciones, en aquellos casos en los cuales se encuentra debidamente acreditado en el expediente que el actor no pudo utilizar los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación que, desde el punto de vista fáctico o jurídico, se lo impedía por completo y, en cuyo caso, la aplicación de la regla antes señalada le causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio general enunciado. En este sentido, se ha pronunciado la Corte al reconocer que, en ciertos casos, la presunta omisión no es, desde ningún punto de vista, imputable al actor. En otras palabras, que no puede hablarse, ni siquiera, de culpa levísima de quien intenta la acción de tutela, pese a no haber utilizado los mecanismos ordinarios existentes."

Esta excepción, según la cual es admisible la acción de tutela contra sentencias aún cuando no se hayan interpuesto los recursos ordinarios, si la responsabilidad del agotamiento de la vía ordinaria radicaba en cabeza de un tercero ajeno al accionante, ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-329 de 1996, T-573 de 1997, T-567 de 1998 y T-068 de 2005.

Por otra parte, según lo enunciado, cuando se puede ver vulnerado el derecho al estado civil de la persona, también se ha admitido la procedencia de la tutela pese a no haberse cumplido con la carga de agotar las posibilidades existentes en la vía ordinaria; además, si se encuentran de por medio los derechos de los niños, la procedencia resulta doblemente justificada, porque los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional, en razón a su concreta condición de indefensión y vulnerabilidad.

Así fue declarado en la sentencia T-329 de 1996, en la que esta Corporación consideró que la falta de interposición del recurso de apelación en procesos ordinarios que pretenden determinar la filiación de un menor, no es óbice para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En este caso, la Corte argumentó:

“[S]i se atiende a la equidad, que busca realizar la justicia en el caso concreto, habrá de reconocerse que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que le permitan su defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva y hace necesario que, con miras a la prevalencia del Derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario.

Tal ocurre, por ejemplo, cuando los intereses en juego corresponden a menores, cuya indefensión se presume según el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en especial si esos intereses corresponden a derechos fundamentales que pueden quedar vulnerados o amenazados en la hipótesis de una tutela denegada por no haber hecho su abogado uso oportuno de los recursos que los favorecían en el proceso ordinario.

Un principio de elemental justicia indica que en dichas circunstancias no debe ser sancionado el niño con la eliminación de toda posibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales y que, mereciendo él la protección especial del Estado impuesta por el artículo 44 de la Constitución, procede la tutela (…)”

Respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, que lleva inmerso el estado civil de las personas, dijo la Corte que el derecho al nombre y al conocimiento de la filiación de los niños resulta fundamental, porque se encuentra de por medio el derecho a la dignidad humana, teniendo en cuenta que con esto, se consolidan en cabeza del hijo y de los padres derechos y deberes de contenido patrimonial y moral.

Esta misma línea argumentativa, fue utilizada en la sentencia T-156 de 2009, en la que se encontraban de por medio derechos de una menor de edad, y no se había interpuesto el recurso de súplica contra la providencia que se discutía en sede de tutela y, en consecuencia, el amparo se consideró procedente.

Ahora bien, a propósito de los procesos de filiación, esta Corte en sentencia T-411 de 2004, aceptó la procedencia de la acción de tutela contra un fallo emitido en el trámite de un proceso ordinario de filiación extramatrimonial, aún cuando el accionante (mayor de edad) no interpuso el recurso de apelación frente a la providencia en la cual le fueron denegadas sus pretensiones y se declaró que el demandado no era su padre.

En esta ocasión, en primer lugar expuso la Corte que, teniendo en cuenta que el artículo 14 constitucional, establece el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, de éste se derivan los atributos de la personalidad. Al respecto explicó: "ha sostenido esta Corporación, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como sujeto en el campo del Derecho está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de dicha calidad. Para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de dichos atributos puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona73. Del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se deriva el derecho al estado civil, el cual, a su vez, depende del reconocimiento de la verdadera filiación de una persona. En este orden de ideas, el artículo 1º del Decreto – Ley 1260 de 1970, Estatuto del Estado Civil de las Personas, consagra que éste es la situación jurídica de la persona en la familia y la sociedad y determina la capacidad para ejercer ciertos derechos y obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible."

En concordancia con lo anterior, en el caso que se viene reseñando, este Tribunal también advirtió, que de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución Política, el derecho sustancial debe primar sobre el procesal, al respecto, sostuvo la Corte:

"Pero más aún, ha señalado esta Corporación, el principio de prevalencia estatuye el deber que tiene la autoridad judicial de proteger y salvaguardar las garantías individuales de las personas, en particular, en lo que se refiere a los derechos y libertades fundamentales, más allá del sometimiento a simples ritualidades y formalismos. La decisión rigurosa de declarar improcedente la acción de tutela cuando el actor no hizo uso del medio de defensa ordinario que tenía para hacer valer sus derechos, llevaría en determinados casos a que lo formal imperara sobre lo sustancial, pues, frente a la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales, prima la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa. De lo contrario, en aquellos eventos el juez de tutela estaría prestando su tácita aquiescencia frente a una vulneración de los derechos fundamentales de una persona, amparado en el subterfugio de la aplicación de una formalidad que debe ceder ante el derecho sustancial, por constituir éste la razón de ser de aquella." (Destaca la Sala).

En cuanto al asunto de fondo que se planteó en el caso en concreto, existía plena prueba de

la paternidad del demandado frente al accionante, la cual no fue declarada por el juez natural en virtud de un defecto fáctico, puesto que se omitió el recaudo de la prueba de ADN, entonces, la Corte argumentó:

"6.3 De acuerdo con lo estatuido en el artículo 228 de la Constitución Nacional, y tal como quedó expuesto en los numerales anteriores de esta sentencia, prevalece el derecho sustancial sobre las simples formalidades. La finalidad de las reglas procesales es otorgar garantía de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional. (…)

6.4 De otro lado, la Sala considera que el hecho de que el actor dentro de la presente acción de tutela dejara de interponer, en el proceso de filiación extramatrimonial, el recurso de apelación al que tenía derecho contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Familia de Cali el 4 de diciembre de 2002, debe ceder ante la contundencia de la verdad científica y ante la trascendencia de los derechos que se ponen en juego. De lo contrario, el señor Jairo Edmundo Pabón se vería abocado de por vida a una situación de flagrante vulneración de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a su estado civil. De igual manera, conociendo ahora sin posibilidad de duda la identidad de su padre, si se le negara el derecho que tiene a establecer su filiación y su estado civil, el señor Pabón estaría recibiendo menoscabo también en relación con su dignidad como persona humana." (Negrilla fuera de texto).

Esta posición fue reiterada en la sentencia T-584 de 200874.

49.2.3 A manera de conclusión, podemos decir entonces que si bien los requisitos de procedencia formal para la acción de tutela aumentan su rigor cuando ésta es interpuesta contra fallos judiciales, existen excepciones en las que el juez constitucional debe estudiarlos de una manera flexible, particularmente si se trata de sujetos en estado de vulnerabilidad que merecen una especial protección constitucional. Así mismo específicamente respecto de la condición de subsidiariedad, se han aceptado casos en los que no se agotaron los recursos ordinarios: (i) en el marco de un proceso penal, la persona fue representada por un defensor de oficio al cual le es imputable la negligencia en el uso de los recursos y, (ii) cuando se encuentran de por medio los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y el estado civil, bien sea que se encuentren comprometidos igualmente los derechos de los niños o,

cuando por ejemplo, en procesos de filiación la certeza probatoria es tal que el derecho sustancial debe primar sobre el procesal.

49.2.4 Ahora bien, descendiendo todo lo que hasta aquí se ha expuesto, al caso que en esta oportunidad se revisa, en primer lugar, esta Sala encuentra que ha quedado comprobado que el accionante es homosexual.

En efecto, las personas homosexuales hacen parte de un grupo poblacional que ha sido tradicionalmente discriminado, al que solo con el pasar del tiempo y hasta pronunciamientos sumamente recientes se le han protegido sus derechos fundamentales. Esta condición de marginamiento, ha sido reconocida por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos75 incluso desde su jurisprudencia más antigua76.

Por ejemplo, en la sentencia C- 336 de 2008, la Corte explícitamente dijo:

"Sin embargo, pese a que la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y por tanto la libre opción sexual, y además prohíbe la discriminación por razón del sexo de las personas, las parejas homosexuales han sido tradicionalmente discriminadas, y solo han logrado reconocimiento jurídico y protección merced a la jurisprudencia de la Corte Constitucional."

Sin embargo, tal como viene siendo expuesto a lo largo del presente fallo, esta situación ha sido difícil de superar, en gran medida porque necesariamente implica un cambio en el pensamiento social que se logra con el paso del tiempo y, el afianzamiento de una cultura de respeto por la diversidad.

Esto es evidente, si tenemos en cuenta que en el año 200777 se logró la protección patrimonial de las uniones homosexuales, y solo hasta el 201178 se acepta que éstas pueden ser asemejadas a una forma de familia, reconocida, y por lo tanto, merecedora de protección por parte del ordenamiento jurídico colombiano; además, porque éstos avances se han dado únicamente mediante la jurisprudencia de esta Corte Constitucional.

En suma, queda claro que la situación de discriminación que ha sufrido la comunidad homosexual, ha sido un tema que se ha ido superando paulatinamente. Así mismo, de acuerdo con los fundamentos generales expuestos previamente, también ha sido objeto de

estudio en el contexto internacional79, en virtud de lo cual, se ha reiterado la importancia de la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, por ser vulneratoria de los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

Por lo tanto, con base en las especiales circunstancias en las que se ha visto la comunidad homosexual para lograr una efectiva protección de sus derechos a la libertad de opción sexual y, a la dignidad humana, el accionante es una persona que merece una especial protección constitucional.

49.2.5 Entonces, resulta relevante resaltar, que aquí se encuentran de por medio los derechos fundamentales de un sujeto del que se predica un estado de vulnerabilidad, en tanto hace parte de una comunidad que ha sido tradicionalmente discriminada y marginada y, por lo tanto merece especial protección constitucional, obligación que se encuentra avalada en múltiples normas y pronunciamientos nacionales e internacionales, los cuales le imponen al Estado colombiano la obligación de erradicar todo acto discriminatorio en razón de la opción sexual, situación que debe corregirse entre otros, desde la administración de justicia.

Finalmente, otro aspecto importante para realizar el análisis de procedibilidad en este caso, es que la unión marital de hecho hace parte del estado civil, tal como se verá a continuación.

Frente al estado civil de las personas, esta Corte en reiterados pronunciamientos80, ha considerado que se trata de un derecho fundamental, que se deriva directamente de los mandatos constitucionales, esto, teniendo en cuenta que el artículo 14 de la Constitución establece que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", lo cual significa, que el ordenamiento reconoce en la persona humana, por el sólo hecho de existir, ciertos atributos jurídicos que se estiman inseparables de ella.

Una de tales propiedades, es, precisamente, el estado civil, pues no cabe duda que de todo ser humano puede decirse si es mayor o menor de edad, soltero o casado, hijo de determinada persona, si forma parte de una unión marital de hecho etc. 81

Por lo tanto, "[e]l estado civil lo constituyen entonces un conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona, que la identifican y diferencian de las demás, y que la hacen sujeto

de determinados derechos y obligaciones. Dada la importancia de las calidades civiles de una persona, su constitución y prueba se realiza mediante inscripción en el registro civil."82

Lo anterior, debe ser interpretado con una lectura armónica de los artículos 13 y 14 constitucionales, que establecen el derecho a la igualdad de todas las personas ante la ley y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que, de estas normas emanan los atributos de la personalidad y, entre ellos, el del estado civil de las personas. Este último, como se sabe, determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad y de él se derivan derechos y obligaciones que se regulan por la ley civil83.

En este punto, es importante tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 5, del Decreto – Ley 1260 de 1970:

"Artículo 5._ Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, (…) matrimonio, capitulaciones matrimoniales, (…) divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, (…)"

Por lo tanto, cuando una persona contrae matrimonio, dicho acto es consignado mediante una nota marginal en su registro civil de nacimiento, al igual que cuando dos personas en el ejercicio de sus libertades deciden unirse para conformar una familia, y declaran esto bien sea ante notario, por un acta de conciliación o mediante una autoridad judicial, análogamente, se hace explícita dicha unión en su correspondiente registro civil de nacimiento; por cuanto esto constituye un cambio en su estado civil.

Adicionalmente, los derechos a la personalidad jurídica y al estado civil, son de suma importancia, teniendo en cuenta que el artículo 1º del Decreto – Ley 1260 de 1970 preceptúa que el estado civil es indisponible y el Código Civil establece que no se puede transigir sobre éste (artículo 2473).

De acuerdo con lo expuesto, tenemos que la declaración de la unión marital de hecho entre dos personas, conlleva por un lado, consecuencias patrimoniales tales como la existencia de una sociedad de bienes y, en este caso en particular, habiendo fallecido el compañero también se causaría el derecho a hacer parte de los herederos a los cuales se les atribuye conforme a la ley su correspondiente partida o hijuela de la masa sucesoral de bienes que

deje el causante. Sin embargo, dicha declaración, también tiene efectos no patrimoniales, toda vez que tal como quedó expuesto, ésta conlleva su inscripción en el registro civil de nacimiento del accionante, con lo cual se está reconociendo oficialmente que formó con su difunto compañero una familia durante más de 20 años.

Esto es de especial importancia en el caso bajo estudio, porque si se analizan los elementos fácticos del mismo, se encuentra que el actor no está en una situación de fragilidad económica y no existe amenaza a su derecho al mínimo vital, puesto que por un lado de las declaraciones que fueron rendidas ante la juez natural, se desprende que trabaja como diseñador gráfico84 y, adicionalmente ya le fue reconocida por el ISS la sustitución pensional de su compañero85; de manera que, es forzoso concluir que el accionante más allá de los beneficios económicos que se puedan derivar de la declaración de la unión marital de hecho que existió entre él y el señor Ramírez Cardona, lo que busca es que por medio de una autoridad del Estado Colombiano, se reconozca la relación familiar que mantuvo con su compañero y que la misma quede consignada en su registro civil; en otras palabras, el actor está buscando que se declare una de las calidades civiles de toda persona, es decir, que al admitirse que entre él y su compañero existió una unión marital de hecho, se estaría indicando su relación con la familia que integró, lo cual es un derecho fundamental de todas las personas, inherente al ser humano y una de las características primarias del mismo.

Adicionalmente, con base en el precedente sentado en la sentencia T-411 de 2004, esta Sala encuentra que cuando existe una veracidad probatoria de tal magnitud que no existe duda alguna sobre el derecho sustancial reclamado por el peticionario, el mismo, no puede ser negado con base en requisitos formales, de acuerdo con lo instituido por el artículo 22886 de la Costitución.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las especiales condiciones que se predican del aquí accionante, en esta oportunidad, la procedencia de la acción de tutela no está definida por el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que el actor, (i) hace parte de una población que ha sido tradicionalmente discriminada y, en esta medida merece una especial protección constitucional, (ii) en materia probatoria el presente caso es tan fuerte, que durante el proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho, quedó clara la relación que el señor Ramírez Jaramillo mantuvo con su compañero, puesto que no existieron testimonios contradictorios y, los mismos fueron rendidos incluso por las hermanas del causante y su

sobrino, quienes, en virtud del vínculo sanguíneo con el señor Ramírez Cardona, lo conocían perfectamente y, además son las directamente afectadas con la declaración de la unión como únicos herederos del mismo; de manera que, ante una contundencia tal, debe primar el derecho sustancial sobre el procesal; máxime si con esto, (iii) se estaría vulnerando su derecho al estado civil, que se deriva del reconocimiento de su personalidad jurídica y de la igualdad de todas las personas ante la ley, y por lo tanto se estaría negando su situación ante la familia y la sociedad en la que convive.

Incluso, para este caso, es importante tener en cuenta que tal como se dejó expuesto anteriormente, la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo se ha dado mediante la jurisprudencia de esta Corte Constitucional y, solo hasta este año (2011) se está terminando de consolidar, de manera que, aún no ha sido conocida ni comprendida completamente por los jueces de la jurisdicción ordinaria, razón por la cual, en casos como el presente resulta de suma relevancia la intervención de este Tribunal, en aras de contribuir al fortalecimiento de la misma.

Finalmente, esta Corte concluye que, es procedente la acción de tutela aún cuando no se agotó el recurso de apelación, porque exclusivamente en el caso que se estudia, la violación a los derechos fundamentales de una persona homosexual, que acudió a la jurisdicción ordinaria para que le fueran amparados los derechos que se derivan de su unión sentimental con una persona de su mismo sexo, continúa y se refiere a derechos y criterios de especial trascendencia que por mandatos constitucionales directos y del bloque de constitucionalidad, deben ser especialmente considerados en aras de brindarles una efectiva garantía. Además, teniendo en cuenta la plenitud probatoria que presenta este caso, resulta imperante hacer primar el derecho sustancial sobre el procesal.

Este requisito se encuentra plenamente acreditado en el caso. Obsérvese que entre la fecha en que se adoptó la sentencia de instancia en el proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho y el momento en que se interpuso la acción de tutela, existe un lapso inferior a dos meses, lo cual constituye un plazo que es sin duda alguna razonable.

49.4 Que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

El requisito no es aplicable al caso concreto pues las irregularidades que se alegan son de

carácter sustancial y fáctico.

49.5 Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.

En su escrito de tutela el actor mencionó específicamente que la juez que conoció del proceso indiciado por él ante la jurisdicción ordinaria de familia, por un lado no valoró correctamente las declaraciones rendidas ante su despacho por los familiares de su difunto compañero y demás personas cercanas a la pareja, con las cuales quedaba demostrada la existencia de la convivencia entre ellos y, en segundo lugar, omitió dar aplicación al artículo 4 numeral 3° de la ley 54 de 1990 que establece que la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros puede ser declarada por sentencia judicial.

49.6 Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela.

Al respecto, es suficiente señalar que la sentencia judicial que se considera vulneratoria de los derechos fundamentales se produjo en la jurisdicción de familia, durante un proceso de declaración de unión marital de hecho.

Acreditados todos los requisitos formales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, la Sala procederá a realizar el estudio de fondo sobre el caso en concreto.

Examen de la procedencia material del amparo.

50. En la acción de tutela instaurada en contra del fallo emitido por el Juzgado Quinto de Familia de Medellín, el actor indicó que teniendo en cuenta que la juez de conocimiento no le dio el valor probatorio que poseen a las distintas declaraciones de familiares y vecinos del difunto compañero del accionante, en la que manifestaron bajo la gravedad del juramento que entre ellos dos existió una relación de pareja desde el año de 1983, se puede estar violando su derecho al debido proceso. Por otra parte, el actor sostuvo que en el referido proceso se omitió dar aplicación al artículo 4 numeral 3° de la ley 54 de 1990 que establece que la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros puede ser declarada por sentencia judicial, siendo esta precisamente la razón por la cual el accionante interpuso en primer lugar la demanda en comento.

La sentencia del Juzgado Quinto de Familia de Medellín.

1. 51. Mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, el Juzgado Quinto de Familia de Medellín, decidió negar las pretensiones del demandante, porque consideró que de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 modificados por la ley 979 de 2005, para proceder a declarar la unión marital de hecho y la correspondiente existencia de una sociedad patrimonial, era necesario que existiera como prueba un acta de conciliación o escritura pública suscrita por los implicados ante Notario.

Tal como se expuso anteriormente, a juicio del accionante esta sentencia incurrió en los denominados defectos fáctico y sustantivo, por no haber tenido en cuenta las declaraciones recaudadas durante el proceso y, por no aplicar el artículo 4 de la ley 54 de 1990.

52. En primer lugar, esta Sala encuentra que tal como lo afirma el accionante, fueron tres las pretensiones solicitadas en el marco del proceso de declaración de unión marital de hecho, a saber:

1. "Que se declare que entre JORGE ELIECER RAMÍREZ JARAMILLO y LUIS ENRIQUE RAMÍREZ CARDONA, existió una unión marital de hecho que inició en 1983 hasta el 18 de mayo del año 2009 fecha del fallecimiento del señor RAMÍREZ CARDONA.

2. Como consecuencia de la anterior declaración se declare la existencia de una SOCIEDAD PATRIMONIAL entre los compañeros permanentes, desde la fecha iniciada.

3. Que se ordene la liquidación de la sociedad patrimonial." (Mayúsculas dentro del texto).

53. De lo anterior se deduce que la pretensión principal es la de la declaración de la unión marital de hecho entre el accionante y su difunto compañero, para lo cual existen tres métodos según la ley 54 de 1990 que en su artículo 4, modificado por la ley 979 de 2005 establece:

Artículo 4º. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.

3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.

54. Teniendo esto claro, se procederá con el estudio de las causales genéricas de procedibilidad.

55. Análisis de la configuración de los defectos sustantivo y fáctico.

Recordemos que uno de los supuestos en los que se configura el defecto sustantivo, es cuando el juez apoya su decisión en una norma que no es aplicable al caso concreto.

En el contexto que se desarrolla el presente asunto, esta Sala encuentra que, siendo el numeral 3° del artículo 4° de la ley 54 de 1990, la norma aplicable al caso del demandante, la sentencia del Juzgado Quinto de Familia de Medellín, omitió la aplicación de la misma al limitar su estudio normativo a los primeros dos artículos de la ley 54 de 1990, en los cuales se define la figura de la unión marital de hecho y se regula la manera de realizar la declaración de la sociedad patrimonial de bienes, mas no la declaración de la unión.

55.1. Con lo anterior, es claro que en efecto, la sentencia mediante la cual se resolvieron las pretensiones del actor en el proceso de declaración de unión marital de hecho, incurrió en un defecto sustantivo, teniendo en cuenta que no aplicó el artículo 4° de la ley 54 de 1990 que era la norma directamente pertinente para la solución del caso, haciendo un uso erróneo de los artículos 1 y 2 de la misma ley.

55.2 Entonces, se encuentra un defecto sustantivo en la sentencia de la juez Quinta de Familia de Medellín, porque (i) no aplicó el artículo 4° numeral 3 de la ley 54 de 1990, que

era la norma pertinente para el caso particular, y (ii) aplicó erróneamente los artículos 1 y 2 de la mencionada ley, dándoles un alcance que no poseen, lo cual, desembocó en la ocurrencia de un error fáctico, teniendo en cuenta que como se explicó en el acápite correspondiente, los defectos se relacionan entre si.

55.3 En el presente caso, el actor afirma que la juez no tuvo en cuenta las declaraciones que fueron rendidas ante su despacho por familiares de su difunto compañero, en las que bajo la gravedad del juramento manifestaron que es cierto que entre ellos dos existió una unión marital de hecho.

55.4. Dentro de la copia del expediente del proceso de unión marital de hecho, se encuentran varias declaraciones rendidas tanto por familiares del difunto Luis Enrique Ramírez Cardona, como de personas allegadas a él, en las que manifestaron que conocían que era homosexual y, que desde el año 1983 convivió con su compañero el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo con el cual tenía una relación sentimental, compartían su casa de habitación, adquirieron bienes inmuebles y, administraban de manera conjunta los recursos que cada uno obtenía para su subsistencia.

Es importante resaltar las declaraciones rendidas durante el proceso por parte de las hermanas del señor Luis Enrique, las cuales habiendo convivido con él desde sus primeros años y, quienes serían las directamente afectadas con la declaración de la unión marital de hecho ya que son precisamente ellas las llamadas a heredar. Recordemos lo que manifestaron:

1.

* Dalila del Socorro Ramírez de Correa: manifestó que su hermano era homosexual y que tenía una relación sentimental con el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo desde el año de 1983, tiempo en el que convivían “como hombre y mujer… porque nos consta que era así, porque mi hermanito a pesar de que murió sigue vigente, porque ellos se quisieron mucho…”.

* Francisca Inés Ramírez Cardona: informó que es cierto que su hermano era homosexual y

que mantuvo una relación sentimental con el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, manifestó que “nos consta que era así porque mi hermanito creció con nosotros y él tenía esa inclinación, y ellos eran como una esposa y un esposo y que [sic] el esposa era Jorge”.

1.

Por último, respondieron al interrogatorio formulado por el apoderado del accionante, las señoras Magnolia de Jesús Florez Yepes quien manifestó conocer a la pareja desde hace por lo menos 30 años y, Mariela de los Dolores Sierra quien dijo conocerlos desde hace 31 años; ambas en razón a que eran vecinas de los mismos. Informaron al despacho que sabían que eran pareja, que conocían de los gastos compartidos que tenían y, que nunca supieron de alguna mujer o cualquier otra persona ajena a ellos dos conviviera o hubiese mantenido relaciones afectivas con alguno de los señores Luis Enrique ni Jorge Eliécer.

También se oyó al demandante quien corroboró los hechos de la demanda y, explicó detalles de su convivencia como pareja87.

Éstas fueron pues las pruebas que utilizó el accionante, con el fin de demostrar que entre él y el señor Luis Enrique existió una unión marital de hecho desde 1983 hasta el 2009, tiempo en el cual se prestaron ayuda mutua, compartieron su lecho, se guardaron fidelidad y adquirieron bienes inmuebles en la ciudad de Medellín.

55.5 Ahora bien, recordemos que al tenor del antes citado artículo 4 de la ley 54 de 1990, la unión marital de hecho puede ser declarada por los jueces de familia, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil y, no obstante haber recogido las declaraciones de 5 personas, todas concordantes respecto de la existencia de la unión entre Jorge Eliecer y Luis Enrique, la juez natural determinó que no existían pruebas suficientes para declarar la unión marital de hecho y la correspondiente sociedad patrimonial que existió entre los nombrados señores. Al respecto consignó en su sentencia:

“Sobre la Unión Marital de Hecho que entre estas dos personas se predica en el plenario, efectivamente no hay la PLENA PRUEBA que logre fijar en el Juzgador la convicción real de su existencia, esto por cuanto a pesar de que las versiones de los declarantes aportados al proceso dan fe de la comunidad o convivencia que se presentó de tiempo atrás entre el señor JORGE [sic] ENRIQUE RAMÍREZ JARAMILLO y LUIS ENRIQUE RAMÍREZ [sic] JARAMILLO no

se cumple con la exigencia demarcada en la Ley 979/05 y por lo tanto no hay lugar a la DECLARATORIA DE LA UNIÓN ENTRE LOS CONVIVIENTES Y MUCHO MENOS EL RECONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES TAL COMO LO SEÑALA LA SENTENCIA C-075/07. Como consecuencia no se accederá a las pretensiones de la demanda." (Mayúsculas y negrita dentro del texto.)

55.6. De lo anterior se desprende que, mediante el uso de una interpretación que no resulta constitucionalmente admisible, la juez acepta que las declaraciones rendidas ante su despacho "dan fe" de la convivencia que existió entre el demandante y el señor Ramírez Cardona, pero, afirma que la unión marital de hecho no fue probada de acuerdo con las exigencias de la ley 54 de 1990 modificada por la ley 979 de 2005.

Esto merece dos consideraciones a saber: (i) la juez Quinta de Familia de Medellín incurrió en su sentencia en una apreciación contraevidente, es decir que existe un error de hecho, teniendo en cuenta que, (ii) la ley 54 de 1990 no exige ninguna prueba en específico para la declaración de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, pues el artículo aplicable establece que se puede utilizar cualquier medio probatorio consagrado en el Código de Procedimiento Civil, dentro de los cuales se encuentra las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por testigos, así como los interrogatorios de parte.

En la sentencia del juzgado, se hizo alusión únicamente a los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, específicamente el numeral 2° del artículo 2 que establece que para efectos de declarar la sociedad patrimonial de bienes, los compañeros permanentes pueden acudir ante Notario o ante un centro de conciliación para realizarla y, a juicio de esta Sala, se entiende que la juez Quinta de Familia de Medellín, confundió esto con una tarifa probatoria para la declaración de la unión marital de hecho.

55.7. En este punto es importante hacer énfasis en que el artículo que utilizó la juez Quinta de Familia de Medellín, instituye la forma en que se puede declarar la sociedad patrimonial o de bienes, más no la unión marital de hecho ya que ésta última, puede ser declarada (i) ante Notario mediante escritura pública, (ii) ante un centro de conciliación o, (iii) por un juez de familia. Por lo tanto, la Sala considera que fue esta precisamente la razón por la cual el señor Jorge Eliecer se acercó ante la jurisdicción, puesto que ante la muerte de su compañero es imposible declarar que entre ellos existió una unión mediante otro procedimiento que no sea

acudiendo a la misma.

55.8. Además, si se atiende en el caso concreto a la equidad que busca realizar la justicia, resultaba apropiado y necesario aplicar el principio según el cual el derecho sustancial prevalece sobre el procesal y, en esta medida haberse pronunciado sobre la validez probatoria de las declaraciones. Máxime, si se tiene en cuenta que tal como se expuso en la sentencia T-051 de 201088, esta Corte ha sido enfática en la importancia de suprimir toda "traba" o requisito innecesario, para que la población homosexual pueda acceder al pleno reconocimiento de sus derechos.

56. De esta forma, es forzoso concluir que al omitir la aplicación del artículo 4° de la ley 54 de 1990, así como haberle dado una interpretación errónea al numeral 2° del artículo 2 de la misma ley, se configuró el defecto sustantivo por haberse inadvertido la norma directamente aplicable al caso en concreto.

57. Análogamente, se encuentra acreditado el defecto fáctico por la falta de análisis de la juez Quinta Familia de Medellín de las declaraciones rendidas por Jairo Fernando Ramírez, Magnolia de Jesús Florez Yepes, Mariela de los Dolores Sierra, Dalila del Socorro Ramírez de Correa, Francisca Inés Ramírez Cardona así como el interrogatorio de parte realizado al demandante. En este orden de ideas, la ausencia de esta valoración fue determinante para declarar no probada la unión marital de hecho y en consecuencia la ausencia de una sociedad patrimonial.

58. En suma, la sentencia del Juzgado Quinto de Familia de Medellín de forma simultánea presenta un defecto sustantivo y fáctico. La inaplicación del artículo 4 de la ley 54 de 1990 en conjunto con la falta de apreciación de las declaraciones recaudadas durante el proceso, resultaron en una sentencia que denegó las pretensiones del accionante y con esto, una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia.

59. De esta manera, concluye la Corte que es necesario un pronunciamiento por parte del Juzgado Quinto de Familia de Medellín que corresponda a las consideraciones precedentes, en aras de garantizar el derecho al debido proceso, a la personalidad jurídica y al estado civil del accionante.

En virtud de lo expuesto, la Corte revocará las sentencias proferidas por la Sala Segunda de decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín y, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, que resolvieron denegar la acción de tutela promovida por el señor Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo, y en su lugar, concederá el amparo solicitado para proteger sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En consecuencia, dejará sin efecto la sentencia del Juzgado Quinto de Familia de Medellín del 14 de diciembre de 2010 y le ordenará proferir una nueva providencia dentro del proceso de declaración de unión marital de hecho promovido por Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo contra herederos de Luis Enrique Ramírez Cardona, en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la presente sentencia sobre la declaratoria de la unión.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala Segunda de decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, en primera instancia, y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en segunda instancia, dentro del proceso de tutela iniciado por Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo contra el Juzgado Quinto de Familia de Medellín. En su lugar, CONCEDER el amparo demandado para proteger su derecho al debido proceso, a la personalidad jurídica y al estado civil, vulnerados por el Juzgado Quinto de Familia de Medellín.

Segundo: DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por el Juzgado Quinto de Familia de Medellín el catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010), dentro del proceso promovido por Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo de declaración de unión marital de hecho contra los herederos de Luis Enrique Ramírez Cardona.

Tercero: ORDENAR al Juzgado Quinto de Familia de Medellín, proferir una nueva sentencia dentro del proceso de declaración de unión marital de hecho promovido por Jorge Eliecer Ramírez Jaramillo contra herederos de Luis Enrique Ramírez Cardona, en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia sobre la norma aplicable para

la declaración de la unión marital de hecho. Así mismo se le ADVIERTE al Juzgado Quinto de Familia de Medellín, que no podrá exigir para efectos de declarar la unión marital de hecho ni una escritura pública ni un acta de conciliación, teniendo en cuenta que el artículo 4° de la ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la ley 979 de 2005, establece que la misma podrá ser acreditada utilizando cualquiera de los medios probatorios contenidos en el Código de Procedimiento Civil. Para el cumplimento del fallo de tutela se concede el término previsto para dictar sentencia en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil.

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

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. // Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: // a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; // b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios: // 1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo. // 2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

2 Se evidencia un error de digitación en la sentencia de instancia en relación con los nombres y apellidos del aquí accionante y el difunto Luis Enrique Ramírez Cardona.

3 Corte Constitucional, sentencias T-282 de 1996, C-590 de 2005, T-070 de 2007, C-713 de 2008, T-151 de 2009, T-156 de 2009, T-310 de 2009 y, SU- 913 de 2009,entre muchas otras más.

4 “En la citada norma superior (artículo 86 C.P.) es evidente que el constituyente no realizó distinciones entre los distintos ámbitos de la función pública, con el fin de excluir a alguno o algunos de ellos de la procedencia de ese mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Precisamente por ello en la norma superior indicada se habla de “cualquier” autoridad pública. Siendo ello así, la acción de tutela procede también contra los actos que son manifestación del ámbito de poder inherente a la función jurisdiccional y específicamente contra las decisiones judiciales, pues los jueces y tribunales, en su cotidiana tarea de aplicación del derecho a supuestos particulares, bien pueden proferir decisiones que se tornen constitucionalmente relevantes por desbordar el estricto marco de aplicación de la ley y afectar derechos fundamentales”. Cfr. Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba

Triviño).

5 “La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales está legitimada no sólo por la Carta Política sino también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos”. Ibid.

6 Sobre los conceptos de ratio decidendi y obiter dicta, consultar la sentencia SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

7 “Al proferir la Sentencia C-593-92, la decisión de la Corte no fue excluir la tutela contra decisiones judiciales”. Cfr. Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

8 Sentencia T-757 de 2009.

9 Siguiendo los lineamientos de la sentencia C- 590 de 2005.

10 Ver sentencia T-173 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

11 Sobre el agotamiento de recursos o principio de residualidad y su relación con el principio de subsidiariedad cuando se ejerce la acción de tutela para controvertir un fallo judicial, ver sentencia T-1049 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

12 Esta regla se desprende de la función unificadora de la Corte Constitucional, ejercida a través de sus Salas de Selección. Así, debe entenderse que si un proceso no fue seleccionado por la Corte para su revisión, se encuentra acorde con los derechos fundamentales.

13 Cfr. Sentencia T-757 de 2009.

15 Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Ver, Sentencias C-590 de 2005; T-008 de 1998 y T-079 de 1993.

16 El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido. Al respecto, ver sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2002), T-196 de 2006, T-996 de 2003, T-937 de 2001.

17 Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

18 También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público. Ver, principalmente, sentencias SU-014 de 2001, T-1180 de 2001 y SU-846 de 2000.

19 En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver T-114 de 2002.

20 "(se presenta cuando) la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance". Ver sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999.

21 Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución, sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver, sentencia T-522 de 2001.

22 Sentencia T-522/01, citada en sentencia C-590 de 2005.

23 Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

24 Cfr. sentencia T-522 de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Para la Corte "es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicados porque los procesos se adelantan ante jueces especializados", razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

25 Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 MP. Jairo Charry Rivas. Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

26 Cfr, por ejemplo, las sentencias T-804 de 1999 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-984 de 1999 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

27 Al respecto ver por ejemplo la sentencia T- 1222 de 2005, en la Corte fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: “En este sentido, no sobra indicar que, en todo caso, los jueces civiles son intérpretes autorizados de las normas que integran esta rama del derecho y el juez constitucional no puede oponerles su propia interpretación salvo que se trate de evitar una evidente arbitrariedad o una clara violación de los derechos fundamentales de las partes. En este caso el juez constitucional tiene la carga de demostrar fehacientemente la existencia de una vulneración del derecho constitucional de los derechos fundamentales como condición previa para poder ordenar la revocatoria de la decisión judicial impugnada. // En suma, ante una acción de tutela interpuesta contra una decisión judicial por presunta arbitrariedad en la interpretación del derecho legislado -vía de hecho sustancial por interpretación arbitraria- el juez constitucional debe limitarse exclusivamente a verificar que la interpretación y aplicación del derecho por parte del funcionario judicial no obedezca a su simple voluntad o capricho o que no viole los derechos fundamentales. En otras palabras, no puede el juez de tutela, en principio, definir cual es la mejor interpretación, la más adecuada o razonable del derecho legislado, pues su función se limita simplemente a garantizar que no exista arbitrariedad y a proteger los derechos fundamentales y no a definir el sentido y alcance de las normas de rango legal.”

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

29 Sentencia T-079 de 2010.

30 Sentencia C-590 de 2005.

31 Cfr. Sentencia SU-156 de 2002

32 Sentencia T- 474 de 2008.

33 Ibídem.

34 La sentencia T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, advirtió: “Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales.”

35 Sentencia T-442 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

36 Algunos ejemplos en los que la Corte encontró que efectivamente se configuró un defecto fáctico son las sentencias T-461 de 2003 y T-916 de 2008, entre otras.

37 Sentencia T-310 de 2009.

38 En la Sentencia T-097 de 1994 la Corte señaló que “[e]ntre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código Penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha

jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana." Esta posición ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse la C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y la T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

39 En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte expresó: "Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos —además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que "la mujer y el hombre" tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (…) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990." En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte puntualizó que "… a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros."

40 En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte señaló que "[s]ería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexequibilidad de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. En la Sentencia T-349 de 2006 la Corte concluyó que el legislador dentro de su ámbito de configuración, puede, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades, pero que en relación con la prestación que entonces era objeto de consideración -la pensión de sobrevivientes- no había un imperativo constitucional, conforme al cual, a partir del principio de igualdad, dicha prestación debiese hacerse extensiva a las parejas homosexuales.

41 En la Sentencia C-1043 de 2006 la Corte expresó que "[l]a existencia de esas diferencias [entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales] hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad." Agregó la Corte que en el caso que entonces fue objeto de consideración esa carga argumentativa no se satisfacía debido a que el actor se limitó "… a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio", pero no presentó las razones que mostraran que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.

42 Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

43 Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000.

44 Así lo señaló esta Corte en las sentencias T-097 de 1994, T-539 de 1994, T-101 de 1998,

C-481 de 1998, C-507 de 1999, T-268 de 2000, C-373 de 2002, T-435 de 2002 y T-301 de 2004.

45 Ver supra, numeral 16 y siguientes.

46 Esta norma sería nuevamente objeto de pronunciamiento posterior en la Sentencia C-075 de 2007, en virtud de la modificación que sufrió por la ley 979 de 2005.

47 Sentencia T-539 de 1994. M.P Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.2.

48 Sentencia T-1426 de 2000.

49 Vg. Familia poligámica, poliándrica, poligínica.

50 Ver, supra numeral 16 y siguientes.

51 Dentro de esta posición se encuentran entre otras, las sentencias C-336 de 2008, en la que se estudiaron entre otros los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los cuales se regula la pensión de sobrevivientes. La Corte resolvió declarar exequibles las expresiones demandadas en el entendido que también son beneficiarias de dicha prestación las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Así mismo, la C-798 de 2008 por medio de la cual, la Corte Constitucional extendió a las parejas homosexuales la obligación alimentaria entre los compañeros o compañeras y, por lo tanto pueden ser demandados mediante la acción penal por inasistencia alimentaria.

También cabe mencionar la sentencia C-029 de 2009, que reconoció que a las parejas homosexuales, le son aplicables los efectos de las normas que consagraban obligaciones y derechos a los integrantes de las uniones heterosexuales, respecto de las obligaciones alimentarias; de la nacionalidad por adopción; de los privilegios en cuanto a la residencia en el Archipiélago de San Andrés y Providencia; de la garantía de no incriminación a la pareja en materia penal, penal militar y disciplinaria; respecto de normas penales y preventivas de los casos en que la victimas es el compañero o compañera permanente; normas penales de circunstancias de agravación punitiva; derechos a los compañeros permanentes de las

víctimas de crímenes atroces; entre otras.

52 En la sentencia C-521 de 2007, se examinó la constitucionalidad del artículo 163 de la ley 100 de 1993, que contenía un trato diferente para ser afiliado como cónyuge o compañero (a) permanente en calidad de beneficiarios al sistema de seguridad social en salud. La diferencia consistía en que al compañero (a) permanente del afiliado se le imponía la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones.

La Corte encontró que no existía justificación alguna para realizar dicha diferenciación, por lo tanto se eliminó el requisito de haber convivido durante dos años, pero se dijo que "La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto(…)."

53 Para el momento de elaboración de la presente sentencia aún no se conocía el texto final del mencionado fallo, por lo tanto, lo aquí expuesto hace parte del Comunicado de Prensa de Sala Plena de la Corte Constitucional No. 30 de julio 26 de 2011, mediante el cual se dio a conocer la decisión adoptada por el Tribunal respecto de la demanda instaurada contra los artículos 113 del código civil; artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y, el artículo 2 de la Ley 1361 de 2009.

54 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

55 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

56 Suscrita el 22 de noviembre de 1969, por la Organización de Estados Americanos.

57 Los dos Pactos señalados, fueron ratificados por medio de la Ley 74 de 1968 y, la Convención mediante la Ley 16 de 1972

58 Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

59 Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000.

60 Ver, supra numeral 18.4.

61 Así se ha enunciado entre otras, en las sentencias C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-355 de 2006, C- 537 de 2006 y, C-376 de 2010.

62 “En función a este mandato, el día 22 de octubre de 2009, un especialista en la materia, el Sr. Stefano Fabeni de Global Rights Partners for Justice, realizó una presentación en la cual destacó, entre otros aspectos, que las resoluciones de la OEA en esta materia constituían hitos para una lucha inclusiva y concreta en contra de la discriminación y de otros abusos en materia de derechos humanos cometidas contra este grupo de personas.” En: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual.htm.

63 Esta declaración fue firmada por 66 de los 192 países miembros de las Naciones Unidas.

64 Artículo 2. // 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

65 En el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad figuran definiciones similares. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su Observación general Nº 18 (párrs. 6 y 7) y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.

66 Véanse las Observaciones generales Nos. 14 y 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

67 Véanse las definiciones en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

68 A esta conclusión llegó la Corte en las sentencias T-1169 de 2001; T-613 de 2003; T-606 de 2004; T-834 de 2004; T-1065 de 2004; y T-2002 de 2005, entre otras.

69 Sobre sujetos en condición de vulnerabilidad ver, entre otras, sentencias T-972 de 2006, T-340 de 2010, y T-110 de 2011.

70 Existen varios pronunciamientos en los que la Corte ha realizado un estudio laxo acerca del requisito de inmediatez, al respecto, se pueden consultar, entre otras las sentencias T-526 de 2005; T-654 de 2006; T-692 de 2006; T-593 de 2007; T-792 de 2007; T-243 de 2008; T-783 de 2009 y T-299 de 2009.

71 En sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación señaló: "Una importante restricción al ejercicio de la tutela contra sentencias judiciales se presenta en el caso de decisiones proferidas por las Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 CP), o el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237 CP). || Teniendo en cuenta el rol protagónico que cumplen la Corte Suprema y el Consejo de Estado en sus respectivos ámbitos, tanto la regulación normativa como la jurisprudencia se han ocupado de fijar mayores restricciones, pues ellos son los primeros llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivos ámbitos".

72 Al respecto ver, sentencia T-972 de 2006.

73 Ibídem. (Se refiere a las sentencias C-109/95, C-807/02, T-488/99)

74 En esta ocasión, la Corte consideró: "Ahora bien, en el caso concreto es claro que el actor en sede de tutela no interpuso recurso de apelación contra la providencia que lo declaraba padre extramatrimonial del menor Luís Fernando, razón por la cual los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado por considerar que no había hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial a su disposición. Sin embargo, es aplicable aquí el precedente sentado en la sentencia T-411 de 2004 sobre este extremo pues el requisito de procedibilidad deberá "ceder ante la contundencia de la verdad científica y ante la trascendencia de los derechos que se ponen en juego".

En consecuencia, debido al grado de certeza científica de la prueba genética esta debe ser practicada y valorada en los procesos en los cuales se debate la filiación, de no ser así aún a pesar que el interesado no ha sido del todo diligente en el ejercicio de los otros medios de defensa judicial, puede recurrirse a la tutela para tales efectos."

75Al respecto ver, sentencias C-373 de 2002, T-499 de 2003, C-075 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T- 1241 de 2008, C-029 de 2009, T- 911 de 2009 y, T- 051 de 2010.

77 Con la ya reiterada Sentencia C-075 de 2007.

78 En la Sentencia C-577 de 2011.

79 Ver, supra, numerales 36 a 46, de las consideraciones de la presente sentencia.

80 Al respecto, pueden ser consultadas las sentencias T-090 de 1995, T-963 de 2001, C-101 de 2005, T-390 de 2005, C-476 de 2005 y T-822 de 2008.

81 Cfr. Sentencia T-090 de 1995.

82 Ibídem.

83 Cfr. Sentencia C-476 de 2005.

84 Ver numeral 3.1.7 del acápite de pruebas.

85 A folios 11 y 12 del cuaderno 1, se encuentra copia de la Resolución No. 008791 del 19 de mayo de 2010, en la que el ISS seccional de Antioquia, concedió la sustitución pensional al accionante.

86 ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Destaca la Sala)

87 Al respecto ver, supra numeral 3.1.12.

88 Ver supra numeral 33.