

**ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE TUTELA Y CONTRA SENTENCIA DE REVISION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Improcedente / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA - Cuando se presume una vulneración de derechos fundamentales dentro de un proceso de revisión por posibles vicios de procedimiento**

La Corte Constitucional estableció como uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que la misma no se dirija contra una sentencia proferida en sede de tutela... admitir la posibilidad de demandar un fallo de tutela nuevamente mediante el mismo mecanismo generaría que los asuntos fueran discutidos indefinidamente, lo cual atenta contra los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada y causa un perjuicio de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita... en relación con la procedencia de la acción de tutela contra sentencias proferidas en revisión, debe precisarse que la Corte Constitucional es la encargada de revisar las sentencias de tutela y unificar la jurisprudencia como órgano de cierre, lo que excluye la posibilidad de que los fallos que profieran sean demandados... si bien es cierto la acción de tutela es improcedente para controvertir un fallo proferido en la misma sede, también lo es que la presunta vulneración de derechos fundamentales dentro de un proceso es susceptible de ser estudiada y eventualmente protegida mediante la acción de tutela, siempre y cuando la parte demandante no cuente con otros mecanismos de defensa judicial. En ese orden de ideas, la presente acción es procedente para analizar los posibles vicios de procedimiento en que haya podido incurrir la Corte Constitucional dentro del proceso T-4.167.863 y sus acumulados, puesto que la actora ya agotó los mecanismos que tenía a su disposición.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la improcedencia de la acción de tutela contra sentencia de tutela, ver la sentencia SU-1219 de 2001. Se ha admitido la procedencia excepcional en tres casos específicos, al respecto ver la sentencia T-951 de 2013. Asimismo, cuando la sentencia es proferida por la Corte Constitucional, en sala plena o salas de revisión de tutela, en ningún caso es procedente la acción de tutela, para el efecto consultar la sentencia SU-627 de 2015.

**IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES - Finalidad / IMPEDIMENTO EN SEDE TUTELA - Es potestativo del juez declararlo o no si considera que se encuentra en una de las causales previstas en la ley / RECUSACION EN SEDE TUTELA - No es procedente en ningún caso / IMPROCEDENCIA DE LA RECUSACION EN SEDE TUTELA - Se busca impedir actuaciones dilatorias**

Los impedimentos y las recusaciones tienen su razón de ser en los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que deben regir la administración de justicia. Con ellos se busca que el funcionario judicial -bien sea de forma voluntaria o a petición de parte - se aparte del proceso en el que pueda tener alguna clase de interés, de conformidad con las causales fijadas taxativamente en la ley... el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 dispuso que en ningún caso es procedente la recusación y que el juez deberá declararse impedido cuando se encuentre dentro de las causales señaladas en el Código de Procedimiento Penal... dentro de la acción de tutela no es procedente la institución procesal de la recusación, por lo que a los magistrados de la Corte Constitucional no les asiste la obligación de pronunciarse en relación con los mismos... solo si los magistrados consideraban que se encontraban en alguna causal de impedimento... debían declararse impedidos, pues la decisión incumbía directamente a aquellos funcionarios judiciales.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 39

**RECUSACION A MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Relacionada con la competencia para permitir el matrimonio civil de parejas del mismo sexo. No es causal de impedimento / DEFECTO PROCEDIMENTAL - No se configura**

De las solicitudes de recusación presentadas por la Fundación, se observa que el argumento principal se centra en la competencia de la Corte Constitucional para permitir el matrimonio civil para parejas del mismo sexo, lo cual no constituye una causal de impedimento, sino que corresponde al debate de fondo del proceso en sede de revisión... aun cuando la recusación no fue instituida para el trámite de tutela, los magistrados pueden acoger la petición y declararse impedidos si así lo consideran. No obstante, ello no implica que el pronunciamiento se convierta en una obligación, pues de ser así carecería de sentido la prohibición de la recusación, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad es que la tutela se revuelva con celeridad... En consecuencia, no se advierte que la Corte Constitucional haya incurrido en un vicio procedimental respecto a las solicitudes de recusación presentadas, puesto que no estaba obligado a pronunciarse sobre ellas.

**INCIDENTE DE NULIDAD - Características / INCIDENTE DE NULIDAD - No es un recurso adicional o una tercera instancia / INCIDENTE DE NULIDAD - Incidentes interpuestos por la actora han sido rechazados por improcedentes / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Ausencia de vulneración**

Contra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Sin embargo, se puede solicitar la nulidad de los procesos antes del fallo por irregularidades procesales que vulneren el debido proceso... La nulidad procederá de forma excepcional cuando se demuestre la vulneración del debido proceso por inaplicación de las normas procesales... por incurrir en vicios que impliquen una afectación al referido derecho fundamental o porque se dejaron de analizar asuntos de relevancia constitucional. La afectación debe ser ostensible, trascendental y tener efectos directos sobre la decisión adoptada... el incidente no puede ser utilizado para debatir nuevamente los argumentos expuestos dentro del proceso como si se tratara de un recurso adicional o de una tercera instancia.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2067 DE 1991 - ARTICULO 49

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA - Cuando el proceso se encuentra en trámite / ACCION DE TUTELA - No es un mecanismo paralelo de protección de derechos / COMUNICADOS DE PRENSA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - No producen efectos jurídicos**

La actora manifestó que la Corte Constitucional vulneró sus derechos fundamentales al aceptar por votación mayoritaria el matrimonio civil entre personas del mismo sexo... se debe tener en cuenta... que en ningún caso es procedente la acción de tutela cuando el proceso se encuentra en trámite, puesto que la misma no es un mecanismo paralelo de protección de derechos fundamentales, sino que goza de un carácter subsidiario... la actora pretende controvertir la decisión adoptada dentro del trámite de revisión, la cual se reflejará en la sentencia que se dicte dentro del expediente T-4.167.863 y los procesos acumulados... Lo anterior no quiere decir que la decisión de la Corte Constitucional produzca efectos jurídicos desde el momento de la votación

realizada en Sala Plena, pues sólo lo hará hasta que se profiera el fallo. En efecto, aun cuando se haya expedido el comunicado de prensa para informar a la comunidad, debe recordarse -como esta Corporación lo ha señalado en anteriores oportunidades- que los referidos comunicados no son vinculantes.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo del dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01202-00(AC)**

**Actor: FUNDACION MARIDO Y MUJER**

**Demandado: SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la acción de la referencia.

## **HECHOS RELEVANTES**

### **a) Matrimonio igualitario**

El 7 de abril de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional discutió el expediente T-4167869 y los procesos acumulados relacionados con las actuaciones de los jueces y notarios al momento de formalizar el vínculo solemne de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Una vez el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub expuso su ponencia se realizó la votación para su aprobación. No obstante, la misma no logró la mayoría de votos necesarios, por lo que el nuevo proyecto quedó a cargo del magistrado Alberto Rojas Ríos.

### **b) Inconformidad**

La Fundación Marido y Mujer afirmó que la Corte Constitucional vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y petición, por: 1) omitir pronunciarse sobre las solicitudes de declaratoria de impedimentos de los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Iván Palacio Palacio y de los incidentes de nulidad presentados y 2) admitir el matrimonio civil para parejas del mismo sexo a pesar de que el Congreso de la República es el único que tiene competencias legislativas.

## **PRETENSIONES**

Solicitó se amparen los referidos derechos fundamentales. En consecuencia, se subsane el procedimiento y los vicios que afectan el debido proceso.

## **CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO**

### **Veeduría Ciudadana (fls. 72-77)**

El representante de la Veeduría, Julio Roberto Cedano Ricaurte, solicitó se tenga a la entidad como coadyuvante de la actora por tener interés en el resultado del proceso y reiteró la solicitud de las medidas cautelares, para evitar un indebido ejercicio por parte de los magistrados que pretenden adoptar una decisión contraria a derecho y que desconocen la jerarquía de las fuentes formales del derecho.

Consideró que la posición adoptada por la Corte Constitucional va más allá de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y está en contravía del artículo 115 del Código Civil, la cual fue aplicada por jueces y notarios para la celebración del contrato de matrimonio civil.

Recordó que el artículo 42 de la Constitución Política y la Ley 1361 de 2009 definió que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Sostuvo que la Sala Plena de la referida Corporación no puede desconocer los artículos 230 y 4º de la Constitución Política ni su propia jurisprudencia, específicamente la Sentencia C-577 de 2011.

### **Red de Familia Colombia (f. 116)**

La representante legal de La Red de Familia Colombia, Ana María Ramírez Valderrama, solicitó se reconozca a la entidad como coadyuvante de la Fundación Marido y Mujer. Manifestó que se adhiere a los argumentos, pretensiones, solicitud de medidas cautelares y fundamentos de derecho expuestos por la actora.

### **Corte Constitucional (fls. 126 y 127)**

La presidente de la Corte Constitucional, magistrada María Victoria Calle Correa, informó que el 7 de abril de 2016 se discutió en la Sala Plena la ponencia presentada por el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub dentro del expediente T-4167863 y los procesos acumulados, sobre las actuaciones de jueces y notarios al formalizar el vínculo solemne entre parejas del mismo sexo.

Relató que la ponencia no alcanzó la mayoría de votos necesaria para ser aprobada, por lo que se dio aplicación al artículo 34 del Reglamento Interno de la Corporación, esto es, la elaboración de un nuevo proyecto, el cual quedó a cargo del magistrado Alberto Rojas Ríos.

Afirmó que la nueva ponencia fue puesta a consideración de la Sala Plena y que en ella se decidió que los jueces de Colombia no violan el orden constitucional vigente al casar a personas del mismo sexo por aplicación analógica de la institución del matrimonio regulada en el Código Civil. Por el contrario, usan competencias legítimas para proteger los derechos de las personas del mismo sexo.

Informó que la ponencia indica que se vulnera el derecho a la familia cuando los notarios celebran uniones solemnes innominadas, pues dicha institución no existe en el ordenamiento e implica una desprotección para aquellas.

Manifestó que en los procesos de tutela no es procedente la recusación, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 y que los magistrados a

los que se hizo referencia no se declararon impedidos al considerar que no estaban incurso en ninguna causal. Igualmente, sostuvo que no es procedente la acción de tutela contra sentencias de tutela.

### **Procuraduría General de la Nación (fls. 170-177)**

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado, Cristina de Victoria, solicitó acceder a las pretensiones formuladas por la parte actora. Aclaró que la tutela no se dirige a discutir una sentencia proferida en la misma sede, sino contra las irregularidades ocurridas en el trámite, máxime si se tiene en cuenta que al momento de su interposición no se había proferido aun sentencia definitiva.

Declaró que la Fundación Marido y Mujer censura el principio de decisión, el cual no es equiparable con la sentencia definitiva, ya que los fallos deben cumplir con las formalidades determinadas en los artículos 56 de la Ley 270 de 1996 y 279 del Código General del Proceso, como son su expedición y la firma del juez o magistrados respectivos.

Agregó que es necesario discutir la improcedencia de la tutela contra tutela, puesto que es insostenible el argumento de que una sentencia judicial pueda violar derechos fundamentales, pero una de tutela proferida por la Corte Constitucional no.

Aclaró que si bien es cierto dentro del trámite de la acción de tutela no es posible recusar, también lo es que el legislador ha dispuesto la procedencia de los impedimentos. Por lo tanto, el juez está en la obligación de manifestar el impedimento cuando esté incurso en él.

Señaló que el Consejo de Estado se ha pronunciado expresamente sobre los eventuales impedimentos que se presenten contra los magistrados dentro de acciones de tutela. Añadió que –como lo alegó la actora- en el expediente de tutela T-3.130.813 se formuló incidente de nulidad contra la sentencia frente al cual y ante solicitud de parte, el magistrado Alberto Rojas Ríos decidió proponer impedimento a consideración de la Sala Plena.

Expuso que se vulneraron los derechos fundamentales del actor, pues la Corte Constitucional transgrede la función legislativa como en efecto lo indicó la misma

Corporación en la Sentencia C-577-2011, que goza de los efectos de la cosa juzgada.

Consideró que la accionada desconoce el artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que dispone que los fallos de tutela solo tienen efectos *inter partes* y que su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Señaló que la acción de tutela es procedente, debido a que no existe otro mecanismo de defensa judicial y no hay carencia actual de objeto.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional<sup>1</sup> y el Consejo de Estado<sup>2</sup> ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, entre otras, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

---

<sup>1</sup> Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

<sup>2</sup> En la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 (Exp. No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dispuso la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales siempre y cuando se respetara el principio de autonomía del juez natural, y se cumplieran los requisitos generales y específicos establecidos por la Corte Constitucional.

Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. En lo atinente a las causales específicas de procedencia, el escrito de la acción constitucional debe acreditar al menos una de las causales, para que el juez de tutela acceda al amparo invocado.

### **Problema Jurídico**

El problema jurídico en esta instancia se puede resumir en las siguientes preguntas:

1. ¿La presente acción de tutela es procedente para discutir los vicios de procedimiento alegados por el accionante dentro del proceso de revisión del expediente T-4.167.863 y los acumulados?

En caso de una respuesta positiva, se deberán resolver los siguientes interrogantes:

- 1.1 ¿los magistrados de la Corte Constitucional estaban obligados a pronunciarse frente a las recusaciones presentadas por la Fundación Marido y Mujer?
  - 1.2 ¿La Corte Constitucional resolvió los incidentes de nulidad presentados el 14 y el 20 de abril de 2016 por la actora?
  - 1.3 ¿La Corte Constitucional debió resolver el incidente de nulidad por indebida notificación presentado por la actora el 27 de abril de 2016 antes de someter a votación la ponencia presentada por el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub dentro del expediente T-4.167.863 y sus acumulados?
2. ¿La presente acción de tutela es procedente para discutir la posición asumida por la mayoría de los magistrados de la Sala Plena de la Corte Constitucional consistente en permitir el matrimonio civil entre personas del mismo sexo?

Para resolver el problema así planteado se abordarán las siguientes temáticas: 1) Improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y de revisión de la Corte Constitucional: los vicios de procedimiento alegados, 2) impedimentos y recusaciones en sede de tutela: las recusaciones presentadas por la actora, 3) incidente de nulidad: incidentes interpuestos por la actora y 4) improcedencia de la acción de tutela para debatir la posición asumida por la Corte Constitucional. Veamos:

### **1. Improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y de revisión por la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional estableció como uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que la misma no se dirija contra una sentencia proferida en sede de tutela, pues de ser así, aquella es improcedente.

Dicha Corporación ha sostenido que admitir la posibilidad de demandar un fallo de tutela nuevamente mediante el mismo mecanismo generaría que los asuntos fueran discutidos indefinidamente, lo cual atenta contra los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada y causa un perjuicio de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita<sup>3</sup>.

A pesar de lo anterior, ha admitido su procedencia excepcional cuando 1) la acción presentada no comparte identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, 2) se prueba que la decisión adoptada fue producto de fraude y 3) no exista otro mecanismo legal para resolver la situación<sup>4</sup>.

El máximo tribunal constitucional<sup>5</sup> no ha desconocido los posibles yerros en que puede incurrir el juez de tutela, por el contrario ha señalado que los mismos se pueden corregir a través de otros mecanismos de control del fallo, como lo es, la impugnación y la revisión eventual realizada por la Corte Constitucional, consagrados en el artículo 86 de la Constitución Política.

---

<sup>3</sup> Sentencia SU-1219 de 2001.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Ibídem. Ver entre otras Sentencia T-951 de 2013.

<sup>5</sup> Sentencia T-353 de 2012.

Ahora, en relación con la procedencia de la acción de tutela contra sentencias proferidas en revisión, debe precisarse que la Corte Constitucional es la encargada de revisar las sentencias de tutela y unificar la jurisprudencia como órgano de cierre, lo que excluye la posibilidad de que los fallos que profieran sean demandados, pues ello implicaría una dilación injustificada que iría en contravía de la protección de los derechos fundamentales, fin esencial de la mencionada acción constitucional<sup>6</sup>.

Recientemente, en Sentencia SU-627 de 2015 se precisó que cuando la sentencia es proferida por la Corte Constitucional (Sala Plena o Salas de Revisión de Tutela) no admite ninguna excepción. Por lo tanto, en ningún caso procede la acción de tutela contra una sentencia dictada por dicha Corte y únicamente puede presentarse incidente de nulidad contra la misma.

#### **- Los vicios de procedimiento alegados**

La Fundación Marido y Mujer afirmó que la Corte Constitucional vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y petición, por: 1) omitir pronunciarse sobre las solicitudes de declaratoria de impedimentos de los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Iván Palacio Palacio y del incidente de nulidad presentado y 2) admitir el matrimonio civil para parejas del mismo sexo a pesar de no ser de su competencia.

Sobre el particular, se advierte que la actora pretende controvertir dos aspectos: uno eminentemente procesal y otro relacionado con el fondo de la decisión. Por lo tanto, se analizará de forma separada la procedencia de la acción de tutela frente a cada uno.

En relación con el primer punto, es necesario advertir que si bien es cierto la acción de tutela es improcedente para controvertir un fallo proferido en la misma sede, también lo es que la presunta vulneración de derechos fundamentales dentro de un proceso es susceptible de ser estudiada y eventualmente protegida mediante la acción de tutela, siempre y cuando la parte demandante no cuente con otros mecanismos de defensa judicial.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-218 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

En ese orden de ideas, la presente acción es procedente para analizar los posibles vicios de procedimiento en que haya podido incurrir la Corte Constitucional dentro del proceso T-4.167.863 y sus acumulados, puesto que la actora ya agotó los mecanismos que tenía a su disposición.

## **2. Impedimentos y recusaciones en sede de tutela**

Los impedimentos y las recusaciones tienen su razón de ser en los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que deben regir la administración de justicia. Con ellos se busca que el funcionario judicial —bien sea de forma voluntaria o a petición de parte— se aparte del proceso en el que pueda tener alguna clase de interés, de conformidad con las causales fijadas taxativamente en la ley.

En relación con las referidas instituciones procesales en sede de tutela, el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 dispuso que en ningún caso es procedente la recusación y que el juez deberá declararse impedido cuando se encuentre dentro de las causales señaladas en el Código de Procedimiento Penal.

La decisión de prohibir la recusación dentro del trámite de tutela se obedece a su naturaleza, pues su objetivo principal es la protección inmediata de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Así, dicha acción está regida por el principio de celeridad y en esa medida se buscan impedir actuaciones dilatorias dentro del proceso que impidan su fin último.

Sin embargo, lo anterior no implica que el juez no deba declararse impedido, por el contrario, la norma le impone esa obligación cuando considere que se encuentra en una de las causales previstas por la ley. De allí que el citado artículo expresamente dicte tal imperativo “[...] *so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente [...]*”.

Por lo tanto, no puede concluirse que el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 implique un desconocimiento de los principios de imparcialidad, independencia y transparencia de la administración de justicia, ni mucho menos una transgresión al derecho al debido proceso.

- **Recusación presentada por la actora**

La Fundación Marido y Mujer sostuvo que la Corte Constitucional, específicamente los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Iván Palacio Palacio incurrieron en un vicio procedimental al no pronunciarse sobre la “solicitud de impedimento” que presentó en su contra.

Pues bien, dentro del expediente está demostrado que el 18 de noviembre de 2015, la actora presentó recusación contra los referidos magistrados por las siguientes razones (fls. 57 y 58):

*“[...] si el juez ha conocido de la misma materia en litigio, en ocasiones procesales previas, no puede ahora conocer nuevamente y decidir de fondo sobre la misma materia, por lo que se les solicita acatamiento al imperio de la Constitución y la Ley y como consecuencia de ello, apartarse de decidir del asunto en cuestión.*

*Además, téngase en cuenta, que el artículo 114 de la Constitución Política establece que es sólo y sólo competencia del Constituyente derivado, es decir, el Congreso de la República, mediante Acto Legislativo que puede modificar el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia que trata de la familia y el matrimonio. Igualmente el Código Civil en el artículo 113 reproduce el precepto constitucional. Por el cual, una actuación contraria de la Sala Plena de la Corte Constitucional dará lugar al presunto delito de prevaricato por acción [...]”*

Igualmente, está probado que el 14 de abril de 2016 presentó “recurso de impedimento contra seis Magistrados Corte Constitucional” ante la Presidencia de la Corte Constitucional en los siguiente términos (fls. 23 y 24):

*“se ratifica e interponen de nuevo los argumentos y recurso de impedimento manifestados contra los Magistrados María Victoria Calle, Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Iván Palacio Palacio [...]”*

*Por cuanto, los Magistrados acusados aquí ya han hecho manifestación previa en el caso del trámite de la Sentencia C-577/2011, en el Salvamento*

*(sic) de voto y lo que se está tramitando en éste preciso momento es revisión de tutela, luego aplica el reglamento de tutela.*

*Se ha interpuesto denuncia penal y disciplinaria contra los seis Magistrados que el pasado jueves 07 de Abril (sic), han votado en contra de la Ponencia presentada por el Magistrado Pretel [...].”*

El 20 del mismo mes y año, la actora nuevamente solicitó que se declararan impedidos los referidos magistrados y adicionalmente requirió (fls. 155 y 156):

*“[...] se pide a todos los nueve Magistrados, se declaren incompetentes, por falta de legitimación en la causa, por cuanto la Corte carece de competencia constitucional como se verifica en el Capítulo IV de la Constitución Política, y ninguna Ley ha arrojado a la Corte de competencias propias del legislativo [...].”*

Lo primero que se advierte es que —como quedó expuesto en el acápite anterior— dentro de la acción de tutela no es procedente la institución procesal de la recusación, por lo que a los magistrados de la Corte Constitucional no les asiste la obligación de pronunciarse en relación con los mismos.

Así las cosas, se precisa que solo si los magistrados consideraban que se encontraban en alguna causal de impedimento por haber *“hecho manifestación previa en el caso del trámite de la Sentencia C-577/2011”* debían declararse impedidos, pues la decisión incumbía directamente a aquellos funcionarios judiciales.

Por otra parte, de las solicitudes de recusación presentadas por la Fundación, se observa que el argumento principal se centra en la competencia de la Corte Constitucional para permitir el matrimonio civil para parejas del mismo sexo, lo cual no constituye una causal de impedimento, sino que corresponde al debate de fondo del proceso en sede de revisión.

Ahora bien, la parte actora manifestó que existen antecedentes, como en el trámite de la Sentencia T-841 de 2011, en los que ante solicitudes de ciudadanos los magistrados acogieron la solicitud de declararse impedidos.

Al respecto, es pertinente resaltar que en efecto aun cuando la recusación no fue instituida para el trámite de tutela, los magistrados pueden acoger la petición y declararse impedidos si así lo consideran. No obstante, ello no implica que el pronunciamiento se convierta en una obligación, pues de ser así carecería de sentido la prohibición de la recusación, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad es que la tutela se revuelva con celeridad.

A pesar lo anterior, se precisa que el 28 de abril de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció expresamente sobre la solicitud presentada el 14 de abril de 2016 por la Fundación Marido y Mujer, la cual rechazó por impertinente en los siguientes términos (fls.258-260):

*“[...] El artículo 39 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 99 del Acuerdo 05 de 1992, es inequívoco en determinar que: `en ningún caso será procedente la recusación` en los juicios de tutela, ni en sus instancias, ni en el trámite especial de revisión que se surta ante esta Corporación (C.P. art. 241-9) [...]”*

En consecuencia, no se advierte que la Corte Constitucional haya incurrido en un vicio procedimental respecto a las solicitudes de recusación presentadas, puesto que no estaba obligado a pronunciarse sobre ellas, a pesar de lo cual mediante providencia del 28 de abril de 2016 decidió resolver la petición del 14 del mismo mes y año.

#### **4. Incidente de nulidad**

El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 dispone que contra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Sin embargo, se puede solicitar la nulidad de los procesos antes del fallo por irregularidades procesales que vulneren el debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de que se presente incidente de nulidad contra las sentencias de revisión de acciones de tutela.

La nulidad procederá de forma excepcional cuando se demuestre la vulneración del debido proceso por inaplicación de las normas procesales, específicamente los Decretos 2591 y 2067 de 1991, por incurrir en vicios que impliquen una afectación

al referido derecho fundamental o porque se dejaron de analizar asuntos de relevancia constitucional. La afectación debe ser ostensible, trascendental y tener efectos directos sobre la decisión adoptada.

Por lo tanto, el incidente no puede ser utilizado para debatir nuevamente los argumentos expuestos dentro del proceso como si se tratara de un recurso adicional o de una tercera instancia.

Adicionalmente, aquel debe cumplir con los siguientes requisitos formales: a) debe presentarse dentro de los 3 días siguientes a la notificación del fallo adoptado y b) si el vicio alegado ocurrió antes de la sentencia, la petición debe presentarse antes de que la Sala de Revisión dicte la misma.

#### **- Incidentes de nulidad interpuestos por la actora**

La Fundación Marido y Mujer aseguró que la Corte Constitucional vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y petición porque omitió resolver los incidentes de nulidad interpuestos.

El 14 de abril de 2016, la referida Fundación solicitó la nulidad procesal en el trámite de revisión de tutela por lo siguiente (fls. 25-34):

*“[...] se han vulnerado los requisitos procedimentales establecidos en las normas superiores y en el Acuerdo 02 del 22 de Junio (sic) de 2015, al impedir la adecuada deliberación entre la decisión mayoritaria de los miembros de la Sala Plena sobre la ponencia inicial debidamente sustentada del Magistrado Jorge Pretelt Chaljub y el plazo señalado por los actos de sustanciación establecidos para la presentación y consideración de la nueva ponencia [...]*

*[S]e vulnera el debido proceso, al pretender adoptar una decisión en este proceso, cuando precisamente uno de los tutelantes expresó el desistimiento expreso de su tutela, al haber desistido de su voluntad de contraer matrimonio [...]*”

El 28 de abril de la misma anualidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional rechazó por improcedente la solicitud de nulidad, al considerar (fls. 261-267):

*“[...] el representante legal de la Fundación Marido y Mujer explica las razones por las cuales estima que se ha vulnerado el debido proceso dentro del trámite de tutela en revisión, pero no invoca causal de nulidad alguna, razón por la cual, en el presente caso no se cumplen las condiciones formales de admisibilidad establecidas para instaurar el incidente propuesto.*

*Al efectuar una revisión de los argumentos consignados por el solicitante en el escrito de nulidad, es posible corroborar que no encuadran dentro de ninguna de las causales de nulidad consolidadas por la jurisprudencia constitucional, o en las nulidades procesales de que trata el Código General del Proceso [...]”*

Igualmente, se observa que el 20 de abril de 2016, la Fundación Marido y Mujer radicó un incidente de impacto fiscal, bajo los siguientes argumentos (fls. 147-149):

*“[...] Esta decisión en estudio sobre la ponencia que en sede de revisión de tutela puede decidir aceptar el contrato de matrimonio para formalizar la unión de personas del mismo sexo ante juez o notario es del todo diferente a la ponencia del Magistrado Jorge Prtelts es una decisión que en esta materia de ser adoptada por parte de la Corte Constitucional, no solo va a generar efectos civiles, políticos y patrimoniales en el ámbito del derecho privado y del derecho de familia en contra del artículo 115 del Código Civil [...]”*

El anterior incidente a su vez fue rechazado por improcedente por la Corte Constitucional el 28 del mismo mes y año, quien afirmó que no existe legitimación en la causa por activa y que aquel fue interpuesto de forma extemporánea (fls. 268-270).

Por último, el 27 de abril de 2016, la accionante insistió en la falta de competencia de la Corte Constitucional, en la nulidad por impacto fiscal y solicitó una nueva nulidad por indebida notificación (fls. 160-165).

La referida solicitud aún no ha sido resuelta por la Corte Constitucional; sin embargo, ello no implica una vulneración al derecho fundamental al debido proceso de La Fundación ya que no solo no existe norma expresa que imponga la

obligación de resolverla antes de someter la ponencia a votación, como la actora lo afirma, sino que puede ser resuelta dentro de la sentencia que se profiera<sup>7</sup>.

**- Improcedencia de la acción de tutela para debatir la posición asumida por la Corte Constitucional**

La Fundación Marido y Mujer manifestó que la Corte Constitucional vulneró sus derechos fundamentales al aceptar por votación mayoritaria el matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

Sobre el particular, lo primero que se debe tener en cuenta es que en ningún caso es procedente la acción de tutela cuando el proceso se encuentra en trámite, puesto que la misma no es un mecanismo paralelo de protección de derechos fundamentales, sino que goza de un carácter subsidiario.

Igualmente, es importante aclarar que si bien es cierto en el presente asunto aún el máximo tribunal constitucional no ha expedido el fallo, también lo es que la actora pretende controvertir la decisión adoptada dentro del trámite de revisión, la cual se reflejará en la sentencia que se dicte dentro del expediente T-4.167.863 y los procesos acumulados.

No puede desconocerse que la ponencia que negaba el amparo no superó la mayoría absoluta de los votos de los magistrados, por lo que el nuevo proyecto necesariamente amparará los derechos de las personas del mismo sexo para contraer matrimonio ante jueces y notarios y es precisamente dicha posición la controvertida por la actora.

Lo anterior no quiere decir que la decisión de la Corte Constitucional produzca efectos jurídicos desde el momento de la votación realizada en Sala Plena, pues sólo lo hará hasta que se profiera el fallo. En efecto, aun cuando se haya expedido el comunicado de prensa para informar a la comunidad, debe recordarse -como esta Corporación lo ha señalado en anteriores oportunidades- que los referidos comunicados no son vinculantes.

En ese orden de ideas, no se puede realizar un análisis de fondo sobre el asunto planteado pues ello corresponde únicamente a la Corte Constitucional, quien tiene

---

<sup>7</sup> Ver entre otras Sentencias: C-474/13 y C-683/15.

asignada la competencia para revisar las sentencias de tutela y unificar la jurisprudencia como órgano de cierre; así como garantizar la supremacía y respeto de los mandatos constitucionales, y en esa medida es quien está facultada para interpretar la norma de normas frente a los cambios sociales, políticos y económicos del país.

En consecuencia, la presente acción de tutela no es procedente para analizar la decisión adoptada por la Corte Constitucional dentro del expediente T- T-4.167.863 y los procesos acumulados.

Por los anteriores argumentos, se negará el amparo solicitado por la Fundación Marido y Mujer en relación con los vicios de procedimiento alegados y se rechazará por improcedente en cuanto a la decisión de fondo adoptada por la Corte Constitucional.

***En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,***

### **F A L L A**

**Primero:** Negar el amparo solicitado por la Fundación Marido y Mujer en relación con los vicios de procedimiento alegados, de conformidad con lo aquí expuesto.

**Segundo:** Rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la Fundación Marido y Mujer en cuanto a la decisión adoptada por la Corte Constitucional dentro del expediente T- T-4.167.863 y los procesos acumulados.

**Tercero:** La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación (art. 31 Dcto. 2591 de 1991). Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase el cuaderno original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Cuarto:** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Quinto:** Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

***WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ***

***GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ***

***LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO***