



R.0203
JH
4:36 PM
23 FL



Radicado No. 20157760000621
19/06/2015
Página 1 de 1

DNEAC

Bogotá D.C., viernes 19 de junio de 2015

Magistrada Ponente
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
Sala Sexta de Revisión de Tutelas
Corte Constitucional
Calle 12 No. 7 - 65 -
Bogotá - D.C.

ASUNTO: Concepto de la Fiscalía General de la Nación. Expediente T-4496228.

Respetada Magistrada,

Adjunto a la presente comunicación las consideraciones expuestas por la Fiscalía General de la Nación respecto de la acción de tutela interpuesta por Luis David Villegas Mesa y Ricardo Plata Aguilar, en nombre propio y en representación de sus hijos Bartleby y Virginia, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, y otras entidades.

De la honorable magistrada,

ANDREA LILIANA NIÑEZ URIBE
Directora (e) Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales

DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES

DIAGONAL 22B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52-01 BLOQUE C PISO 3 BOGOTÁ, D.C.
CONMUTADOR 5702000-4149000 Exts. 3033 FAX 2264
www.fiscalia.gov.co



Bogotá D.C., 19 de junio de 2015

Magistradas

Gloria Stella Ortiz Delgado

Martha Victoria Sáchica Méndez

Magistrado

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sala Sexta de Revisión de Tutelas

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

E. S. D.

Referencia: Intervención de la Fiscalía General de la Nación

Expediente T-4496228. Acción de tutela interpuesta por Luis David Villegas Mesa y Ricardo Plata Aguilar en representación de sus hijos Bartleby y Virginia contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías 2ª y 25 de Medellín, la Notaría 1ª de Itagüí y la Notaría 2ª de Envigado.

Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Respetados magistrados,

ANDREA LILIANA NUÑEZ URIBE, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.088.076, obrando en mi calidad de Directora Nacional encargada de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 9º del

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Decreto 016 de 2014, me permito someter a consideración de la Magistrada Ponente esta intervención en el proceso de la referencia.

El presente documento está dividido en dos partes principales. En la primera, se hace un recuento del caso y se presenta el problema jurídico. En la segunda, se presentan, en tres subacápites, las razones por las que, para la Fiscalía General de la Nación, deben ampararse los derechos fundamentales invocados por los accionantes. Previo a esto, se presentan las razones por las que la Fiscalía General de la Nación interviene en este proceso.

I. ANTECEDENTES Y PROBLEMA JURÍDICO

1. Antecedentes

Los accionantes conforman una pareja estable registrada como unión marital de hecho en Colombia y constituida como matrimonio civil en Estados Unidos. Con la intención de constituir una familia, se sometieron a un procedimiento médico en febrero de 2013 en la ciudad de San Diego (California), con el objetivo de ser padres biológicos de dos hijos.

El procedimiento se desarrolló en la clínica “*La Jolla- IVF*”, mediante la fertilización in vitro con espermatozoides de los accionantes de óvulos de una donante implantados en un vientre subrogado. Por medio de este procedimiento, se obtuvo un embarazo gemelar que culminó con el nacimiento de los dos hijos de la pareja tutelante, el 10 de abril de 2014, en el Hospital Sharp Grossmonth de la ciudad de San Diego, Estados Unidos.

El Gobierno de los Estados Unidos reconoció a los dos accionantes la calidad de padres de ambos niños y expidió los respectivos pasaportes.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Posteriormente, los padres solicitaron en el consulado colombiano en los Ángeles (California) la expedición del registro civil de nacimiento de los dos niños, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 de la Constitución. No obstante, el consulado colombiano no expidió los registros civiles ni les ofreció una justificación de la negativa.

El 18 de abril de 2014, los accionantes y sus hijos regresaron a Colombia. Dado que no se había podido efectuar el registro solicitado en la sede consular, los niños ingresaron al país como turistas con un permiso de permanencia en Colombia hasta el 18 de julio de 2014. El día 22 de ese mes, los padres de los niños radicaron un derecho de petición en la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el objetivo de solicitar el registro civil de nacimiento de los niños. La Registraduría respondió negativamente la petición con el argumento de que, de acuerdo con la legislación colombiana, no está permitido el matrimonio ni la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo.

También les fue negado el registro en la Notaría Segunda del Círculo de Medellín, en la oficina de casos especiales de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Medellín, en la Notaría 25 del Círculo de Medellín, en la Notaría 1ª de Itagüí y en la Notaría 2ª de Envigado.

Con base en estos hechos, los padres de los niños decidieron interponer acción de tutela en contra de todas las entidades que no efectuaron el registro de sus dos hijos. Para los accionantes, la negativa de dichas entidades a realizar el registro civil de nacimiento de sus hijos vulneró sus derechos fundamentales y los de sus hijos a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad.

El 20 de junio de 2014, la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín resolvió amparar los derechos solicitados y ordenar a la

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Registraduría Nacional del Estado Civil que procediera a dar inicio a los trámites para extender el registro civil de nacimiento de los hijos de los accionantes, teniendo como término máximo para hacer efectivo el procedimiento el 15 de julio de 2014. Ordenó también al ICBF el inicio del procedimiento de restablecimiento del derecho fundamental al registro de los hijos de los accionantes, en el que se debería verificar el cumplimiento de la orden dada a la Registraduría.

2. Problema Jurídico

En concepto de la Fiscalía General de la Nación, los hechos descritos le plantean a la Corte el siguiente problema jurídico:

¿Vulneraron las entidades accionadas los derechos fundamentales a la igualdad, a la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad de los accionantes y de sus hijos, al negarse a efectuar el registro civil de nacimiento de los dos niños, argumentando que (i) el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido en Colombia; (ii) no está permitida, conforme a la legislación colombiana, la adopción por parte de parejas de personas del mismo sexo, y (iii) las normas que regulan el registro civil de las personas nacidas en el exterior presuponen la existencia de padres de distinto sexo, pese a que, (i) los derechos fundamentales de los niños son prevalentes, (ii) el registro civil es condición de posibilidad de otros derechos fundamentales y que, en todo caso, (iii) la orientación sexual es un criterio sospechoso de diferenciación para el ejercicio de derechos fundamentales?

Antes de desarrollar la respuesta al problema jurídico, es necesario advertir, como lo hizo el juez de instancia, que el presente no es un caso de adopción de parejas conformadas por personas del mismo sexo. Como quedó descrito en los antecedentes, los dos accionantes son padres biológicos de los niños. Por

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



tanto, el debate constitucional se circunscribe, de manera exclusiva, al registro de hijos biológicos de parejas de personas del mismo sexo.

Ahora bien, para responder al problema jurídico enunciado, el presente texto está dividido en 3 partes. En la primera, se expone la regulación legal del registro civil de personas, con el fin de mostrar que, aunque dicha regulación presuponga la existencia de padres de distinto sexo, una interpretación sistemática y constitucionalmente admisible de dichas normas no excluye el registro de hijos biológicos de parejas de personas del mismo sexo. En la segunda parte, se hace un recuento breve de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre parejas conformadas por personas del mismo sexo, para sostener que una interpretación sistemática de dicha jurisprudencia permite afirmar que a estas parejas les asisten los mismos derechos que a las parejas de personas de distinto sexo. Establecido desde el punto de vista legal y jurisprudencial lo que puede denominarse las razones normativas del punto de vista de la igualdad, en la parte siguiente se exponen las razones de interpretación de la Constitución que favorecen el punto de vista de la igualdad. Así, en la tercera parte, se sostiene que, cuando existe más de una interpretación razonable de una norma, debe preferirse aquella que amplía las garantías constitucionales.

II. CUESTIÓN PREVIA. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN EL TRÁMITE DE REVISIÓN DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

La Fiscalía General de la Nación interviene en el presente proceso con la intención, por una parte, de promover el derecho a la igualdad de las parejas de personas del mismo sexo y de sus hijos biológicos. Sobre este punto, se expone que no existen razones constitucionales ni legales que permitan

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



afirmar que no se puede hacer el registro civil de nacimiento de los hijos de parejas de personas del mismo sexo. Y por la otra, por considerar que el aparente impedimento para hacer el mencionado registro, no solo es discriminatorio, sino que afecta normas penales sustantivas y de procedimiento, por medio de la creación de distorsiones inconvenientes e innecesarias.

Para la Fiscalía General de la Nación, el déficit de protección penal afecta tres tipos específicos de familia: a) familias de crianza conformadas por parejas del mismo sexo con presencia de un hijo de crianza; b) familias de crianza conformadas por la madre o el padre biológicos del hijo/a y su compañero del mismo sexo, que es a su vez padre/madre de crianza; y, c) como ocurre en este caso, familias conformadas por una pareja de personas del mismo sexo con hijos biológicos de ambos padres, a las que no se les permite hacer el registro civil de nacimiento de sus hijos.

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

Esta distorsión y, sobre todo, el déficit de protección que la desigualdad en la aplicación de normas de tipo penal crea, ya ha sido reconocida por la Corte en la Sentencia C-029 de 2009. En esta sentencia, la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra –entre otros- de los artículos 34, 104 -numeral 1º, 170 -numeral 4º, 179 -numerales 1º y 4º, 188 b -numeral 3º, 229, 233, 236, 245 -numeral 1º y 454A de la Ley 599 de 2000 y de los artículos 8º

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



-literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004. Al respecto dijo este Tribunal:

“(...) [E]s preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad”¹.

Con base en lo anterior, y como se expondrá más adelante, permitir a los accionantes registrar a sus hijos biológicos no solo resuelve un problema de igualdad de trato creado por una discriminación sospechosa, sino además, resuelve un problema práctico en la aplicación de normas sustantivas y procedimentales de carácter penal.

¹ Sentencia C-029 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



III. ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA SOLICITUD DE CONFIRMAR LA DECISIÓN DE 1ª INSTANCIA, EN EL SENTIDO DE ORDENAR EL REGISTRO DE LOS HIJOS DE LOS ACCIONANTES

- 1. No existe en la regulación legal del registro del estado civil de las personas ningún tipo de restricción o prohibición que impida registrar al hijo biológico de dos personas del mismo sexo**

El Decreto 2670 de 1970 consagra la normatividad regulatoria del Registro del Estado Civil de las personas. En el artículo 1º, se establece que el “estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad”, en consonancia con los tratados internacionales que consagran el derecho a la personalidad jurídica, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad². En este sentido, el artículo 3º dispone que toda persona tiene derecho al nombre, cuya efectividad debe garantizarse sin ningún tipo de restricción o impedimento.

De este modo, el de la personalidad jurídica es lo más cercano posible a un derecho absoluto e inderrotable, puesto que a ningún ser humano se le puede negar o impedir la posibilidad de registrar un nombre ante el Estado y la sociedad civil, de acuerdo con las ritualidades de ley.

² El artículo 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza del siguiente modo: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante la Ley 74 de 1968, en el numeral 1º del artículo 24 dispone que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Tanto el artículo 3º de la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada mediante la Ley 16 de 1973, como los artículos 7º-1 y 8º de la Convención sobre el Derecho del Niño, suscrita en 1989, consagran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como un elemento básico del stock de derechos que corresponde a todo ser humano, y en especial, a los niños.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



El núcleo esencial de este derecho, en consecuencia, no puede ser restringido, ni siquiera ponderado o limitado frente a otros derechos constitucionales. Ello, toda vez que no parece posible su confrontación con otros derechos de igual jerarquía, en la medida en que registrar un nombre ante el Estado no riñe con otros derechos dentro del marco constitucional y legal vigente.

Todo lo contrario, se trata de un derecho cuyo ejercicio es lógica y conceptualmente previo al ejercicio de otros, dado que posibilita el disfrute de multiplicidad de prerrogativas legales y constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

“La función del estado civil es demostrar la capacidad de la persona para que esta pueda ser titular de derechos y obligaciones. (...) Los elementos que conforman el estado civil son la individualidad, la edad, el sexo, el lugar de nacimiento y la filiación.

La Corte³ ha señalado que la información del estado civil es indispensable para el reconocimiento de la personalidad jurídica, y **guarda estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, ya que ubica a la persona jurídicamente en su núcleo familiar y social. La constitución y la prueba de las calidades civiles de las personas se realizan mediante la inscripción en el registro civil**”⁴ (negritas fuera el texto).

De lo anterior se infiere que el derecho a la personalidad jurídica del niño biológico de dos personas del mismo sexo, no puede ser restringido bajo ningún pretexto, menos aun por el solo hecho de serlo.

³ C. Const., T-277 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-168 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.”

⁴ C. Const., T-450A de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.”



Una restricción de este tipo resulta a todas luces inconstitucional, comoquiera que contraviene el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 y las acciones afirmativas o de discriminación positiva que el máximo Tribunal constitucional ha derivado de una interpretación garantista de la disposición en cuestión.

En el presente caso, obstaculizar el ejercicio del derecho al registro civil del nacimiento del niño hijo de padres homosexuales constituye una flagrante y violación de sus derechos fundamentales, puesto que le impide al menor el disfrute y goce de sus derechos mínimos como persona y el libre ejercicio de su ciudadanía cuando alcance la edad para ello.

Además, comporta el incumplimiento de una obligación del Estado estipulada expresamente en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006. En efecto, el numeral 12 del artículo 41 de esta normatividad es del siguiente tenor literal:

“Artículo 41. Obligaciones del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

[...]

12. Garantizar la inscripción y el trámite del registro civil de nacimiento mediante un procedimiento eficaz y gratuito. Para el efecto, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social conjuntamente reglamentarán el trámite administrativo que garantice que el niño o niña salga del centro médico donde nació, con su registro civil de nacimiento y certificado de nacido vivo. [...]”.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



Este imperativo a cargo del Estado es categórico y de inmediato cumplimiento, por cuanto hace posible el derecho a la identidad contenido en el artículo 25 de la misma regulación, de acuerdo con el cual, todo niño, niña o adolescente le corresponde una identidad individual que viene dada por elementos como el nombre, la nacionalidad y la filiación, así como la preservación de su lengua de origen, cultura e idiosincrasia. Alguna anomalía en el cumplimiento de esta obligación legal a cargo del Estado constituye una grave vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas.

Ahora bien, podría pensarse que el numeral 2° del artículo 44 del Estatuto del Registro Civil de las Personas constituye una excepción válida a esta obligación del Estado. Esta disposición normativa establece que en el registro de nacimiento se inscribirán, entre otros, “[l]os nacimientos ocurridos en el extranjero, de personas hijas de *padre* y *madre* colombianos” (resaltado fuera del texto).

Una interpretación literal y restrictiva de la disposición citada implicaría que solo pueden ser registrados hijos nacidos en el extranjero que hayan sido procreados por un hombre y una mujer. Sin embargo, esto resultaría abiertamente contrario a la Constitución de 1991 y al concepto de familia que la Corte Constitucional ha desarrollado a partir de una interpretación extensiva del artículo 42 de la Constitución.

El sentido constitucionalmente válido del enunciado en cita puede establecerse a través de dos vías: (i) la interpretación condicionada de las expresiones resaltadas, bajo el entendido de que los hijos biológicos de personas del mismo sexo, nacidos en el exterior, tienen derecho a ser registrados⁵; o (ii) destacando el déficit de protección de las familias conformadas por parejas homosexuales frente a las uniones heterosexuales, cuya protección

⁵ Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



privilegiada corresponde a una cosmovisión ya superada por otras realidades socioculturales que requieren la evolución de la interpretación constitucional⁶.

Ambas estrategias conducen a amparar los derechos de las familias compuestas por parejas del mismo sexo para subsanar de forma progresiva el déficit de protección de sujetos históricamente excluidos, cuyos derechos se encuentran en un estado potencial de vulneración permanente.

En este orden de ideas, en el presente caso debe entenderse que si bien existe una protección privilegiada en cuanto al registro de nacimiento en el exterior de hijos producto de relaciones heterosexuales, la disposición normativa no implica una desprotección de los hijos biológicos de parejas homosexuales.

Se trata de una omisión razonable debido al estado de los avances tecnológicos y las concepciones societales vigentes para la época de expedición de la norma, lo cual no contraviene ostensiblemente los mandatos constitucionales. No obstante, a la luz del artículo 42 de la Constitución, las familias compuestas por parejas homosexuales tienen los mismos derechos que otro tipo de familias y, por tanto, los hijos que surjan de este tipo de uniones gozan de las mismas garantías fundamentales que aquellos procreados en el seno de uniones heterosexuales.

La Corte ha considerado, respecto de los hijos, que existe un principio absoluto de igualdad, es decir, que resulta inadmisibles cualquier tipo de trato diferencial o discriminatorio en razón de su origen, raza, origen matrimonial o no, etc.

De allí que el derecho de los niños a tener una familia deba ser protegido dentro de cualquier clase de unión convivencial. En este sentido, la

⁶ Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.



personalidad jurídica es un derecho primerísimo que posibilita la identidad del menor, y su filiación y que, conforme a la ley, debe ser objeto de registro.

“Sin embargo, tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un **principio absoluto de igualdad**, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”⁷.

En este sentido la Corte ha explicado que “**el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política**”⁸, habida cuenta de que “el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente”⁹ (negritas fuera del texto).

Es imperioso concluir que no existe, y no puede existir, en la legislación vigente ninguna prohibición o restricción del derecho al registro del nacimiento en el extranjero de hijos biológicos de una pareja homosexual, a la luz de la Constitución Política de 1991.

⁷ Ibidem.

⁸ Sentencia T-292 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Sentencia C-857 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01, BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co

2. La interpretación sistemática de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sugiere que a las parejas conformadas por personas del mismo sexo les asisten los mismos derechos que a las parejas heterosexuales

En varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Corporación ha mantenido una postura abierta frente al tema de la diversidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad y extendido varios de los efectos legales que, en distintos ámbitos, aplican para las parejas o uniones de personas de sexo diferente. El *giro* de la postura de la Corte se dio a partir de la Sentencia C-075 de 2007¹⁰. En efecto, en dicha sentencia la Corte Constitucional resolvió declarar la constitucionalidad condicionada de la modificación hecha a la Ley 54 de 1990, bajo la interpretación según la cual el régimen patrimonial establecido en esta norma para las parejas heterosexuales aplica también para aquellas uniones de hecho conformadas por parejas de personas del mismo sexo.

La razón fundamental de dicha decisión parte de la consideración, ratificada posteriormente por la Sentencia C-577 de 2011, de que allí donde la ley establece protecciones y beneficios para las parejas de sexo distinto, debe hacerlo también para parejas de personas del mismo sexo. En este sentido, la protección patrimonial terminó haciéndose extensiva en razón de la forma de unión y configuración del vínculo que la ley ampara y que no se distingue en principio en razón de la orientación sexual de las personas que la conforman.

En este sentido, bien puede considerarse que, a partir de la Sentencia C-075 de 2007, la noción de compañero permanente y los beneficios legales que comporta se ha ampliado también a las parejas de personas del mismo sexo. Así parece ratificarlo la evolución de la jurisprudencia de la Corte al extender, por vía de sus pronunciamientos, todos los efectos jurídicos que comporta la

¹⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.



unión de hecho entre personas del mismo sexo. En este sentido puede citarse, por ejemplo, la Sentencia T-856 de 2007¹¹, que permite el reconocimiento del derecho de afiliación al régimen contributivo en calidad de beneficiario del compañero permanente del mismo sexo de un cotizante. En un sentido similar, pero en otro ámbito, la Sentencia C-798 de 2008¹² extendió la obligación de dar alimentos, existente entre compañeros permanentes, a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Por otra parte, la Sentencia C-336 de 2008¹³ declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones “compañera o compañero permanente” consagradas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que las parejas permanentes de personas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente. En la misma línea, la Sentencia T-1241 de 2008¹⁴ ratifica este pronunciamiento. Así mismo, la Sentencia C-029 de 2009 declara la constitucionalidad condicionada de un bloque de normas que establecían beneficios o cargas que tenían como destinatarias a las parejas heterosexuales, y que excluía de estas a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Finalmente, en este breve recuento, vale la pena mencionar la Sentencia C-577 de 2011 que textualmente reconoce que las parejas conformadas por personas del mismo sexo también son familia. A partir de esta premisa, la Corte reconoce que este tipo de parejas gozan de toda la protección que la Constitución consagra para esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, y esta es justamente la razón por la que considera que, respecto de dichas parejas, existe un déficit de protección que debe ser resuelto. Según la Corte, la razón lógica por la que la familia no corresponde con un único modelo de vinculación entre dos personas de acuerdo con la Constitución es

¹¹ (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

¹² (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

¹³ (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁴ (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



que esta establece dentro de sus principios los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. Esto descarta en la construcción de la regla cualquier modelo de virtud o de excelencia humana con contenido concreto dentro de la Constitución, de modo que, en expresión del primer principio y con amparo del segundo, las personas tienen el derecho de formar la relación que consideren libremente y de constituir a partir de ella una familia, que, si expresa la voluntad y el consentimiento –libre y responsable- tiene el derecho de gozar de igual protección a la de las familias constituidas a partir de formas convencionales.

La conclusión a la que llega la Corte parte, entonces, del presupuesto según el cual ni el sexo ni la orientación sexual de las personas constituyen criterios determinantes a partir de los cuales se estructuran los requisitos esenciales para conformar una familia. Esto es, se repite, porque solo se requiere la expresión libre y responsable del consentimiento como rasgos generales de la personalidad de los constituyentes del vínculo familiar; pero además, porque dado el carácter institucional de la familia, su conformación expresa principios constitucionales fundamentales como el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

En efecto, la Corte considera que la Constitución protege la orientación sexual homosexual, de modo que cualquier discriminación por este tipo de orientación resulta –*prima facie*- inconstitucional. En este punto, es razonable señalar, cómo la Corte asume que la protección que la Constitución establece no solo cubre el ámbito individual de la persona, sino que además ampara la expresión de sus derechos. Así pues, la sentencia afirma que resulta un objeto incontrovertible de amparo constitucional la orientación sexual de las personas. La Corte considera que, del hecho de la protección que la Constitución le otorga a todas las orientaciones sexuales, y no solo a la heterosexual, se deriva la protección de las uniones que las personas del mismo sexo constituyan, pues poco sentido tiene establecer el amparo

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



individual de dicha orientación, si la expresión concreta de ella se considera proscrita o desprotegida por el ordenamiento. Dice la Corte en algunos apartes de la sentencia:

“A juicio de la Corte, del núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo, respectivamente contemplados en los artículos 14 y 16 de la Carta, forma parte la autodeterminación sexual que comprende “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros” y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia¹⁵.

Pero también la jurisprudencia se ha aproximado a la homosexualidad desde la perspectiva del grupo situado en posición minoritaria y, además, sometido, en su condición de colectivo, a prejuicios fóbicos y a “falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales”¹⁶.

De conformidad con esta aproximación se ha enfatizado que, aun cuando “la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual”, le está vedado a la ley “prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo”, porque el derecho fundamental a la libre opción sexual impide “imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria”, ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel “en el que los miembros de la comunidad no están

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*



obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros”¹⁷.

En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría” y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría”¹⁸.

Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”¹⁹, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”^{20,21}.

Por lo tanto, es indiscutible que las uniones de personas del mismo sexo pueden constituir una familia que se encuentra protegida por la Constitución, del mismo modo que la constituida por personas de diferente sexo y, por ello,

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Cfr. Sentencia C-075 de 2007”.

²⁰ Cfr. Sentencia T-911 de 2009.”

²¹ Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; A.V. María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao López, Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Iván Palacio Palacio; S.P.V. María Victoria Calle Correa).

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



todo trato distinto que hagan las autoridades con base en la orientación sexual de las personas se presume discriminatorio e inconstitucional. Por eso la Corte consideró necesario comparar los modos de constituir familia con que cuentan los dos grupos de parejas, para establecer si existe o no un trato discriminatorio en contra de los segundos respecto de los primeros.

Como resultado de lo anterior, la Corte constató que, para este caso, en efecto existe una discriminación, pues mientras las parejas conformadas por personas de sexo distinto pueden constituir una familia por una situación de hecho (unión libre) y por un vínculo jurídico (matrimonio), las parejas de personas del mismo sexo solo cuentan con el primero de estos caminos (unión libre); por lo que se afirma en la sentencia que (i) si ni el sexo ni la orientación sexual son relevantes para determinar la constitución de una familia; (ii) las personas no pueden ser discriminadas en el ejercicio de sus derechos por razones ligadas a su orientación sexual; en consecuencia, (iii) todas las formas de familia merecen la misma protección del ordenamiento y del Estado; entonces, (iv) es discriminatorio e implica un déficit de protección, que las personas del mismo sexo que manifiesten su decisión libre y voluntaria de constituir una familia, no cuenten con un camino distinto a la situación de hecho, es decir, que no puedan acceder a un vínculo jurídico para formalizar su relación.

Con base en lo anterior, bien puede considerarse que la interpretación sistemática de la jurisprudencia de la Corte en relación con los derechos de las parejas de personas del mismo sexo lleva a la conclusión, según la cual, a estas parejas les asisten los mismos derechos y cargas que a las parejas conformadas por personas de sexo diferente y, por consiguiente, no es claro que exista una justificación constitucionalmente admisible para afirmar que, respecto del derecho al registro civil de un hijo biológico, existe una prohibición cuando los padres son dos personas del mismo sexo.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.
CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



3. Cuando un texto jurídico, como una sentencia, tiene más de una interpretación razonable, la valoración sobre las distintas opciones se hace sobre la base de la incidencia –negativa o positiva- que tengan sobre los derechos de rango constitucional, de modo que se amplíen y optimicen los alcances de las garantías consagradas en la Carta Política, más cuando se trata de derechos de grupos o personas históricamente discriminadas

Para la Fiscalía General de la Nación, el ámbito de discrecionalidad²² que cubre la autonomía funcional de cualquier funcionario –público o privado con funciones públicas- no es absoluto, y que las normas, como cualquier texto jurídico, está sujeto a diversas interpretaciones. Así lo ha considerado la propia Corte Constitucional, al momento de analizar la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, de modo que es posible que varias de las interpretaciones sobre un mismo texto, como el de las normas que regulan el registro civil de las personas, para este caso específico, resulten no solo divergentes, sino además opuestas en términos generales²³.

²² Usualmente cuando se hace referencia a la discrecionalidad, se piensa en la absoluta libertad de una persona determinada –con el poder de decidir alguna cuestión- para tomar la decisión que le parezca, sin que esté sujeta a ningún estándar que limite los motivos de su fallo. No es claro que esta sea la forma correcta de entender el término. Como lo afirma Dworkin, el concepto de discreción sólo es usado correctamente en el contexto de una persona encargada de tomar decisiones, pero estas decisiones están enmarcadas por las normas establecidas por una autoridad competente. La metáfora de la rosquilla es bien ilustrativa, la discrecionalidad vendría siendo el centro de la rosquilla, el agujero, no existe sino en el centro de un círculo de restricciones impuestas por normas que la rodea. Es entonces un concepto que funciona siempre relativo a normas. Así pues la Discrecionalidad no hace referencia a una libertad ilimitada y no está librada de la posibilidad de crítica. Las personas siempre que actúan ponen en juego ciertos criterios de racionalidad –razonabilidad- justicia y eficacia y no es extraño suponer esto o imponer una carga artificial en el agente. La discreción por tanto no es un cheque en blanco a favor de quien decide, para liberarse así de cualquiera de los estándares de racionalidad que normalmente se involucran en nuestra facultad de juicio, sino que se refiere a la situación en la que la decisión de una persona no está limitada –a priori- por normas establecidas por la autoridad que tiene competencia para ello dependiendo de la circunstancia específica. Para una referencia amplia sobre este punto, puede consultarse, Dworkin Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

²³ Sentencia T-654 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa).

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



De acuerdo con lo anterior, los textos jurídicos, como la mayor parte del lenguaje, tienen una textura abierta que da lugar a diversas interpretaciones, y existe un principio de autonomía funcional, que ampara el uso razonable de la interpretación que de dichos textos hagan los agentes institucionales que en un momento determinado tienen la potestad para aplicar el derecho. Entonces, es apenas lógico suponer que dicho principio solo se conserva y garantiza si, como se ha afirmado, el espacio de autonomía se concreta en un uso razonable de la argumentación para justificar la decisión que se toma en un momento determinado, lo que supone además la contemplación del contexto en el que la norma fue creada y aquel en el que eventualmente ha sido y será aplicada²⁴.

Para la Fiscalía, en el presente caso es posible afirmar que existen por lo menos dos interpretaciones básicas de las normas que regulan el registro civil de personas para este caso específico. Pese a la existencia de esta zona de penumbra y que las dos opciones (la que niega y la que admite la posibilidad del registro) son *-prima facie-* razonables, es posible escoger una de las dos sobre la base de los mejores argumentos que la respaldan, en aras de (i) optimizar los precedentes y la jurisprudencia de la Corte y (ii) de realizar de mejor manera los derechos fundamentales de quienes resultan potencialmente afectados por la falta de certeza jurídica²⁵.

En el presente caso, tanto la interpretación de las normas que regulan el registro como la jurisprudencia que se ocupa del derecho a la igualdad de las parejas de personas del mismo sexo, dan cuenta de que: (i) no existe una

²⁴ Sentencia C-557 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁵ La posibilidad de tener un grado de certeza jurídica en este caso no apunta a ninguna forma de verdad absoluta. En este sentido asume la postura filosófica de Quine y de Putnam, quienes coincidirán en afirmar la imposibilidad de alguna forma de forma de verdad definitiva. Al respecto afirma este último filósofo: "*si la idea de una verdad absoluta y definitiva no tiene sentido en la ciencia, con mayor razón no tiene sentido en la ética o en el derecho*". En Arango Rodolfo, Derechos, Constitucionalismo y Democracia, -Universidad Externado de Colombia- pág., 107. También en Putnam Hilary, La Objetividad y la Distinción Ciencia-Ética, en "La Calidad de Vida", VV.AA. (comp.) Amartya Sen, Martha Nussbaum, FCE, México, pp.193-210; y Quine, W. V. O., "Sobre los Sistemas del Mundo Empíricamente Equivalentes" en, Acerca del Conocimiento Científico y Otros Dogmas, Ed., Paidós, Barcelona, 2001, pág. 72 y ss.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.

CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



prohibición explícita para que dos personas del mismo sexo registren a sus hijos biológicos; (ii) ocurre una evidente vulneración de los derechos de los niños, cuando se niega el derecho fundamental al registro, tomando en cuenta que en nuestro ordenamiento el registro es condición de posibilidad del ejercicio de otros derechos fundamentales; (iii) la interpretación sistemática de la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite afirmar que a las parejas de personas del mismo sexo les asisten los mismos derechos que a las parejas de personas de sexo diferente; (iv) por tanto, es quien asume que no debe dispensarse un trato igual, más aun cuando la carga desfavorable recae sobre personas discriminadas históricamente, el encargado de demostrar por qué la diferencia de trato tiene amparo constitucional y es justamente para eso que se utiliza la metodología del test de ponderación que, dadas las circunstancias del caso presente, la Corte Constitucional debe aplicar en el nivel más estricto al momento de pronunciarse.

IV. SOLICITUD

Con base en los argumentos expuestos se solicita a la Corte Constitucional que confirme la decisión de instancia en el presente caso y declare el derecho fundamental de los niños a ser registrados por sus padres biológicos, sin que para ello deba considerarse el sexo y la orientación sexual de los padres. Consiguientemente, se solicita que proteja el derecho fundamental de los padres, sin consideración a su orientación sexual como pareja, a registrar a sus hijos biológicos y que ordene a las autoridades encargadas del registro proceder de esta forma.

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.
CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co



V. ANEXOS

Copia simple de la Resolución 00521 del 26 de marzo de 2015, suscrita por la Directora Nacional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se hace el nombramiento de Andrea Liliana Núñez Uribe como Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (E) de la Fiscalía General de la Nación.

Cordialmente,

ANDREA LILIANA NÚÑEZ URIBE
Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (E)
Fiscalía General de la Nación

**Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos
Constitucionales**

DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52 - 01. BOGOTÁ D.C.
CONMUTADOR 5702000 – EXTS. 4598-4591

www.fiscalia.gov.co