



## Sentencia T-105/20

Referencia: expediente T-7.558.434

Acción de tutela instaurada por *MLMP* y *RMF*, en su nombre y en representación de su hija menor de edad *AOMP*, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil<sup>1</sup>.

Magistrado Ponente:  
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

### SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín que confirmó la decisión adoptada por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín, en el sentido de negar el amparo invocado.

#### I. ANTECEDENTES

---

<sup>1</sup> En razón a que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de edad, se advierte que como medida de protección de su intimidad es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de la niña y el de sus familiares, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. Este tipo de medidas han sido adoptadas, entre muchas, en las sentencias: T-259 de 2018, T-741 de 2017, T-663 de 2017, T-512 de 2017, T-024 de 2017, T-387 de 2016, T-768 de 2015, T-733 de 2015, T-730 de 2015, T-129 de 2015 y T-376 de 2014.

*MLMP* y *RMF*, en su nombre y en representación de su hija menor de edad *AOMP*, interpusieron acción de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales de los niños y niñas a tener una familia, a tener una identidad y al trato en condiciones de igualdad, debido a la imposibilidad de registrarla como hija de *RMF*. Fundamentan su demanda en los siguientes,

## **Hechos**

1. Las accionantes señalaron que iniciaron una relación desde el año 2011 y luego de analizarlo como pareja tomaron la decisión de tener un hijo, siendo *MLMP* quien por condiciones económicas y de salud debía concebirlo.
2. Sostuvieron que después de varios intentos fallidos, el 21 de febrero de 2013 se pudo lograr la fecundación a través de un proceso de inseminación artificial.
3. El 7 de noviembre de 2013 nació *AOMP* sin que se les permitiera el registro conjunto, por lo que fue registrada únicamente con los apellidos de la madre biológica (*MLMP*)<sup>2</sup>, debido a que no contaban con una relación declarada formalmente.
4. Al no poder registrarla optaron por el proceso de adopción, con el objetivo de que *RMF* fuera reconocida como madre de *AOMP*, sin embargo, les fue informado por la Defensoría de Familia (6 de junio de 2018), que se negaba el proceso de adopción por no cumplir con los requisitos para acceder a este derecho<sup>3</sup>, específicamente el contar con una unión debidamente declarada.
5. El 6 de agosto de 2018 presentaron ante la Registraduría Nacional del Estado Civil un derecho de petición, exponiendo su caso y solicitando el reconocimiento de manera conjunta como madres de *AOMP*.
6. Siguiendo las indicaciones dadas por la Registraduría, el 22 de agosto se presentaron en las instalaciones de dicha entidad donde se les pidió exponer: i) desde qué fecha constituyen una relación estable; y ii) si tenían declarada una sociedad marital de hecho mediante escritura pública y de ser así desde qué fecha<sup>4</sup>. Al respecto, las accionantes manifestaron:

*“Nuestra relación siempre ha sido estable e inició en el año 2011, no hicimos declaración civil, porque queremos casarnos, cuando el matrimonio se hizo legal, y quisimos hacerlo, a [MLMP] le pidieron hacer un inventario solemne de bienes, lo que nos parece absurdo, pues la niña fue planeada por las dos.*

---

<sup>2</sup> A folio 9 del cuaderno de instancia obra el registro civil de nacimiento de *AOMP*, proceso adelantado en la Registraduría de Bello, Antioquia.

<sup>3</sup> A folios 14 y 15 del cuaderno de instancia se registra la solicitud al ICBF “de apoyo para realizar la adopción determinada a favor de la niña *AOMP*”, siendo remitida la solicitud a la Defensoría especializada del Centro Zonal.

<sup>4</sup> Folio 28 cuaderno de instancia.

*Queremos que nuestra hija tenga el apellido de ambas y casarnos sin ningún impedimento y con las mismas garantías que tiene una pareja heterosexual con hijos en común nacidos antes del matrimonio.”<sup>5</sup>*

7. Con ocasión de lo informado la Registraduría manifestó:

*“Con la expedición de la SU-214 de 2016, estableció la Corte Constitucional el hito temporal que precisa la validez del matrimonio celebrado entre parejas del mismo sexo (20 de junio de 2013) con lo cual se establecen las obligaciones y derechos de los contrayentes.*

*Dado lo anterior y haciendo un análisis sistemático y teleológico de las disposiciones regulatorias del matrimonio, particularmente a lo atinente a los hijos habidos en él, tenemos que la menor [AOMP] nació el 7 de noviembre de 2013, esto es, cuando ya regía la previsión normativa y sin embargo, no lo hizo en vigencia de un vínculo matrimonial, ni de una unión marital (como usted lo ha informado) y por tanto no puede estimarse su compañera como padre y/o madre de la misma.*

*El camino idóneo para lograr su propósito y que la menor pueda llevar el apellido de su pareja es la adopción.*

*Por otra parte si el interés se limita a llevar el apellido, sin existir vínculo legal, podría acudir al mandato contemplado en el decreto 999 de 88 para modificar el mismo.”<sup>6</sup>*

8. Las accionantes consideran que la entidad pública encargada del registro se ha excusado en que la relación entre las accionantes no ha sido declarada formalmente, al margen de las distintas pruebas que dan cuenta de la relación existente entre *MLMP* y *RMF*, como son: i) los certificados estudiantiles donde se consigna que las acudientes son *MLMP* y *RMF*<sup>7</sup>; los certificados de afiliación al plan de beneficios en salud de la EPS Sura<sup>8</sup>; certificado de afiliación a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia -Confama<sup>9</sup>; declaración extra procesal de Fabián Alberto Naranjo Lopera quien indicó que conoce a *RMF* y *MLMP* desde 2015 y “*conviven con una menor de cuatro años de edad quien depende económicamente de ellas*”<sup>10</sup>.

9. A partir de lo expuesto solicitan que “*se reconozca y se inscriba en el registro civil de nacimiento de AOMP, como madre a RMF*”.

## **Trámite procesal**

<sup>5</sup> Folio 27 cuaderno de instancia.

<sup>6</sup> Folios 25 y 26 cuaderno de instancia.

<sup>7</sup> A folios 12 y 13 del cuaderno de instancia obran certificados estudiantiles del jardín infantil Los Laureles y la Fundación Mundo Mejor.

<sup>8</sup> A folios 17 a 21 del cuaderno de instancia se registra como afiliado titular a *MLMP* y beneficiarios en calidad de compañera permanente a *RMF* (activa desde el 23/04/2013), y *AOMP* (activa desde 01/07/2017).

<sup>9</sup> A folio 22 obra certificado de afiliación de *MLMP* en calidad de trabajadora independiente desde el 8 de mayo de 2018, con grupo familiar *AOMP* (hija) y *RMF* (compañera permanente).

<sup>10</sup> Folio 23 cuaderno de instancia.

10. En Auto del 24 de mayo de 2019, el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín admitió la acción de tutela y dispuso: *i)* vincular al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y *ii)* notificar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que se pronunciara sobre el asunto<sup>11</sup>.

Las entidades accionadas guardaron silencio.

### **Sentencias objeto de revisión**

11. **Primera instancia.** Mediante sentencia del 06 de junio de 2019, el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín negó el amparo invocado<sup>12</sup>. Señaló que la Registraduría cuenta con la Circular 024 de 2016 por medio de la cual se implementó el procedimiento para la inscripción de los hijos de las parejas del mismo sexo, el cual se incorporó en la Circular Única de Registro Civil de Identificación (17 de mayo de 2019), donde, entre otras condiciones, se exige: “*a. Preguntar por la calidad del vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos. Debe tratarse de parejas unidas en matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada*”. Requisito que no cumplen las accionantes.

### **Respuestas otorgadas**

12. *Registraduría Nacional del Estado Civil*<sup>13</sup>. Expuso que con ocasión de la SU-696 de 2015 la Corte estableció que respecto de la inscripción en el registro civil de hijos de parejas del mismo sexo es aplicable la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil, por lo que una vez declarada la paternidad por la autoridad competente, los hijos de parejas homoparentales son sujetos de las reglas generales aplicables a los hijos concebidos durante el matrimonio. En consecuencia, para aplicar la presunción de legitimidad se requiere que el matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho se haya celebrado o declarado con anterioridad a la ocurrencia del hecho (nacimiento de *AOMP*), en los términos del artículo 92 del Código Civil.

Considera que en este caso se debe demostrar que el matrimonio o la unión de *MLMP* y *RMF* fue anterior a la fecha de nacimiento de la menor de edad, para que se pueda dar aplicación a la mencionada presunción del artículo 213 del Código Civil. De lo contrario, no se podría proceder a inscribir como madre a *RMF* y tendría que adelantarse el proceso judicial correspondiente, en los términos que le indique el ICBF.

Por otra parte, advierte que en este caso se presenta un hecho superado, dado que la pretensión de las accionantes radica principalmente en un derecho de petición elevado ante la Registraduría, el cual considera se encuentra plenamente resuelto a partir de esta intervención.

<sup>11</sup> Folio 28 cuaderno de instancia.

<sup>12</sup> Folios 30 a 33 cuaderno de instancia.

<sup>13</sup> Folios 37 a 40 cuaderno de instancia, escrito presentado el 6 de junio de 2019.

13. *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*<sup>14</sup>. Destaca que desde la Defensoría de Familia adscrita al centro zonal Sur Oriental se han realizado las asesorías pertinentes conforme a las solicitudes verbales que han realizado las accionantes en cuanto a la posibilidad de instaurar ante el ICBF la solicitud de adopción determinada de la niña AOMP.

Explica que al tratarse de adopción determinada se deben cumplir los requisitos objetivos para acceder a este derecho, situación que no se presenta en este caso puesto que no se encuentra declarada la unión marital de hecho.

A partir de lo anterior, expone el procedimiento a seguir cuando los “*pretensos adoptantes residen en Colombia*”, siendo el primero la solicitud de adopción con sus respectivos documentos, donde se destaca la prueba de convivencia extramatrimonial por más de dos años (sentencia SU-617 de 2014), mediante: *i*) inscripción del compañero/a en Caja de Compensación o EPS; *ii*) escritura pública notarial con fecha de antelación no inferior a 2 años; y *iii*) Registro Civil de Nacimiento de hijos habidos por la pareja.

Señala que desde la Defensoría de Familia se “*ha asesorado y determinado que el procedimiento antes enunciado debe de tener la declaratoria de la unión marital de hecho conforme lo dispone la ley 54 de 1990*”.

De otro lado, advierte que en este caso no existe una vulneración de los derechos fundamentales alegados. Al respecto, señala que según el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, la adopción como medida de protección busca “*el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los miembros unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que esto implica, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad*”.

Finalmente, indica que la acción de tutela es improcedente en la medida que no se puede identificar la existencia de un perjuicio irremediable, “*ya que de la lectura del texto de la acción de tutela, no se observan las evidencias fácticas que justifiquen la protección inmediata, de la misma manera, no se puede establecer la gravedad de la posible afectación, debido a que no se mencionan las circunstancias concretas en que se encuentra la accionante*”.

14. **Impugnación.** El 11 de junio de 2019, las accionantes impugnaron la decisión de primera instancia y solicitaron que se accediera a la protección invocada<sup>15</sup>.

Refieren que se está impidiendo a su hija la posibilidad de reconocerle la identidad como ella lo exterioriza, “*teniendo en cuenta también que en todo momento reconoce, acepta y defiende, ante la sociedad, la institución, y la familia, que tiene dos madres y que sus apellidos son los de ambas no los de una sola*”.

<sup>14</sup> Folios 42 a 45 cuaderno de instancia, escrito presentado el 6 de junio de 2019.

<sup>15</sup> Folios 47 a 62 cuaderno de instancia.

Advierten que la Registraduría basa su decisión en la Circular 024 de 2016, la que está fundada en el caso concreto analizado en la SU-696 de 2015, siendo este un simple referente, por lo que debe analizarse cada caso de acuerdo a sus circunstancias particulares.

Resaltan que se vieron en la necesidad de no legalizar o declarar oportunamente su relación, pues para el momento en que se aprobó la posibilidad que las parejas del mismo sexo contrajeran matrimonio (20 de junio de 2013), ya habían concebido de manera médica a *AOMP* y llevaban aproximadamente 5 meses de gestación. Aunado a ello, se trató de un embarazo de alto riesgo (amenaza de aborto, parto prematuro a los 6 meses e incapacidad médica diagnosticada con lumbalgia mecánica), situación que además les impidió darse cuenta de la posibilidad de contraer matrimonio, toda vez que *“fue más importante y primordial preservar la salud de la madre gestante y la vida misma de nuestro futuro bebé”*.

Reiteran que una vez nació *AOMP* (07 de noviembre del 2013), quisieron registrarla con los apellidos de ambas madres, solicitud que fue negada verbalmente por un funcionario de la Registraduría, sin que se pudiera apelar ante las entidades correspondientes, debido a *“afecciones de salud de nuestra hija al cuarto día de nacida diagnosticada con ictericia neonatal alto riesgo por incompatibilidad sanguínea y tuvo que ser internada de emergencia al servicio de unidad de cuidados especiales, para dicha intervención nos pedían registro civil, por lo cual nos vimos obligadas por fuerza mayor a registrar a nuestra hija con los apellidos de la madre biológica”*.

Afirman que la decisión de primera instancia desconoce que *“existe un vínculo natural que nos une y nos hace constituir una familia, argumentándose en que no existe una declaración jurídica de nuestra unión”*. Anotan que si bien en el mes de junio de 2013 se dio el primer paso al reconocimiento de las uniones entre parejas del mismo sexo, no se dieron todas las garantías y privilegios que se les otorga a una pareja heterosexual; por lo tanto, la unión jurídica que en ese momento se permitía, no otorgaba el derecho a constituirse como familia, cerrando la posibilidad de registrar a *AOMP* por ambas madres, solo dando el derecho a la madre biológicamente gestante.

Agregan que en el supuesto de que *RMF* falleciera, *AOMP* no tendría oportunidad de reclamar su derecho como hija. En ese orden de ideas, consideran que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el derecho constitucional a la familia y a la prevalencia de sus derechos fundamentales, lo cual implica un desconocimiento de lo dispuesto en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, la Constitución y los precedentes constitucionales, toda vez que restó importancia a la unión natural existente entre ellas.

Argumentan que en reiteradas oportunidades, durante los 5 años de edad que tiene su hija, han intentado que se le otorgue el derecho a tener los apellidos de sus madres, sin obtener respuesta a su requerimiento *“basándose sola y únicamente en que para poder otorgarle este derecho debe existir un documento que demuestre nuestra unión marital de hecho desconociendo completamente y*

*haciendo caso omiso a nuestra unión natural*". Por consiguiente, expresan que el juez de tutela prefirió desconocer el derecho fundamental de su hija a tener una identidad y una familia, que reconocer el vínculo natural existente poniendo en duda permanentemente la relación que tienen desde hace años, situación que no se da respecto de las parejas heterosexuales.

15. **Segunda instancia.** En sentencia del 10 de julio de 2019<sup>16</sup>, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia de primera instancia, tras considerar que el presente asunto se encuentra expresamente regulado por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la Circular Única de Registro Civil de Identificación, y exige que debe tratarse de parejas unidas en matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada, requisito que las actoras no han cumplido.

### ***Intervenciones en sede de revisión***

16. **La organización no gubernamental Colombia Diversa** explicó que en este caso no se discute la filiación entre madres e hija, ni un nuevo vínculo entre la niña y unos adultos, pues se trata de una relación constituida de forma natural en el seno de una familia a través de una comunidad de vida permanente y singular. Agregó que aunque la norma que se aborda en este debate (art. 213 C.C.) hace alusión al vínculo que existe entre las madres y su inaplicación conlleva la negación de su calidad de tales en el Registro Civil de su hija, la consecuencia negativa no es precisamente para las madres, sino para la menor.

Destacó que en las parejas heterosexuales solo se necesita que el padre o la madre no gestante comparezca ante las y los funcionarios encargados del Registro Civil y declare su filiación con el hijo o hija y sea reconocido e inscrito como tal. En tal medida considera que la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación se concretó en la imposibilidad de reconocimiento de la segunda filiación materna por la negativa.

Afirmó que negar el Registro Civil de Nacimiento conforme a la estructura familiar homoparental, no solo se está violando la presunción de filiación que cobija a la niña y el derecho a la igualdad y no discriminación, sino que a su vez se le está negando el derecho a tener una familia, a la identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación.

17. **La corporación Caribe Afirmativo** refirió que la vulneración del derecho a la familia está dada porque la Registraduría incumple su obligación de remover cualquier barrera administrativa para el goce del mismo y que va más allá de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos propias de la jurisdicción de familia; la afectación del derecho a la personalidad jurídica se concreta porque hay una negación del reconocimiento expreso de la relación filial con su madre; y la vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación se evidencia porque la menor de edad es sometida a un tratamiento diferenciado no justificado en razón de su origen familiar, particularmente, de la orientación sexual de sus madres.

---

<sup>16</sup> Folios 59 a 62 cuaderno de instancia.

Explicó que la interpretación que promueve la Registraduría Nacional del Estado Civil es contraria al tenor literal del art. 213 del Código Civil, lo que supone un trato diferenciado no justificado que viola el principio de igualdad y no discriminación. En orden a lo expuesto consideró que se debe ordenar la Registraduría Nacional del Estado Civil reconocer, de manera inmediata, a *RMF* como madre de *AOMP*; adaptar sus directivas de manera tal que no autoricen la violación de los derechos la familia, a la igualdad y no discriminación y la personalidad jurídica de niñas o niños concebidos en uniones maritales de hecho no declaradas de parejas del mismo sexo.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de la Corte es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

### Planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

2. Corresponde a la Sala de Revisión resolver si la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, tener una familia y a la personalidad jurídica de una menor de edad concebida mediante inseminación artificial, así como de las madres, al negarle la inclusión de aquella no biológica en el registro civil, argumentando que no existe prueba de la unión marital de hecho al momento del nacimiento, condición que no se exige a las parejas heterosexuales, y dando como única alternativa iniciar un proceso de adopción ante el ICBF.

3. Para resolver el problema jurídico propuesto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: *i)* el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; *ii)* protección constitucional de las familias diversas y el derecho de los menores de edad a tener una familia y no ser separado de ella; *iv)* el derecho a la igualdad; *v)* la función registral del Estado; y *vi)* finalmente entrará a resolver el caso concreto.

### El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, generalidades<sup>17</sup>

4. En el plano internacional, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>18</sup>. Así mismo, se consagró en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>19</sup>, cuyo

<sup>17</sup> La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en la sentencia T-259 de 2018, proferida por la Sala Octava de Revisión.

<sup>18</sup> Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>19</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

artículo 3.1 prevé que en todas las medidas que tomen las autoridades, concernientes a los menores, “*una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

El Comité de los Derechos del Niño interpretó el contenido de este último aparte y en la Observación General No. 14<sup>20</sup>, concluyó que este principio abarca tres dimensiones<sup>21</sup>: *i)* es un derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte; *ii)* es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y *iii)* es una norma de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte al menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la misma.

En esa observación general, el Comité se pronunció sobre el alcance del concepto del interés superior del menor de edad e indicó que su contenido debe determinarse caso por caso<sup>22</sup>. Explicó que la evaluación de tal interés es una actividad singular donde deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de cada menor (edad, sexo, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, y el contexto social y cultural)<sup>23</sup>.

5. En el ordenamiento jurídico interno, el artículo 44 de la Constitución Política establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al menor para garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y finaliza señalando que los derechos de los niños o niñas prevalecen sobre los derechos de los demás. A su vez, el interés superior del menor fue desarrollado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en los artículos 8° y 9°<sup>24</sup>.

Esta Corporación se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el principio del interés superior de los niños y niñas y ha concluido que implica reconocer en favor de estos “*un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado,*

<sup>20</sup> Es de aclarar que este tipo de Observaciones no son parte integrante del bloque de constitucionalidad, razón por la cual se citan como referentes doctrinales que ilustran la labor del juez constitucional en este caso particular.

<sup>21</sup> Introducción. Numeral 6.

<sup>22</sup> Al respecto, sostuvo: “*Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto*”. Capítulo IV. Análisis jurídico y relación con los principios generales de la Convención.

<sup>23</sup> Capítulo V. La evaluación y determinación del interés superior del niño. Consideración número 48.

<sup>24</sup> El primero reza lo siguiente: “*Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”; mientras que el segundo dispuso: “*En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*”.

*procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral*<sup>25</sup>. En la sentencia T-510 de 2003<sup>26</sup>, la Corte explicó: “*el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,*<sup>27</sup> *sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal*”.

En esa providencia también se aclaró que aun cuando el interés superior del niño solo puede ser evaluado según las circunstancias propias de cada caso, esa regla no excluye la existencia de ciertos parámetros generales que pueden ser adoptados como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales, que diferenció de la siguiente manera: *i) las consideraciones fácticas*, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y *ii) las consideraciones jurídicas*, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes los que se transcriben a continuación<sup>28</sup>: *i) garantía del desarrollo integral del menor*<sup>29</sup>; *ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor*<sup>30</sup>; *iii) protección del menor frente a riesgos prohibidos*<sup>31</sup>; *iv) equilibrio con los derechos de los padres*<sup>32</sup>; *v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor*<sup>33</sup>; *vi) necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales*<sup>34</sup>.

<sup>25</sup> Sentencia T-741 de 2017. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, entre muchas otras.

<sup>26</sup> Reiterada en las sentencias T-955 de 2013, T-768 de 2015, T-512 de 2017, T-663 de 2017, T-741 de 2017, C-262 de 2016, entre otras.

<sup>27</sup> Sentencia T-408 de 1995.

<sup>28</sup> Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor. Consideración número 3.1 de la sentencia. Reiterado en las sentencias C-683 de 2015 y C-262 de 2016, entre otras.

<sup>29</sup> Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.

<sup>30</sup> Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en estos.

<sup>31</sup> Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

<sup>32</sup> Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor -tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso-.

<sup>33</sup> Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

<sup>34</sup> El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a

## **Protección constitucional de las familias diversas y el derecho de los menores de edad a tener una familia y no ser separados de ella**

6. El artículo 42 de la Constitución no protege un solo tipo de familia, sino que admite que dentro de la sociedad pueden coexistir varias clases, todas ellas reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico.

7. Este Tribunal en distintos pronunciamientos ha encontrado que existe un *déficit de protección constitucional* respecto de las familias compuestas por personas del mismo sexo. Ejemplo de ello es la sentencia **C-075 de 2007** que declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, *“en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales”*. Ello por cuanto resulta contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales, dado que *“el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”*.

8. En el mismo sentido, en la sentencia **C-029 de 2009**<sup>35</sup> se explicó que la protección que se otorga a los compañeros permanentes, *“se explica en razón de los vínculos morales y afectivos que surgen en virtud de una comunidad de vida permanente y singular, aspecto en relación con el cual no se aprecian diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales. En este contexto, las situaciones de ambos tipos de pareja son asimilables y no existe razón alguna para que, si ese establece la excepción a los referidos deberes en relación con los compañeros permanentes en una pareja heterosexual, no ocurra lo propio con los integrantes de una pareja homosexual (...)”*. Se explicó también que *“el legislador no puede ignorar que en las parejas homosexuales, que constituyen una realidad social que goza de protección constitucional, existe una relación con vocación de permanencia y que da lugar a vínculos de afecto, solidaridad y respeto, frente a la cual las obligaciones que se desprenden de los deberes de declarar o de formular queja dan lugar a cargas demasiado gravosas, que, como se señala en la demanda,*

---

efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

<sup>35</sup> En esta oportunidad la Corte analizó varias demandas en contra de distintas normas censuradas alusivas a: i) derechos civiles y políticos de las parejas heterosexuales; ii) sanciones y prevenciones respecto de delitos y faltas; iii) derechos para los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces; iv) prestaciones, subsidios y medidas indemnizatorias de carácter social a favor de parejas heterosexuales; y v) límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos con el Estado para las parejas heterosexuales, todas ellas con exclusión de las parejas homosexuales.

*en cuanto que comportarían la exigencia de actuar contra esos vínculos de solidaridad, lealtad y afecto, desconocen la dignidad de la persona”.*

9. La evolución jurisprudencial ha sido permanente en orden a eliminar la brecha de discriminación. Así se ha admitido que las parejas del mismo sexo tienen derecho al cambio de nombre<sup>36</sup>; visitas íntimas en establecimientos de reclusión<sup>37</sup>; expresiones de afecto<sup>38</sup>; donación de sangre<sup>39</sup>; acceso a la educación<sup>40</sup>; ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes<sup>41</sup> y del régimen de salud<sup>42</sup>; posibilidad de formalizar y solemnizar su vínculo ante notario o juez<sup>43</sup>; reconocimiento de matrimonios civiles<sup>44</sup>, adopción<sup>45</sup>, entre otras.

10. Específicamente en relación con el concepto de familia, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que es dinámico, por lo que debe responder a la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, atendiendo a las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos. En este sentido, se ha especificado que a partir del propio texto constitucional (art. 42 C. Pol.), donde se pone en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, *“no existe un concepto único y excluyente de familia, destacando que aquella no puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones de hecho que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, aspectos conforme a los cuales se promueve el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la realización personal de cada uno de sus integrantes”*<sup>46</sup>.

11. Particularmente, la jurisprudencia Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del **vínculo familiar** y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos fundamentales de la niñez. Entonces, de cara al principio del interés superior del menor, el mismo artículo 44 constitucional consagra el derecho fundamental de los niños y niñas *“a tener una familia y no ser separados de ella”*, disposición que está en armonía con el derecho internacional<sup>47</sup> que

---

<sup>36</sup> Sentencia T-594 de 1993.

<sup>37</sup> Sentencias T-1096 de 2004, T- 624 de 2005 y T-372 de 2013.

<sup>38</sup> Sentencia T-622 de 2010.

<sup>39</sup> Sentencia T-248 de 2012.

<sup>40</sup> Sentencia T-101 de 1998.

<sup>41</sup> Sentencia C-336 de 2008.

<sup>42</sup> Sentencia C-811 de 2007.

<sup>43</sup> Sentencia C-577 de 2011.

<sup>44</sup> Sentencia SU-214 de 2016.

<sup>45</sup> Sentencia C-683 de 2015.

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-026 de 2016.

<sup>47</sup> Al respecto, entre otros, se destacan: *i*) la Declaración Universal de los Derechos Humanos cataloga a la familia como el *“elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”* (art. 16-3); *ii*) la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece que el menor debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en cualquier caso en un entorno de afecto y seguridad moral y material (Principio VI); *iii*) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), refiere que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad (art. 23-1); *iv*) El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) estipula que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos (art. 10); *v*) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) donde se consagra el derecho a la protección familiar (art. 17); y *vi*) La Convención

reconoce a la familia como piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores.

12. Cabe destacar de manera general, que el desarrollo armónico e integral del menor depende, en gran medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material, donde la familia se erija en el núcleo donde el menor encuentra respaldo y referente para su crecimiento integral. Por ende, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, radica en que su garantía es “*condición de posibilidad para la materialización de otros derechos fundamentales protegidos por la Carta*”<sup>48</sup>.

13. En la sentencia **C-071 de 2015**<sup>49</sup> se reseñaron algunos criterios para resolver conflictos asociados con el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, en particular para establecer vínculos de filiación, por cuanto no todas las estructuras familiares se desarrollan en los mismos planos de interacción social. Al respecto se pueden resaltar:

(i) *Derecho a tener una familia*, que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad<sup>50</sup>.

(ii) *Reconocimiento del vínculo familiar*. La familia de hecho o de crianza también es objeto de protección y reconocimiento constitucional<sup>51</sup>; por lo tanto, la protección constitucional a tener una familia no significa que esta necesariamente deba ser la consanguínea o biológica, sino que también tienen cabida otras estructuras familiares (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras.)<sup>52</sup>.

(iii) *Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono*. En casos específicos como el abandono o agresión, el Estado tiene la obligación de “*establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia*”

---

sobre los Derechos del Niño (1989) donde se resalta que la familia es el “*grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [que] debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*”, además de exigir el deber de los Estados de velar por la protección de los menores cuando vean afectado su medio familiar (art. 20).

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En relación con este derecho pueden consultarse las Sentencias T-523 de 1992, T-531 de 1992, T-429 de 1992, T-500 de 1993, T-178 de 1993, T-274 de 1994, T-447 de 1994, T-290 de 1995, T-383 de 1996, C-477 de 1999, T-510 de 2003, T-078 de 2004, T-165 de 2004, T-497 de 2005, T-137 de 2006, T-599 de 2006, T-900 de 2006, T-566 de 2007, T-515 de 2008, T-705 de 2009, T-887 de 2009, T-572 de 2010, C-840 de 2010, T-1042 de 2010, T-488 de 2011, C-577 de 2011, T-580A de 2011, T-012 de 2012, T-663 de 2012, T-723 de 2012, T-768 de 2013, T-772 de 2013 y C-239 de 2014, entre muchas otras. Todas ellas recogidas en la C-683 de 2015.

<sup>49</sup> En esta oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad de las normas que regulan la adopción conjunta y complementaria por parte de compañeros permanentes, donde no se incluían a las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes. En concreto se resolvió: declarar exequibles las expresiones demandadas del numeral 5° del artículo 64, del artículo 66 y del numeral 5° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

<sup>50</sup> Sentencia T-049 de 1999. Cfr. Sentencia C-577 de 2011.

<sup>51</sup> Sentencia T-587 de 1998. Cfr. Sentencia C-577 de 2011.

<sup>52</sup> Sentencia T-217 de 1994. Cfr. Sentencia C-577 de 2011.

*natural*”<sup>53</sup>, donde la adopción se proyecta como la más importante medida de protección para suplir tales carencias.

(iv) *Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados*. El Estado tiene el deber de procurar al menor la protección de los vínculos de familiaridad previamente consolidados, porque cuando se impide o dificulta la conformación de un núcleo familiar se puede originar una situación de desarraigo que puede afectar el derecho del menor a tener una familia y, por esa vía, otros derechos fundamentales<sup>54</sup>.

(v) *Prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad*. Significa que existe una presunción a favor de la permanencia de los menores de edad en su familia biológica por cuanto, en principio, se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita, lo que no significa que tenga un privilegio sobre otras estructuras de familia.

(vi) *Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos*. Separar a un menor del entorno en el cual se ha adaptado solo se justifica cuando existan poderosas razones que comprometan su integridad o desarrollo armónico e integral.

(vii) *Protección de vínculos con cuidadores en situación especial*. Cuando un menor se halla bajo el cuidado de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, desventaja o que atraviesa dificultades que podrían afectar el vínculo familiar (discapacidad, pobreza, etc.), el Estado debe actuar con especial diligencia para velar por la protección del menor, sin desconocer los derechos del cuidador, procurando al máximo mantener las relaciones de familiaridad.

(viii) Cuando un(a) menor de edad ha perdido sus lazos naturales de filiación la adopción se proyecta como la medida de protección por excelencia.

14. En suma, para la Corte la actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado social de derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que al interior de las parejas del mismo sexo se asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección, esto es, contar con los mismos derechos y los deberes a las familias conformadas por parejas heterosexuales. Además, el principio de interés superior del menor de edad se refleja, entre otros, en el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, por constituir la piedra angular de garantía en el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

### **La relación filial como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Reiteración de jurisprudencia**

---

<sup>53</sup> Sentencia T-587 de 1998.

<sup>54</sup> Sentencia T-278 de 1994.

15. La Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que fue recogida en la **SU-696 de 2015**, a través de la cual se refirió a la protección integral que surge a partir de las relaciones entre padres e hijos con ocasión de: *i*) la reciprocidad que guarda dicha relación con la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la personalidad jurídica; y *ii*) los principales avances del derecho comparado y del derecho internacional de los derechos humanos frente a la protección de la personalidad jurídica de los menores de edad y su derecho a tener una familia. A continuación se hará una breve referencia de tal determinación, destacando los puntos mayormente relacionados con la solución del caso.

*Los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la personalidad jurídica, a partir de la relación filial*

16. Respecto a la *dignidad humana*, en casos como el sometido a examen, implica garantizar las condiciones necesarias para una vida materialmente apropiada y una existencia acorde al proyecto que cada ciudadano le imprime a su vida; que al tratarse de menores de edad tiene una protección reforzada, pues en los años de formación es imprescindible proteger su proyecto de vida que incluye el derecho a tener una familia.

17. En cuanto a la *personalidad jurídica* de los menores de edad, se explicó que no solo comprende la posibilidad que tienen los individuos de ingresar al tráfico jurídico, sino que también incluye todas las características individuales asociadas a su condición de persona. En tal virtud, en el caso de los menores de edad, el registro civil se convierte en el instrumento necesario para concretar dicho derecho, por lo que el Estado debe remover todos los obstáculos, materiales y formales, para garantizar su protección y eficacia, pues de lo contrario la persona queda expuesta a una situación de indefensión que atenta contra sus derechos fundamentales.

18. Ahora bien, para entender de una manera más comprensiva el tipo de medidas que se pueden implementar para garantizar estos derechos (personalidad jurídica y conformar una familia) a través del respeto a la relación filial, se presentan a continuación algunos casos y regulaciones internacionales a partir del derecho comparado y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

*El derecho comparado respecto a la protección de la personalidad jurídica de los menores de edad y su derecho a conformar una familia*

19. Debido a que el tema del reconocimiento voluntario de filiación sobre hijos no biológicos por parte de parejas del mismo sexo ha contado con una constante evolución desde el sistema universal, interamericano y europeo de derechos humanos, se hará alusión a algunos de ellos a efectos de ilustrar el caso objeto de examen.

*Sistema universal*

20. Se destaca la **Observación General No. 7** del Comité de los Derechos del Niño, donde se reconoció que la familia se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños, niñas

y adolescentes y que, siempre que sean acordes con los derechos y a su interés superior, los Estados deben reconocer que existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en la estructura de la familia, las funciones parentales y los modelos de crianza.

En concreto el preámbulo de la Convención se refiere a la familia como “*el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños*”. Por su parte reconoce que la familia “*se refiere a una variedad de conciertos, que pueden ofrecer a los niños pequeños atención, cuidado y desarrollo y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras variedades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos e interés superior del niño*”<sup>55</sup>.

Además, se explicó que “*los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, lo mismo que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, existiendo una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y los conciertos en relación con la crianza de los niños*”<sup>56</sup>.

#### *Sistema interamericano*

21. La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* se ha referido a este tema en la **Opinión Consultiva OC-17/02**<sup>57</sup>, donde manifestó que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia, debido a que no está reducido solamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. En igual sentido, en el **Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala**<sup>58</sup> se expuso que el Estado debe interceder ante cualquier injerencia arbitraria o ilegítima al derecho que tienen los menores de edad a la vida familiar.

22. A su vez, en el **Caso Formeron e hija c. Argentina**<sup>59</sup> la Corte explicó la relación estrecha que tiene el derecho a la personalidad jurídica con el derecho a la familia. En dicha ocasión recordó que las relaciones familiares y los aspectos filiales de la historia de una persona, particularmente de un menor de edad, constituyen una parte importante de su identidad, por lo que es necesario que los Estados cuenten con sistemas de protección de derechos de la infancia que incluyan, entre otras medidas, políticas de apoyo y fortalecimiento de la familia, entendida desde una perspectiva plural y amplia.

23. También, en el **Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile**<sup>60</sup> se resaltó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de

<sup>55</sup> Comité de los Derechos del Niño. 20 de septiembre de 2006. Párrafo 15.

<sup>56</sup> Comité de los Derechos del Niño. 20 de septiembre de 2006. Párrafo 19.

<sup>57</sup> Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Párrafos 69 y 70.

<sup>58</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2010. Párrafos 156, 157 y 158.

<sup>59</sup> Sentencia del 27 de abril de 2012. Párrafos 113 y 123.

<sup>60</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Párrafos 120, 140 a 145 y 175.

familia, ni mucho menos se privilegia un modelo “*tradicional*” de la misma. Consideró que imponer una determinada visión de dicho concepto constituye una injerencia arbitraria contra el derecho de los menores de edad a tener una familia.

### *Sistema europeo*

24. En el caso **Keegan c. Irlanda**<sup>61</sup> la *Corte Europea de Derechos Humanos* reconoció que el derecho a tener una familia no solo aplicaba para aquellas parejas que se encontraban unidas bajo un matrimonio heterosexual. Así, en la medida en que la noción de familia del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>62</sup> es más amplia, los Estados deben garantizar sin discriminación alguna la relación entre los menores de edad y sus padres.

25. El Derecho Internacional reconoce como preponderantes los derechos a la familia y la protección del interés superior del menor. A continuación, se hará alusión a algunos casos del derecho comparado de cara al reconocimiento voluntario de la filiación.

### *Postura regional*

26. La *Corte Nacional de Justicia de Ecuador* por medio de Resolución 05 del 2014 definió la filiación como “(...) un vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia”.

Ese Tribunal expuso que el *reconocimiento voluntario de un hijo es un acto unilateral*<sup>63</sup>, que no necesita aceptación, por lo que basta con la sola voluntad del reconociente, siendo la misma irrevocable pero susceptible de impugnación. Manifestó que: “(...) la paternidad o maternidad no se limita al mero hecho de engendrar un ser humano, un hombre o una mujer pueden llegar a ser padre o madre, sin haber procreado, a través de la adopción legal; por reconocimiento voluntario o gracias a los avances científicos, al haber optado por algún método de procreación asistida, prestando para el efecto su consentimiento”. La conclusión de esta providencia fue la atribución del carácter irrevocable que se le dio al reconocimiento voluntario de hijos e hijas.

27. Por su parte, la *Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela* en sentencia **1013 de 2016** estudió un caso en el que un juzgado había considerado que al presentarse ante la Registradora Civil un supuesto padre a

<sup>61</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Keegan c. Irlanda. Sentencia del 26 de mayo de 1994. Párrafo 44.

<sup>62</sup> Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 8. “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>63</sup> En Bolivia, para que un acto jurídico surta efectos jurídicos debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1461 Código Civil, y la persona debe ser legalmente capaz, dar el consentimiento del acto o declaración, que el consentimiento sea libre de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

reconocer voluntariamente un niño, sin haber sido señalado como progenitor del mismo, se debía haber notificado a la madre para que esta expresara su conocimiento, y en caso negativo se debería ordenar la práctica de la experticia de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), al considerar que la misma era obligatoria en esos casos. Sostuvo que “(...) *así como el marido se presume padre biológico del hijo nacido dentro del matrimonio, salvo que en juicio se demuestre lo contrario, mutatis mutandi, en el reconocimiento voluntario el reconocido se presume hijo biológico de quien lo reconoce, salvo que en el juicio respectivo de impugnación se demuestre lo contrario*”.

En este sentido indicó que, para el reconocimiento de la paternidad solo se tendría que acudir ante el **Registro Civil y declarar la voluntad de hacerlo**, cumpliendo los requisitos exigidos, situación que se notificará a la madre, no con el fin de que de su consentimiento, sino para que conozca de la filiación establecida, y de no corresponder esta con la verdad real o material podría proceder con su impugnación. En este sentido, la practica presuntamente obligatoria de una prueba por el desacuerdo de la madre con respecto al reconocimiento, no lo puede condicionar.

28. En Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo 331:147 de 2008, se manifestó sobre la adopción que se debe dar principal importancia al interés superior del menor, pues los vínculos no se crean solamente respecto a la “verdad biológica”, sino que por medio de los vínculos de la adopción se da una “identidad filiatoria”. Indicó que el registro exige ciertas condiciones, a fin de determinar la idoneidad para hacerse cargo del menor; sin embargo, estos no deben ser tenidos en cuenta con “*rigor estrictamente ritual*”, pues se debe propender a la “*protección civil y al control social en beneficio de la sociedad y de la niñez*”. En ese sentido, consideró que era inadmisibles que las exigencias se pusieran como un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva entre el menor y el matrimonio que la estaba criando.

29. El Tribunal Constitucional de Chile, en sentencia 2191 del 2012 expuso que “(...) *los valores ético-sociales de protección de la familia, constitucionalmente amparados, permiten la configuración del vínculo filial desde un referente voluntario-afectivo no biológico, con sólido reconocimiento legal*”. Además, se señaló que: “(...) *resulta evidente percibir que, en la noción tradicional del Derecho Civil chileno, la legitimación del hijo por matrimonio subsecuente de quienes se declaren sus padres en la celebración del acto, constituye un derecho adquirido que no se ve afectado por un cambio ulterior de legislación*”.

### *Postura europea*

30. En Austria el Asunto “X” y otros contra el Estado (19 de febrero de 2013)<sup>64</sup>, fue fallado a favor de los accionantes, los cuales habían considerado vulnerados sus derechos al no permitirles la adopción por parte del segundo padre, en este caso

<sup>64</sup> Léase la sentencia en:

[http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence\\_CEDU/CASE\\_OF\\_X\\_AND\\_OTHERS\\_v.\\_AUSTRIA\\_-\\_SpanishTranslation\\_by\\_the\\_COE-ECHR.pdf](http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_X_AND_OTHERS_v._AUSTRIA_-_SpanishTranslation_by_the_COE-ECHR.pdf)

las accionantes tampoco se encontraban casados. Estableció que se debería permitir a los tribunales “(...) llevar a cabo las consideraciones aducidas hasta ahora parecen más bien estar a favor de permitir a los tribunales que lleven a cabo un examen de cada caso de manera individualizada. También esto parece ser lo más acorde con el interés superior del niño, que es un principio clave en los documentos internacionales relevantes”. Al no estar prohibido en Austria la adopción conjunta de una pareja del mismo sexo decidió darle la razón a las demandantes.

31. En *Noruega*, Truffello, P., & Williams, G. (2019), expusieron que La Ley de Infancia en materia de paternidad o co-maternidad (sección 3) dispone que<sup>65</sup>:

*“El hombre con quien la madre está casada en el momento del nacimiento del niño será considerado como el padre del niño. La mujer con la que la madre está casada en el momento del nacimiento del niño, cuando éste fue concebido por medio de fertilización asistida, proporcionada por un servicio de salud noruego y aprobado, con el consentimiento de la mujer para la fecundación, se considerará como la co-madre del niño. En el caso que la fertilización asistida sea proporcionada por un servicio de salud aprobado, pero fuera de Noruega, deberá conocerse la identidad del donante de esperma. Si los cónyuges estuvieran separados por acuerdo o por una sentencia judicial, en el momento del nacimiento, no se aplicarán los párrafos primero y segundo. Si la madre es viuda, su último cónyuge será considerado padre o co-madre si es posible que la madre haya concebido antes de la muerte del cónyuge.”*

También argumentaron que a pesar de que la paternidad o maternidad no fuera establecida en los términos anteriores, esta podía ser declarada o reconocida, de acuerdo con la siguiente regla: *“Si el niño nació mediante fertilización asistida, la cohabitante de la madre puede declarar su co-maternidad, siempre que se haya hecho en un servicio de salud aprobado y la cohabitante de la madre haya dado su consentimiento para la fecundación (sección 4)<sup>66</sup>”*.

32. El anterior panorama permite evidenciar las distintas posturas que existen frente al reconocimiento pleno del derecho de los niños y niñas a tener una familia, donde se tiene como común denominador superar todas las barreras administrativas u obstáculos materiales, con el fin de garantizar que los menores de edad no sean separados de sus núcleos familiares, a partir de la salvaguarda del carácter diverso que tiene la familia y reivindicar el derecho a que los hijos sean reconocidos como parte de la misma.

## **El derecho a la igualdad**

33. La igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho, el cual ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma

<sup>65</sup>[https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27268/2/Informe\\_BCN\\_Filiacion\\_Homoparental\\_Legislacion\\_Comparada\\_2019\\_pdf.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27268/2/Informe_BCN_Filiacion_Homoparental_Legislacion_Comparada_2019_pdf.pdf)

<sup>66</sup> *Ibídem*

situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. A partir de esta premisa la Corte ha indicado que este derecho posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, a fin de constatar: i) si existe un tratamiento distinto entre iguales; o ii) si un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.

34. En la sentencia **C-040 de 1993** la Corte señaló que el derecho a la igualdad no se traduce en una igualdad mecánica sino que se basa en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones de la persona, por lo que solo se admite un trato diferenciado si existe un motivo razonable que lo justifique.

35. En la sentencia **T-098 de 1994** se destacó que al ser la discriminación un acto difícil de probar, la carga de la prueba sobre la inexistencia de un trato de esta naturaleza recae sobre la autoridad sobre la cual se predica la acción vulneradora, teoría que se aplica en casos donde la clasificación que se hace de una persona es sospechosa, esto es, cuando la misma guarda relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios en la cláusula de igualdad, como lo es la orientación sexual.

36. En la sentencia **C-178 de 2014**, se resaltó que del artículo 13 de la Constitución se derivan tres características: i) una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; ii) una prohibición de discriminación, que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos; y iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas).

37. Por su parte, en la sentencia **SU-696 de 2015** se indicó que en el caso específico de la discriminación por origen familiar, la regla judicial desarrollada refiere que cualquier distinción de este tipo vulnera la cláusula general de igualdad de la Constitución. Además, se destacó que el derecho a la igualdad tiene una relación estrecha con el principio de dignidad humana, pues parte de reconocer que todas las personas tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas, por lo que todas las personas tienen derecho a vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación.

Así, el derecho fundamental a la igualdad implica al Estado adoptar las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las autoridades.

Al respecto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas se establece que los Estados Partes se “comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos” que el mismo Pacto reconoce. A partir de ello, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas indicó que se deben adoptar medidas tendientes a: i) eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad; ii) dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos; y iii) ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto, además de las medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria. En esta medida, las autoridades están en la obligación de brindar un trato igualitario a todas las personas en el marco de su competencia.

**La función del registro civil de nacimiento en un Estado de Derecho. El deber de registrar menores de edad con el nombre de sus dos madres o padres.**

38. El artículo 14 de la Constitución establece que “*toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”, el cual constituye una garantía indispensable para el ejercicio de las demás prerrogativas constitucionales. Ella se adquiere por el simple hecho de existir y comprende atributos propios como: el estado civil, la nacionalidad, el nombre, la capacidad de goce y ejercicio, el patrimonio y el domicilio.

39. En el contexto internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 3º refiere al reconocimiento a toda “*persona de su personalidad jurídica*”. Lo mismo sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a través del artículo 16 puntualiza que “*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

40. La Corte ha destacado que la personalidad jurídica ofrece al titular una identidad e individualidad frente al Estado y a la sociedad, que lo hace ser un sujeto distinto y distinguible, por lo que el desarrollo de la personalidad guarda una estrecha relación con el registro del estado civil, pues constituye un medio para identificar a una persona a través de datos como el nombre, la nacionalidad, el sexo, la edad, el estado mental, si es casado o soltero, entre otros<sup>67</sup>.

41. En otros términos, el registro del estado civil se convierte en una protección constitucional y legal del derecho a la personalidad jurídica, a través del cual se puede establecer, probar y publicar todo lo relacionado con el estado civil de las personas desde el nacimiento hasta la muerte. Respecto a la individualidad de este concepto la Corte ha explicado:

*“La individualidad es el acto de ser del individuo, o en otras palabras, la trascendencia distintiva del individuo frente a los demás. Jurídicamente se expresa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad. (...). [L]a primera necesidad que tiene el individuo es la de ser reconocido como*

---

<sup>67</sup> Ver sentencia T-196 de 2016.

*ente distinto y distinguible, y para ello existe el respeto, tanto del Estado como de la sociedad civil, a su individualidad, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común. (...) [L]a expresión de la individualidad [...] supone el derecho al reconocimiento de [la] particularidad [del individuo] y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás. El derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente a la persona humana (Art. 94 C.P.), y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.). La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18 C.P.)”.*<sup>68</sup>

42. En cuanto a las parejas del mismo sexo se especificó que al ser reconocidas como familia, donde los menores fruto de esta relación merecen la misma protección de aquellos nacidos en hogares heterosexuales, se exigió a la Registraduría Nacional del Estado Civil adoptar todas las medidas administrativas tendientes a garantizar que el nombre y apellido de madres o padres homosexuales, queden consignados en el registro civil de nacimiento del menor. Así en la **SU-696 de 2015**, se estableció que respecto de la inscripción en el registro civil de hijos de parejas del mismo sexo, es aplicable la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil, por lo que una vez declarada la paternidad por la autoridad competente, los hijos de parejas homoparentales le son aplicables las mismas reglas de los hijos concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho estatuto. En concreto se dijo:

*“Por lo tanto, no es necesario que el Legislador cree una figura específica para los casos del registro de hijos e hijas de parejas del mismo sexo ya que la legislación civil ofrece una salida práctica y eficiente a cualquier duda hermenéutica que tengan los funcionarios notariales frente a los límites del registro civil. Por esta razón, y como se explicará con mayor detalle en la parte resolutive, se debe concluir que el formato actual de registro civil admite de plano la inscripción en el registro civil de menores de edad que formen parte de familias diversas.*

*Asimismo, no existe ninguna razón material u objetiva que justifique una razón para no proteger, a través de dicha presunción, el derecho de Bartleby y Virginia a la identidad y la personalidad jurídica. La Sala considera que dicha figura legal fue concebida por el Legislador como una medida rápida y eficaz para otorgarle seguridad a la situación civil y filial del menor de edad. Además, se convierte en un mecanismo adecuado que preserva el derecho a la intimidad del núcleo familiar ya que evita que prima facie se deba acudir a una prueba genética para determinar la paternidad. Por lo tanto, la presunción cumple un doble valor, por un lado garantiza los derechos de los niños y niñas y por otro preserva la intimidad de la familia. Aceptar que el contenido del artículo 213 del Código Civil no se puede aplicar a familias*

<sup>68</sup> Sentencia T-594 de 1993. Postura reiterada en la sentencia T-196 de 2016.

*diversas es una posición que no se compadece con la prohibición de discriminación por origen familiar y que, por esa razón, debe ser reprochada por el juez constitucional.”*

43. Acorde con lo expuesto, la Corte ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil<sup>69</sup> que, en un plazo máximo de treinta días implementar un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño.

44. A partir de lo dispuesto por la Corte la Registraduría expidió la Circular 024 de 2016, la cual fue posteriormente recopilada en la Circular Única de Registro Civil de Identificación del 17 de mayo de 2019 y posteriormente modificada por la Circular Única de Registro Civil de Identificación del 15 de noviembre de 2019, donde se indicó:

*“3.9.1 Procedimiento para la inscripción de hijos de parejas del mismo sexo.*

*Para realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento, el funcionario registral deberá cumplir los siguientes pasos:*

*a. Preguntar por la calidad del vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos. Debe tratarse de parejas unidas en matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada.*

*b. Si se trata de un nacimiento ocurrido en el exterior, el funcionario debe solicitar el registro civil de nacimiento del país de origen debidamente apostillado o legalizado, según el caso y traducido de ser necesario por el gobierno de origen.*

*c. Para la inscripción del menor nacido en Colombia, los padres o madres deberán cumplir con los requisitos generales de ley, así mismo aportar alguno de los documentos antecedentes idóneos para la inscripción, como son: I. Certificado de nacido vivo. II. Documentos auténticos. III. Partida eclesiástica. IV. Declaración juramentada de dos testigos hábiles.*

*d. El funcionario debe consultar a los padres o madres el orden en el que prefieren que sean registrados los apellidos del menor. Este mismo orden corresponderá a los consignados en el registro y en los documentos de identidad expedidos posteriormente. Esta inscripción deberá surtir, en igualdad de condiciones, las mismas etapas contenidas en el artículo 28 y 29 del Decreto Ley 1260 de 1970. En lo que hace referencia a la recepción, extensión, otorgamiento, autorización y constancia de la inscripción. Por último, en los casos de hijos legítimos cuando hagan presencia uno o ambos padres o madres (familias heteroparentales y homoparentales) tal declaración de filiación de la pareja deberá consignarse en el libro de varios, con la debida firma del funcionario que lo autoriza y del declarante.”*

---

<sup>69</sup> Dirección de notificación: Calle 26 # 51-60, Bogotá D.C.

45. De este modo, la Registraduría exige que para poder reconocer como hijo a una persona de cara a las parejas del mismo sexo, es necesario que al momento del nacimiento, exista un vínculo formal entre las mismas como lo es haber celebrado matrimonio o contar con una unión marital declarada.

46. Cabe precisar que respecto al registro por parte de parejas heterosexuales, la Circular Única de Registro Civil e Identificación (15 noviembre de 2019), en el punto 3.5. hace alusión al procedimiento a seguir para la inscripción del nacimiento en el registro civil, dependiendo si se trata de un “hijo legítimo o extramatrimonial”, así:

***“3.5.1. Inscripción de hijos nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho declarada.***

*Si quien solicita la inscripción de nacimiento indica que los padres son casados, no está obligado a presentar el registro civil de matrimonio de los progenitores, toda vez que esta no es una exigencia legal y se parte del principio constitucional de la buena fe de las actuaciones de los particulares. Igual procedimiento se aplica cuando se trate de hijo concebido durante la unión marital de hecho declarada, según lo prevé el artículo 1 de la Ley 1060 de 2006.*

***3.5.2. Inscripción de hijos extramatrimoniales.***

***3.5.2.1. Inscripción de hijo extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada.***

*Cuando la inscripción corresponda al nacimiento de un hijo extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada se consignará como primer apellido del inscrito el primer apellido del padre y como segundo apellido el primer apellido de la madre.*

*El reconocimiento del hijo extramatrimonial es irrevocable y puede hacerse mediante alguno de los siguientes documentos:*

- a. El acta de nacimiento, firmándola quien hace el reconocimiento.*
- b. Escritura pública.*
- c. Manifestación expresa y directa hecha ante un juez.*
- d. Testamento.*
- e. Manifestación voluntaria hecha ante juez de paz.*
- f. Firmando el padre la inscripción por correo.*
- g. Manifestación ante el defensor de familia, ante el comisario de familia (cuando no haya defensor de familia) o ante el inspector de policía (Cuando en el lugar no haya defensor, ni comisario de familia).*

***3.5.2.2. Inscripción de hijo extramatrimonial no reconocido.***

*Cuando el registro civil corresponda a la inscripción del nacimiento de un hijo extramatrimonial no reconocido se le asignarán los apellidos de la madre, el funcionario registral procederá a diligenciar el acta complementaria, la cual además de contener el nombre del presunto padre y las notas que se refieran a las bases probatorias de tal imputación, debe indicar la información que permita ubicar al presunto padre e inclusive madre, con miras al proceso de filiación que adelantará el defensor o comisario de familia.”*

47. Lo anterior se encuentra contenido en buena medida en la Ley 75 de 1968 que

se refiere al “reconocimiento de hijos naturales”, que se cumple de acuerdo a los siguientes supuestos:

*“1º) En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.*

*El funcionario del estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella solo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4o, inciso 2o. de este artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren.*

*Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si este no hubiere firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo, el funcionario procederá a comunicar el hecho al Defensor de Menores para que éste inicie la investigación de la paternidad.*

*Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.*

*Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado, o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaren a expedirse.*

*2o) Por escritura pública.*

*3o) Por testamento, caso en el cual la renovación de éste no implica la del reconocimiento.*

*4o) Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene.*

*El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el Defensor de Menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del artículo 18 de la presente Ley.”<sup>70</sup>*

---

<sup>70</sup> Artículo 1º Ley 75 de 1968.

48. Por su parte, el **Decreto 1260 de 1970** en los artículos 53 y siguientes, fija las reglas para el reconocimiento voluntario de hijos habidos fuera del matrimonio en parejas heterosexuales, así:

*“Si el inscrito fuere denunciado como hijo natural, el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil preguntará al denunciante acerca del nombre, apellido, identidad y residencia de los padres, y anotará el nombre de la madre en el folio.*

*En cuanto al padre, solo se escribirá su nombre allí cuando esa calidad sea aceptada por el propio declarante o como testigo. Si la paternidad se atribuye a persona distinta de ellos, las anotaciones correspondientes, junto con las bases probatorias de tal imputación, expresadas por el denunciante, previa exigencia de no faltar a la verdad, bajo su firma y la del funcionario, se harán en hojas especiales, por duplicado.”<sup>71</sup>*

49. Con todo, es claro que a las parejas heterosexuales cuentan con la facultad de registrar a sus hijos sin que se les exija el reconocimiento previo de una relación formal entre los padres dado que cuentan con la posibilidad de hacerlo a través de: i) firma del acta de nacimiento bajo expreso reconocimiento; ii) escritura pública; iii) manifestación ante el juez; iv) testamento; y v) firma de la inscripción; vi) manifestación ante el defensor de familia, ante el comisario de familia (cuando no haya defensor de familia) o ante el inspector de policía (cuando en el lugar no haya defensor, ni comisario de familia). De manera contraria, a las parejas homosexuales de entrada se les exige acreditar la calidad del vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos, esto es, que se trate de parejas unidas en matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada. Esta situación será objeto de análisis en el caso concreto de esta decisión.

## **Caso concreto**

### ***Breve presentación del asunto***

50. Las accionantes, sostienen una relación desde el año 2011 y decidieron acudir a un proceso de fertilización a fin de procrear un hijo, una vez nació *AOMP* se vieron en la obligación de registrar a su hija exclusivamente con los datos de la madre gestante, debido a que no se les permitió el registro conjunto, posteriormente, solicitaron a la Registraduría la corrección de registro, el cual fue negado debido a que al momento del nacimiento no se encontraban casadas o en ejercicio de una unión marital debidamente (circular 024 de 2016, recogida en la Circular Única de Registro Civil de 2019), por lo que la única alternativa que se les planteó fue la adopción. En consecuencia, solicitan que se corrija el registro civil de nacimiento de *AOMP*, incluyendo a *RMF* como madre de la niña.

### ***Procedencia de la acción de tutela***

---

<sup>71</sup> Artículo 54 del Decreto 1260 de 1970

(i) *Legitimación en la causa.* En el presente caso se cumple con el requisito de legitimación en la causa *por activa* dado que las accionantes actúan en nombre propio y en representación de su hija, al considerar vulnerados sus derechos a la igualdad y a tener una familia, ante el no reconocimiento de una de ellas como madre de *AOMP*.

Este Tribunal ha señalado que quien demanda tiene legitimidad en la causa por activa cuando es titular de los derechos fundamentales vulnerados o está en capacidad de actuar en representación de otras personas a quienes les es imposible defender sus derechos directamente<sup>72</sup>. Específicamente en relación con la representación de derechos de un menor de edad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que al no estar en condiciones de promover su propia defensa, dada su notoria indefensión, sus padres o madres actúan como representantes legales en virtud de las facultades que se derivan del ejercicio pleno de la patria potestad<sup>73</sup>. De hecho, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.

Entonces, en procura de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sus familiares, en especial, sus progenitores, pueden interponer acciones de tutela para asegurar el respeto de los mismos frente a las acciones de las autoridades. En este caso *MLM*, está registrada como madre de *AOMP*, respecto de quien se invoca la protección, lo que le permite actuar en condición de representante legal de la menor de edad.

Por su parte, la solicitud de protección también es elevada por *RMF* quien conforma el núcleo familiar como madre no biológica de la menor de edad y quien pretende se le reconozca su condición a través de la inscripción en el registro civil de nacimiento de *AOMP*.

La legitimación en la causa *por pasiva* también se cumple en la medida en que la Registraduría es la autoridad pública a la cual se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales invocados, al negarse a inscribir a *RMF* como madre de *AOMP*.

(ii) *Inmediatez.* Este presupuesto refiere que el recurso de amparo debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales<sup>74</sup>. Ello debido a que pretende que exista “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho (...) vulnerador de los derechos fundamentales”<sup>75</sup>, de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio urgente que pretende la protección efectiva y actual de los derechos invocados<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Ver sentencia T-457 de 2019.

<sup>73</sup> Cfr. Sentencia SU-696 de 2015.

<sup>74</sup> Sentencia T-038 de 2017.

<sup>75</sup> Sentencia SU-241 de 2015.

<sup>76</sup> Sentencia T-091 de 2018.

En este caso, las accionantes han hecho múltiples intentos en orden a alcanzar el registro conjunto de *AOMP*, sin embargo ello no ha sido posible debido a que se les exigió estar casadas o contar con una unión marital debidamente declarada al momento del nacimiento, condición que no cumplían

El 7 de noviembre de 2013 nació *AOMP* sin que se les permitiera el registro conjunto, por lo que fue registrada únicamente con los apellidos de la madre biológica (*MLMP*); el 6 de junio de 2018 la Defensoría de Familia informó que se negaba el proceso de adopción por no cumplir con los requisitos para acceder a este derecho (contar con una unión debidamente declarada); el 6 de agosto de 2018 presentaron ante la Registraduría Nacional del Estado Civil un derecho de petición, exponiendo su caso y solicitando el reconocimiento de manera conjunta como madres de *AOMP*; el 22 de agosto de 2018 se presentaron en las instalaciones de la Registraduría para exponer su situación; el 28 de agosto siguiente la Registraduría les informó que no se podía acceder a su solicitud por no tener una unión marital declarada; finalmente el 21 de mayo de 2019 de interpuso la presente acción de tutela.

De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que entre la última negativa dada por la Registraduría y la interposición del amparo transcurrieron aproximadamente 9 meses, lapso que se considera razonable y proporcionado toda vez que las accionantes en distintas oportunidades han intentado alcanzar la protección de los derechos invocados y en este caso están involucrados los derechos fundamentales a una menor de edad a tener una familia, no ser separado de ella y a la personalidad jurídica, en relación con la corrección del registro civil de nacimiento, por lo que el examen de este presupuesto debe atender a la satisfacción integral y simultánea de todas las garantías fundamentales que son universales, prevalentes e interdependientes. Con todo, se encuentra cumplido este presupuesto.

(iii) *Subsidiariedad*. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, por lo que es procedente siempre que *i*) no exista un medio alternativo de defensa judicial; *ii*) aunque exista, este no sea idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o *iii*) sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos constitucionales. Ahora bien, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como sería el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo.

En el presente caso, las accionantes no cuentan con otro medio de defensa judicial para alcanzar el registro como madres de *AOMP*, de cara a las específicas circunstancias del caso, donde se les exigió contar con una declaración formal de la unión marital al momento del nacimiento, condición sin la cual no es posible incluir a las dos madres en el registro civil. Esta circunstancia les resulta de imposible cumplimiento en la medida que a pesar de haber tomado la decisión de procrear de manera conjunta, libre y voluntaria, cuando nació su hija no estaban casadas ni contaban con una unión debidamente declarada, lo que las obligaría a

iniciar un proceso de adopción ante el ICBF, circunstancia que no puede entenderse como un medio alternativo de defensa judicial, pues a pesar que pudiera entenderse que el resultado alcanzado sería el mismo, es decir, obtener el registro de *RMF* como madre de *AOMP* lo pretendido no es el reconocimiento de una de ellas como adoptante, sino la corrección del registro civil de nacimiento incluyéndola como madre por haber tomado de manera conjunta la decisión de procrear un ser humano junto con su pareja.

En esta media, para la Sala la cuestión fundamental a resolver no está asociada a una discusión acerca de la capacidad que tienen las parejas del mismo sexo a adoptar, sino del derecho que tienen los menores de edad, en aras del interés superior que obliga al Estado a observar y proteger sus derechos fundamentales de manera prioritaria, a tener una familia y a su personalidad jurídica, de acuerdo a la realidad en la que se desarrollan, aspecto que no se logra a través del proceso de adopción, pues lo que se busca es la posibilidad de obtener el registro conjunto de la misma forma que ocurre con las parejas heterosexuales, quienes cuentan con la facultad de registrar hijos a través de distintos medios como son: i) firma del acta de nacimiento bajo expreso reconocimiento; ii) escritura pública; iii) manifestación ante el juez; iv) testamento; y v) firma de la inscripción; vi) manifestación ante el defensor de familia, ante el comisario de familia (cuando no haya defensor de familia) o ante el inspector de policía (cuando en el lugar no haya defensor, ni comisario de familia). En este contexto, se cumple el presente presupuesto.

(iv) Finalmente, este asunto cuenta con *relevancia constitucional*, en la medida que según el artículo 44 de la Constitución, se reconocen como derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, entre otros, a su nombre, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, y la libre expresión de su opinión. Esa disposición establece, además, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y finaliza señalando que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los derechos de los demás.

Bajo ese entendido, la Sala considera que este asunto es de relevancia constitucional por cuanto está relacionado con la presunta vulneración del derecho fundamental de una menor de edad a tener una familia y a la personalidad jurídica al haberse negado la posibilidad de incluir a su madre no biológica en el registro civil de nacimiento, a pesar de haber decidido de manera conjunta el inicio del proceso de gestación y mantener el vínculo familiar.

### ***Análisis material de la acción de tutela***

51. En primer lugar, la Sala recuerda que el problema jurídico se centra en resolver si la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró los derechos fundamentales a tener una familia y a la personalidad jurídica de una menor de edad concebida mediante inseminación artificial, al negarle la corrección del registro civil de nacimiento de *AOMP*, incluyendo a *RFM* como madre no biológica, ya que no existe prueba de unión marital de hecho al momento del nacimiento de acuerdo con la interpretación hecha por el ente registral respecto de la SU-696 de 2015, dando como única alternativa iniciar un proceso de adopción

ante el ICBF, máxime cuando a las parejas heterosexuales no se les exige este requisito.

52. Lo expuesto obliga a la Corte a determinar si en este caso se presenta un desconocimiento del principio de igualdad, en atención a un trato diferenciado del registro de hijos no concebidos dentro de una unión marital declarada o matrimonio, respecto de las familias homoparentales y las heteroparentales. Para ello la se verificará si en este caso existen sujetos o situaciones comparables, en qué consiste el trato diferenciado y por qué dicho trato es constitucionalmente inadmisibile.

### *Sujetos comparables*

53. En cuanto a los sujetos comparables, las accionantes explican que la exigencia hecha en su caso (estar casadas o con unión marital debidamente declarada al momento del nacimiento) no se presenta en parejas heterosexuales.

54. Al respecto, se recuerda que la Circular Única de Registro Civil e Identificación (15 de noviembre 2019) en familias heteroparentales distingue dos situaciones, i) si se trata de hijos nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho declarada; y ii) los extramatrimoniales. Al tratarse de personas casadas o con unión declarada se establece que *“no está obligado a presentar el registro civil de matrimonio de los progenitores, toda vez que esta no es una exigencia legal y se parte del principio constitucional de la buena fe de las actuaciones de los particulares”*<sup>77</sup>.

Respecto a los hijos extramatrimoniales se distingue entre si son reconocidos o no reconocidos, en cuanto a los primeros (reconocidos), situación comparable con el asunto objeto de examen, para la inscripción solamente son necesarias cualquiera de las siguientes opciones: i) firma de acta de nacimiento; ii) escritura pública; iii) manifestación expresa y directa hecha ante un juez; iv) testamento; v) manifestación voluntaria hecha ante juez de paz; vi) firmando el padre la inscripción por correo; vii) manifestación ante el defensor de familia, ante el comisario de familia (cuando no haya defensor de familia) o ante el inspector de policía (cuando en el lugar no haya defensor, ni comisario de familia). En el mismo sentido en la **Ley 75 de 1968** y el **Decreto 1260 de 1970**, hacen alusión al *“reconocimiento de hijos naturales”*, el cual puede hacerse a través de acta de nacimiento, por reconocimiento voluntario, por escritura pública o por manifestación hecha ante un juez.

55. Por su parte, en lo referente a parejas el mismo sexo, la Circular Única de Registro Civil e Identificación (15 noviembre 2019), establece que para *“realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento, el funcionario registral deberá cumplir los siguientes pasos: a. Preguntar por la calidad del vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos. Debe tratarse de parejas unidas en matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada”*.

---

<sup>77</sup> Circular Única de Registro Civil e Identificación, punto 3.5.1. *“Inscripción de hijos nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho declarada”*.

De acuerdo con lo expuesto la comparación se da en relación con los hijos extramatrimoniales reconocidos de cara a las familias heteroparentales y las homoparentales.

*Identificación del trato diferenciado*

56. A efectos de dar mayor claridad a este punto, la Sala considera pertinente presentar la normatividad aplicable en cada caso en el siguiente cuadro comparativo:

**Proceso de registro de hijos con ocasión de lo consignado en la circular única de registro civil e identificación (15 noviembre 2019)**

Familias heteroparentales	Familias homoparentales
<p><b>3.5.1. Inscripción de hijos nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho declarada.</b></p> <p>Si quien solicita la inscripción de nacimiento indica que los padres son casados, no está obligado a presentar el registro civil de matrimonio de los progenitores, toda vez que esta no es una exigencia legal y se parte del principio constitucional de la buena fe de las actuaciones de los particulares.</p> <p>Igual procedimiento se aplica cuando se trate de hijo concebido durante la unión marital de hecho declarada, según lo prevé el artículo 1 de la Ley 1060 de 2006<sup>78</sup>.</p>	<p><b>3.9. Inscripción en el registro civil de nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo.</b></p> <p>Mediante sentencia SU-696 del 12 de noviembre de 2015 la Corte Constitucional estableció que, respecto de la inscripción en el registro civil de hijos de parejas del mismo sexo, es aplicable la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil, de tal forma que, una vez declarada la paternidad por la autoridad competente, los hijos de parejas homoparentales son sujetos de las reglas generales aplicables a los hijos concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho estatuto</p>
<p><b>3.5.2. Inscripción de hijos extramatrimoniales.</b></p> <p><i>3.5.2.1. Inscripción de hijo extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada.</i></p> <p><b>El reconocimiento del hijo extramatrimonial es irrevocable y puede hacerse mediante alguno de los siguientes documentos:</b> a. El acta de nacimiento, firmándola quien hace</p>	<p><b>3.9.1. Procedimiento para la inscripción de hijos de parejas del mismo sexo.</b></p> <p>Para realizar la inscripción en el registro civil de nacimiento, el funcionario registral deberá cumplir los siguientes pasos: a. Preguntar por la calidad del vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos. Debe tratarse de parejas unidas en</p>

<sup>78</sup> “El artículo 213 del Código Civil quedará así: El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”

<p>el reconocimiento. b. Escritura pública. c. Manifestación expresa y directa hecha ante un juez. d. Testamento. e. Manifestación voluntaria hecha ante juez de paz. f. Firmando el padre la inscripción por correo. g. Manifestación ante el defensor de familia, ante el comisario de familia (cuando no haya defensor de familia) o ante el inspector de policía (Cuando en el lugar no haya defensor, ni comisario de familia).</p>	<p>matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada. b. Si se trata de un nacimiento ocurrido en el exterior, el funcionario debe solicitar el registro civil de nacimiento del país de origen debidamente apostillado o legalizado, según el caso y traducido de ser necesario por el gobierno de origen. c. Para la inscripción del menor nacido en Colombia, los padres o madres deberán cumplir con los requisitos generales de ley, así mismo aportar alguno de los documentos antecedentes idóneos para la inscripción, como son: I. Certificado de nacido vivo. II. Documentos auténticos. III. Partida eclesiástica. IV. Declaración juramentada de dos testigos hábiles. d. El funcionario debe consultar a los padres o madres el orden en el que prefieren que sean registrados los apellidos del menor. Este mismo orden corresponderá a los consignados en el registro y en los documentos de identidad expedidos posteriormente.</p>
<p>3.5.2.2. <i>Inscripción de hijo extramatrimonial no reconocido.</i>          Cuando el registro civil corresponda a la inscripción del nacimiento de un hijo extramatrimonial no reconocido se le asignarán los apellidos de la madre, el funcionario registral procederá a diligenciar el acta complementaria, la cual además de contener el nombre del presunto padre y las notas que se refieran a las bases probatorias de tal imputación, debe indicar la información que permita ubicar al presunto padre e inclusive madre, con miras al proceso de filiación que adelantará el defensor o comisario de familia.</p>	
<p>3.4.2. <i>Documentos auténticos para la inscripción de hijos.</i> Si en la etapa de recepción de documentos, el declarante expresa que los padres son casados o tienen una unión marital de hecho debidamente declarada, se aplicará la presunción de legitimidad prevista en el artículo 213 del Código Civil.</p> <p>Por el contrario, si se trata de un hijo extramatrimonial, se debe realizar el reconocimiento paterno en alguna de las formas previstas en la ley 75 de 1968 y 1098 de 2006, de lo contrario solamente se consignarán los apellidos maternos.</p>	

57. En suma, la Sala constata que en la Circular Única de Registro, donde se encuentran consignados los procedimientos aplicables a familias heteroparentales

y homoparentales, existe un trato desigual no justificado constitucionalmente, pues mientras las relaciones heterosexuales cuentan con múltiples posibilidades para la inscripción en el registro civil de nacimiento, a saber: i) la firma del acta de nacimiento; ii) escritura pública; iii) manifestación expresa y directa hecha ante un juez; iv) testamento; v) manifestación voluntaria hecha ante juez de paz; vi) firma de la inscripción por correo; y vi) manifestación ante el defensor de familia, ante el comisario de familia (cuando no haya defensor de familia) o ante el inspector de policía (Cuando en el lugar no haya defensor, ni comisario de familia); no ocurre lo mismo en las relaciones homosexuales en la medida que se exige al funcionario registral verificar la calidad del vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos, al requerirse que se trate de parejas unidas en matrimonio o con unión marital de hecho debidamente declarada.

58. En este sentido, queda demostrado el trato desigual al momento de solicitar la inscripción en el registro civil respecto de hijos reconocidos entre familias conformadas por parejas homosexuales y las heterosexuales.

*Tratamiento constitucionalmente inadmisibile*

59. La diferenciación que se realiza para el registro de hijos de padres homoparentales se basa en un criterio sospechoso, el que surge a partir de las causas de discriminación explícitamente prohibidas por la Constitución<sup>79</sup>. En este caso para la Sala dicho tratamiento no encuentra una justificación constitucionalmente admisible como pasa a explicarse.

60. La Registraduría motivó su decisión de dar un tratamiento diferenciado en los siguientes argumentos:

*“Con la expedición de la SU-214 de 2016, estableció la Corte Constitucional el hito temporal que precisa la validez del matrimonio celebrado entre parejas del mismo sexo (20 de junio de 2013) con lo cual se establecen las obligaciones y derechos de los contrayentes.*

*Dado lo anterior y haciendo un análisis sistemático y teleológico de las disposiciones regulatorias del matrimonio, particularmente a lo atinente a los hijos habidos en él, tenemos que la menor AOMP nació el 7 de noviembre de 2013, esto es, cuando ya regía la previsión normativa y sin embargo, no lo hizo en vigencia de un vínculo matrimonial, ni de una unión marital (como usted lo ha informado) y por tanto no puede estimarse su compañera como padre y/o madre de la misma.*

*El camino idóneo para lograr su propósito y que la menor pueda llevar el apellido de su pareja es la adopción.*

*Por otra parte si el interés se limita a llevar el apellido, sin existir vínculo*

---

<sup>79</sup> La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha considerado que los criterios señalados por el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) son también criterios sospechosos de discriminación (ver, entre otras sentencias, SU-969 de 2015, SU-617 de 2014; C-577 de 2011 y C-075 de 2007).

*legal, podría acudir al mandato contemplado en el decreto 999 de 88 para modificar el mismo.”*

61. En el mismo sentido la Circular Única de Registro Civil (15 noviembre, 2019) indicó:

*“Mediante sentencia SU-696 del 12 de noviembre de 2015 la Corte Constitucional estableció que, respecto de la inscripción en el registro civil de hijos de parejas del mismo sexo, es aplicable la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil, de tal forma que, una vez declarada la paternidad por la autoridad competente, los hijos de parejas homoparentales son sujetos de las reglas generales aplicables a los hijos concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho estatuto.*

*Sobre este particular, concluye la Corte **‘Por lo tanto, la Sala Plena considera que en aras de preservar el derecho a la igualdad de los niños que forman parte de familias diversas, por analogía, se deben extender dichas presunciones cuando se trata del reconocimiento de la paternidad, la nacionalidad y, sobre todo, la personalidad jurídica de los menores de edad.’** (Negrilla fuera de texto).*

*Así las cosas, se hace necesario que los funcionarios con facultad registral una vez se les solicite la inscripción de un menor hijo de parejas del mismo sexo, cuando se trate de hijos habidos dentro del matrimonio o de una unión marital de hecho debidamente declarada, para lo cual bastará la afirmación que de la misma realicen los padres o madres del menor, se actúe y dé aplicación en igualdad de condiciones a los requisitos generales que la ley establece, en particular a la presunción contenida en el artículo 213 del Código Civil. Por último, en los casos de hijos legítimos cuando hagan presencia uno o ambos padres (familias heteroparentales y homoparentales) tal declaración de filiación deberá consignarse en el libro de varios, con la debida firma del funcionario que lo autoriza y el declarante.”*

62. Si bien, en principio se podría advertir que la decisión adoptada por la Registraduría busca reconocer la igualdad de garantías entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, terminó limitando esta condición a lo contemplado en el artículo 213 del Código Civil<sup>80</sup>, sin embargo, la Corte en la SU-696 de 2015, no limitó la protección a lo contemplado en dicha disposición, pues la protección otorgada se estableció en los siguientes términos:

*“En ese sentido, por ejemplo como fue resaltado por diferentes intervinientes, los notarios podían aplicar por analogía la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil y extender sus efectos a la solicitud de registro civil presentado por Antonio y Bassanio quiénes, como pareja legamente reconocida y cuya paternidad ya fue declarada por una autoridad competente en el extranjero, son sujetos de las reglas generales de los hijos concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho Estatuto.*

---

<sup>80</sup> “Artículo 213. Presunción de legitimidad. <artículo modificado por el artículo 1 de la ley 1060 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”

*Así, aunque este Tribunal entiende la prudencia en la actuación de los funciones notariales ya que sus actuaciones deben observar estrictos límites legales y constitucionales, la Sala encuentra que existen posibilidades, dentro de su marco competencial, que podían brindar una solución oportuna que protegiera los derechos de los menores de edad a tener una familia y a preservar su interés superior.”*

63. De esta manera, la Corte no redujo la protección a lo dispuesto en el artículo 213 del Código Civil, sino a los requisitos establecidos de manera general en las disposiciones legales, ordenando la Registraduría implementar un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “*padre*” y “*madre*” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con **los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño.**

64. Así, la regulación expedida se restringió a un caso particular, desconociendo que la Corte lo que realmente pretendió fue establecer un remedio estructural frente a los derechos de los menores de edad a tener una familia diversa, que como se explicó en la parte motiva de esta sentencia cuenta con una protección constitucional a partir de la interpretación que ha hecho esta Corporación del artículo 42 superior, por lo que en este caso el trato diferente no tiene una justificación constitucionalmente válida.

65. El interpretar la decisión adoptada por la Corte de la forma en que lo hizo la Registraduría resulta excluyente respecto de las otras formas de registro reconocidas en la ley, lo que lleva a que la medida no cuente con un fin constitucionalmente válido; tampoco resulta adecuada para alcanzar un propósito que se buscaba en la SU-696 de 2015, dado que terminó por restringir la interpretación dada por la Corte a un caso particular, dejando de lado el examen de las demás disposiciones legales que regulan la materia; y de ninguna manera es necesaria, pues evidentemente la Registraduría debió valorar los otros medios de registro para alcanzar una verdadera igualdad entre las familias heteroparentales y las homoparentales.

66. En consecuencia, a pesar de que la Registraduría actuó a partir de lo dispuesto en la SU-696 de 2015, aplicando una interpretación legal que consideró legítima, generó un espectro de desprotección al limitar la posibilidad de registro únicamente a aquellas parejas homosexuales que estuvieran casadas o en unión marital debidamente declarada al momento del nacimiento del hijo que se pretende registrar, aspecto que desconoce el derecho a la igualdad, dado que la sentencia de unificación referida dejó abierta la posibilidad de acudir a todo el ordenamiento normativo para alcanzar la protección de los menores de edad a tener una familia, no ser separado de ella y al reconocimiento de su personalidad jurídica a partir de su realidad, que en este caso obedece a que el núcleo familiar lo conforman *MLMP* y *RMF* como madres, junto a *AOMP*, en su condición de hija.

67. En cuanto a los derechos a la personalidad jurídica y a tener una familia y no

ser separado de ella, es importante destacar que en este caso, al margen de un vínculo jurídico o de consanguinidad, se han generado una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que identifican a *AOMP* con su núcleo familiar, conformado por *MLMP* y *RMF*, relación que se ha mantenido estable desde el año 2011, cuando tomaron la decisión de procrear y se ha mantenido hasta la fecha, es decir, más de 8 años desde la decisión de concebir y 6 años de vida de la menor. En este sentido, han manifestado:

*“Nuestra relación siempre ha sido estable e inició en el año 2011, no hicimos declaración civil, porque queremos casarnos, cuando el matrimonio se hizo legal, y quisimos hacerlo, a MLMP le pidieron hacer un inventario solemne de bienes, lo que nos parece absurdo, pues la niña fue planeada por las dos.”*<sup>81</sup>

68. En consecuencia, para la Sala es claro que no se trata de construir una igualdad sobre la negación absoluta de los derechos de las familias diversas, sino de reconocer que *AOMP*, como cualquier otro menor de edad que forma parte de una familia heterosexual, tienen derecho a un trato digno y respetuoso por parte del Estado, por lo que corresponde al juez constitucional garantizar los derechos de la menor a tener una familia y a la personalidad jurídica, dadas las especiales circunstancias que rodean su situación personal.

69. En este contexto, y de acuerdo a lo dispuesto en la SU-696 de 2015, en aplicación del principio *pro persona*, bajo el actual formato no es posible la corrección de *MLMP* y *RMF* como madres de *AOMP*, atendiendo los requisitos establecidos en la ley.

### *Órdenes a impartir*

70. Teniendo en cuenta que la Registraduría Nacional del Estado Civil es la entidad encargada del registro civil e identificación de los colombianos (art. 266.2 C. Pol.). A su vez, el registro civil es un instrumento que de manera detallada y fidedigna deja constancia de los hechos relativos a la identidad, filiación y estado civil de las personas, desde que nacen hasta que mueren, donde se encuentra evidentemente la inscripción de nacimientos, reconocimientos de hijos, entre otros.

71. En esta medida, atendiendo a las consideraciones hechas en esta providencia la Registraduría deberá proceder a: i) corregir el registro civil de nacimiento de *AOMP* incluyendo a *RMF* como su madre, de acuerdo a alguno de los supuestos señalados en la Circular Única de Registro e Identificación para hijos extramatrimoniales reconocidos (3.5.2.1); ii) actualizar la Circular Única de Registro Civil e Identificación de acuerdo a los lineamientos expuestos en esta sentencia, teniendo en cuenta que su función es facilitar la vida de los colombianos, en lugar de establecer trabas que hagan inocuo el adecuado ejercicio de la buena administración.

### **III. DECISIÓN.**

---

<sup>81</sup> Folio 27 cuaderno de instancia.

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

**RESUELVE:**

**Primero. REVOCAR** la sentencia del 10 de julio de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la sentencia del 06 de junio de 2019 por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, que negó el amparo de los derechos invocados por *MLMP* y *RMF*, en su nombre y en representación de su hija *AOMP* y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo a los derechos fundamentales de la menor a la igualdad, a tener una familia, a no ser separado de ella y a la personalidad jurídica.

**Segundo. ORDENAR** a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que en el término de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta decisión corrija el registro civil de nacimiento de *AOMP* incluyendo a *RMF* como su madre, de acuerdo a alguno de los supuestos señalados en la Circular Única de Registro e Identificación para hijos extramatrimoniales reconocidos (3.5.2.1), en atención a lo dispuesto en esta decisión y lo consagrado en la SU-696 de 2015.

**Tercero. ORDENAR** a la Registraduría Nacional del Estado Civil que dentro de los treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, actualice la Circular Única de Registro Civil e Identificación (2019), en los términos indicados en esta decisión y la sentencia SU-696 de 2015, esto es, otorgando las mismas garantías que se otorgan a familias heteroparentales en relación con el registro civil de nacimiento.

**Cuarto. INVITAR** a la Defensorías Delegadas para Asuntos Constitucionales y Legales y para la Infancia, la Juventud y Adulto Mayor de la Defensoría del Pueblo y a la Superintendencia de Notariado y Registro para que acompañen y le hagan seguimiento a la implementación de las medidas descritas en la orden anterior.

**Quinto. LIBRENSER** por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS  
Magistrado Ponente

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General