

Bogotá D.C., 04 de Agosto de 2016

SNR2016EE027074
O.A.J.-1995

Señor

MANUEL ALEJANDRO BARBOSA QUINTEROCorreo Electrónico: barbosaquintero@hotmail.com

Asunto: Consulta sobre objeción de conciencia por parte de notarios ante matrimonio entre personas del mismo sexo. Radicado SNR2016ER047068.

Señor Barbosa:

Me refiero a la consulta anunciada en el asunto, elevada a través de correo electrónico, mediante la cual se formula una inquietud sobre si los Notarios pueden anteponer objeción de conciencia frente al matrimonio de personas del mismo sexo.

Sobre el particular, inicialmente es preciso señalar que los conceptos emitidos por esta Entidad, se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 01 de la Ley 1755 de 2015, esto es, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia, ni son de obligatorio acatamiento o ejecución por los particulares, Registradores de Instrumentos Públicos o Notarios del país. Aquellos, simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta Entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el Decreto 2723 de 2014, es decir, se conceptúa en materia notarial y registral.

Respecto del tema consultado en concreto, es preciso señalar que la objeción de conciencia es un tema que se ha expuesto en múltiples escenarios jurídicos, especialmente en lo referido al servicio militar obligatorio y a la práctica del aborto dentro del marco de lo establecido por la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional. En éste último caso se ha estudiado la aplicación de la figura en cuestión por parte de los médicos para practicar dicho procedimiento, y por parte de los operadores judiciales para efectos de decidir sobre el tema. Sin embargo, para el caso del matrimonio igualitario, quizá debido a lo reciente su configuración y aplicación, no se han emitido pronunciamientos concretos, aparte de las aproximaciones relativamente formales expresadas por diferentes funcionarios.

Sobre la definición conceptual de la objeción de conciencia

Ahora bien, antes de entrar a desarrollar el problema jurídico objeto de estudio, es necesario comenzar por entender la objeción de conciencia como fenómeno jurídico y como derecho individual. Al respecto se ha dicho que:

"La Corte [Constitucional] consideró que la objeción de conciencia es una libertad que habilita a su titular para resistir el cumplimiento de la

*normatividad vigente cuando ésta le imponga un comportamiento que su conciencia prohíbe. En otras palabras, "la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral. Quien ejerce la objeción de conciencia no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno"*¹

Adicionalmente, se han hecho referencias a la objeción de conciencia como un derecho² que no obstante su naturaleza, tiene limitaciones, y la más importante de ellas, es que su ejercicio no puede desconocer los derechos de terceras personas.

Así las cosas el concepto de la objeción de conciencia se puede entender como la abstención de una determinada acción fundamentada en la existencia de una discrepancia entre una norma jurídica y una norma moral. A su vez, se evidencia en dos facetas: como derecho individual respecto de la persona que objeta por sus razones personales, y como fenómeno jurídico respecto de los efectos que tiene la proyección de su ejercicio en los derechos de otras personas y su situación jurídica.

Sobre los límites de la objeción de conciencia como derecho frente al matrimonio igualitario

Respecto del ejercicio de la objeción de conciencia como derecho, es preciso hacer referencia a la Sentencia SU-214 de 2016, cuyo objetivo primordial es superar el déficit de protección identificado en la Sentencia C- 577 de 2011 que, según los términos de la misma, afecta a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, fundamentalmente por el acceso a prerrogativas patrimoniales y de asistencia. A su vez, la manera de superar el mencionado déficit, es reconocer el derecho de dichas parejas, a utilizar la figura del matrimonio, con todas las condiciones y alcances legales y civiles que implica.

Ahora, el objetivo de la Sentencia es reconocer el derecho de parejas del mismo sexo a conformar un matrimonio en condiciones igualitarias, por lo cual, cualquier forma de negación, implica un obstáculo para el ejercicio del derecho. Este es justamente el punto neurálgico del asunto de la objeción de conciencia frente al matrimonio igualitario, se trata pues, de la contraposición entre el derecho a *resistir el cumplimiento de la normatividad vigente cuando ésta le imponga un comportamiento que su conciencia prohíbe*, y el derecho a contraer matrimonio y gozar de los beneficios y condiciones de seguridad y protección que implica.

¹ Fernández Parra, Sergio Alejandro, La objeción de conciencia de los funcionarios judiciales (Sentencia T-388 de 2009) Revista Derecho del Estado [en línea] 2010, (Julio-Sin mes) : [Fecha de consulta: 11 de agosto de 2016] Disponible en: <<http://oai.redalyc.org/articulo.oa?id=337630234014>> ISSN 0122-9893

² "La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado – cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas –..." (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009).

La aparente antinomia entre los derechos expuestos ya ha sido resuelta por la Corte Constitucional. La solución consiste concretamente en reconocer que el límite de un derecho es la afectación del derecho de otra persona. Al respecto la Corte mencionó:

"El ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico "con mayor o menor proyección social." Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia – la cual prima facie puede parecer justificada –, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas."³

El aparte transcrito expone dos facetas de la objeción de conciencia: la primera de ellas es un deber jurídico que se incumpliría, que en este caso sería el de acatar lo ordenado por una sentencia de la Corte Constitucional, cuyas decisiones son vinculantes para todos aquellos a quienes atañe; la segunda faceta es la de la afectación a derechos de terceras personas, que para el caso en estudio, serían los de las personas que desean y tienen derecho a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo.

Como corolario de la segunda faceta mencionada, aparece la limitación al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. La Corte Constitucional, en la misma Sentencia T-388 de 2009, se ha referido a dicha limitación del siguiente modo:

*"La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1º y artículo 7º constitucionales) **no puede ejercerse de manera absoluta**"* (Negrilla fuera del texto)

Así, la Corte Constitucional ha dejado claro que el derecho a la objeción de conciencia no es absoluto, si bien es un derecho fundamental del cual es titular cualquier ciudadano, no puede ejercerse de manera incondicional o arbitraria, debido a la proyección que puede tener sobre situaciones jurídicas y derechos de otras personas. En otras palabras, el límite para su ejercicio es la afectación a derechos de terceras personas.

Sobre la objeción de conciencia ejercida por servidores públicos, o por particulares que ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos.

³ Sentencia T-388 de 2009. Si bien la Sentencia citada trata el tema de la objeción de conciencia frente al aborto, realiza algunas aproximaciones conceptuales generales que son aplicables al fenómeno jurídico estudiado y a todas las facetas de su expresión.

Ahora bien, una vez dilucidado el concepto de objeción de conciencia e identificado el límite más protuberante (la afectación de los derechos de terceras personas), está la situación de su ejercicio por parte de servidores públicos, o por particulares que ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos.

Al respecto, la Corte manifestó en la Sentencia T-388 de 2009 que en razón a la naturaleza privada e individual del derecho a objetar en conciencia, no es aplicable cuando pretende ser ejercido dentro del desarrollo de las funciones propias de un servidor público, por tal razón, se ha establecido que cuando un juez desarrolla sus funciones, no lo hace como un ejercicio de su libre albedrío, sino en virtud de la aplicación de la normatividad vigente según cada caso.

En cuanto al notario, si bien no es un funcionario público, sino un particular que presta un servicio público en virtud de la figura constitucional de la descentralización por colaboración, se trata de alguien que en ejercicio de sus funciones, está llamado a aplicar la normatividad vigente, sin lugar a realizar juicios de valor sobre los actos jurídicos y trámites en los que interviene, lo cual no permite anteponer una objeción de conciencia dentro del ejercicio de sus funciones. Por el contrario, está obligado a dar cumplimiento a los fallos que le atañen, tal como lo establece la Corte en la Sentencia SU-214 de 2016 como se verá más adelante.

Sobre el ejercicio de la objeción de conciencia frente al matrimonio igualitario y la Sentencia SU-214 de 2016.

En cuanto a la aplicación de la figura del matrimonio para parejas del mismo sexo, los parámetros fundamentales de su reconocimiento se encuentran claramente definidos en la Sentencia SU-214 de 2016 de la Corte Constitucional.

Si bien el mencionado fallo no abordó de manera directa el problema jurídico en cuestión, sí estableció parámetros claros que permiten realizar una aproximación doctrinaria para resolver inquietudes como la planteada.

En primer lugar, la Sentencia menciona que:

"Los Jueces de la República, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos igual trato."

Lo anterior significa que los operadores judiciales, notarios y registradores del estado civil, deben garantizar trato igual respecto del ejercicio de sus derechos a todos los ciudadanos. Por lo anterior, no le es dable a un operador, entre ellos al notario, dar un trato que sea contrario al ejercicio pacífico y legal de los derechos de los ciudadanos y por lo tanto, tampoco le es dable negar la prestación del servicio.

En el mismo sentido, más adelante en el fallo se menciona:

“Ejercicio de funciones judiciales, notariales y registrales en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo

(...)

- *Los Registradores del Estado Civil no pueden negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.*
- *Los Notarios Públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo.*
- *Un juez de la República incurre en un defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes.”*

Adicionalmente se consideró también que la negación del servicio notarial para la celebración de matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, constituía una interpretación equivocada de la Sentencia C-577 de 2011. Concretamente la Corte expuso lo siguiente:

*“De igual manera, la Corte considera que los Notarios Públicos que se negaron a celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, si bien son particulares que ejercen una función pública, y por ende no están amparados por el principio de autonomía judicial, también lo es que realizaron una interpretación equivocada de la Sentencia C-577 de 2011 y de la Constitución. De allí que, **con posterioridad al 20 de junio de 2013, no podían negarse a celebrar un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, ni tampoco conformarse con formalizar otra clase de contratos civiles entre aquéllas, por cuanto estos acuerdos de voluntades no son aptos para superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C-577 de 2011.”***
(Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con el párrafo transcrito, a partir de la fecha límite establecida para que se expidiera la legislación pertinente, los notarios no podían negarse a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo. Una negativa en tal sentido implicaría una interpretación errada de lo establecido en la Sentencia C-577 de 2011. Tanto así, que incluso los efectos de la Sentencia SU-214 de 2016 se extendieron a los vínculos contractuales solemnes celebrados, lo que corresponde a una equiparación de tal figura con el matrimonio entre personas del mismo sexo avalado por la sentencia en cuestión.

Al respecto la Corte concretamente se refirió del siguiente modo:

“...la Corte extiende los efectos de la presente sentencia de unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil,

debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.”

De acuerdo con lo anterior, la extensión de los efectos de la sentencia a los contratos de vínculo solemne celebrados después del 20 de junio de 2013 equivale a una equiparación entre tal figura y el matrimonio.

Carácter vinculante de la Sentencia SU-214 de 2016

En cuanto al deber de acatar lo dispuesto en la Sentencia, la Corte mencionó además que:

“(…) En igual sentido, esta Corporación advertirá a las autoridades judiciales, a los notarios y a los registradores del país, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante.”

Por lo mismo, en la parte resolutive de la Sentencia, la Corte ordenó a la Superintendencia de Notariado y Registro difundir el contenido del fallo entre los notarios para que a través de su aplicación se supere de manera efectiva el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011, difusión que efectivamente se hizo a través de la circular 1004 del 13 de mayo de 2016 que fue emitida por el Superintendente de Notariado y Registro tan pronto como se dio a conocer el comunicado de prensa de la Corte sobre el fallo en cuestión.

Finalmente, una vez revisados los parámetros definidos por la Corte Constitucional, es preciso acompañar lo anteriormente expuesto con lo establecido en el Estatuto Notarial respecto de la prestación del servicio público notarial. En tal sentido, el artículo 5 del Decreto Ley 960 de 1970 (Estatuto Notarial) establece:

*“En general, los servicios notariales serán retribuidos por las partes según la tarifa oficial y **el Notario no podrá negarse a prestarlos sino en los casos expresamente previstos en la Ley.**”* (Negrilla fuera del texto).

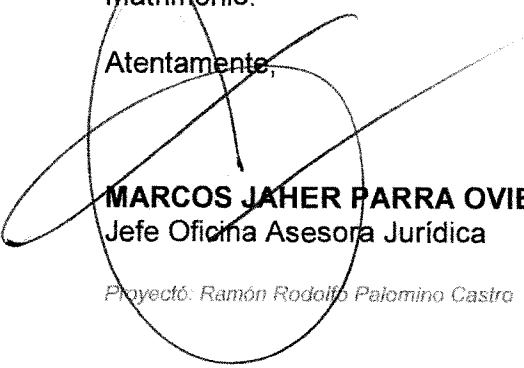
De acuerdo con lo anterior, si no hay un obstáculo legal, el notario no puede negar la prestación de sus servicios, so pena de incurrir en una falta disciplinaria, ya que como se anotó anteriormente, la Corte manifestó que lo dispuesto en la Sentencia SU-214 de 2016 es vinculante para los operadores a quienes compete (Jueces, Notarios y Registradores del Estado Civil). Concretamente, el numeral décimo primero de la parte resolutive del fallo advirtió *“...a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de esta providencia.”*

En conclusión, como corolario del estudio expuesto a lo largo del presente texto, no es aplicable la objeción en conciencia por parte de los notarios frente al matrimonio igualitario por dos razones concretas:

Primero, se trata de acatar un fallo, frente al cual no cabe la aplicación de la objeción conciencia, pues como derecho personal e individual, es ajeno al ejercicio de las funciones estrictamente legales que deben cumplir los operadores judiciales, notarios y registradores del estado civil.

Segundo, el derecho a la objeción de conciencia, al no ser absoluto, llega a su límite en el punto en que no puede transgredir el derecho de terceras personas a contraer matrimonio.

Atentamente,



MARCOS JAHER PARRA OVIEDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Ramón Rodolfo Palomino Castro – Abogado Oficina Asesora Jurídica