

LA FUNCION NOTARIAL FRENTE A LA SENTENCIA **SU 214/2016** Y CON  
RESPECTO A LAS UNIONES ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

JUAN GONZALEZ ARRIETA  
DERLYS JUDITH CARPIO POLO\*

## RESUMEN.

El presente artículo es un análisis jurídico de la sentencia SU 214 del 2016 y sus implicaciones respecto a la función notarial. Al ordenar la Corte Constitucional a los notarios que procedan a celebrar matrimonios civiles a las parejas del mismo sexo que así lo soliciten, acordándoles el trato igualitario a todos los ciudadanos, se abre el debate acerca de la función judicial que estarían cumpliendo los notarios al momento de entrar a interpretar las normas.

Palabras clave: parejas del mismo sexo, matrimonio, función notarial.

## Abstract

This article is a legal analysis of the sentences SU 214-2016 and its implications regarding

## INTRODUCCION

El concepto de familia heteroparental que había predominado durante gran parte de la historia humana se ha visto recientemente reevaluado con el advenimiento del matrimonio igualitario. Parejas del mismo sexo están buscando que se les reconozca igualdad de derechos en relación a las parejas heterosexuales. En los últimos diez años las parejas homosexuales lograron a través de sendas sentencias, que se les reconocieran derechos patrimoniales (C-075/2007), sustitución pensional (C336/07), afiliación a salud (C811/08) entre otros,- y más recientemente el derecho a casarse a través de la figura del matrimonio civil. Este hecho tiene implicaciones no solo sociales, sino jurídicas, en cuanto a que los notarios, quienes de acuerdo a la ley y en virtud de la función notarial que les viene dada en la misma, deben celebrar el matrimonio de parejas del mismo sexo, aun a pesar de que existe una norma, aún vigente, que regula lo concerniente al matrimonio solo entre parejas heterosexuales. Dicha norma, a saber, el Artículo 113 del Código Civil, sufre un cambio con la sentencia SU 214 del 2016 para abrir cabida a la posibilidad de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. Esto desemboca en una situación especial, en la que La Corte Constitucional hace las veces de legislador.

El presente trabajo se origina a raíz de la Sentencia SU 214 del 2016, en la que la Corte Constitucional reconoce el matrimonio igualitario como un derecho de carácter prestacional para las parejas del mismo sexo.

Dicha sentencia unificadora es la respuesta a una sentencia anterior- la C 577 del 2011, de la misma corporación- que por su ambigüedad en la terminología utilizada dio pie a que, lo que en un principio se pensó cómo el reconocimiento del matrimonio a parejas del mismo sexo, desembocara en toda suerte de interpretaciones, hasta el punto que algunos jueces celebraban matrimonios civiles, mientras que los notarios celebraban contratos que se llegaron a considerar como innominados, siendo denominados en la C 577 como uniones solemnes entre parejas del mismo sexo (Machado Jiménez, 2014).

La SU 214 del 2016 vino a zanjar el asunto, especificando que las parejas del mismo sexo que desearan casarse lo harían a través de la figura del matrimonio civil, ordenando a jueces y notarios regirse por ese lineamiento.

Esto representó para los notarios un cambio en la concepción que de tiempo atrás se tenía de la Función notarial, en tanto que estos, los notarios, están sujetos al cumplimiento de la ley y la ley- la que define el matrimonio en el Art 113 del Código Civil- no ha sido modificada a través del trámite formal en el Congreso de la Republica, sino por via judicial a través de la citada sentencia.

Para entender el alcance de la SU 214 del 2016 y su impacto sobre la función notarial, el presente trabajo se analiza, primero, el concepto de notario y su evolución histórica, luego la función notarial en Colombia y el Ius Connubi en relación a esta y por último, los cambios introducidos por la SU 214 del 2016 en la función notarial.

## 1. Génesis del concepto de Notario.

La figura del notario se conoce desde los orígenes mismos de la civilización. En la antigua Sumeria, los escribanos, quienes era a su vez sacerdotes, redactaban toda suerte de documentos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, pues eran los sacerdotes quienes presidían las contrataciones privadas.

Con los romanos, especialmente a través del Derecho de Justiniano, surge el Tabellio:

Que era un profesional libre, especializado en la redacción de documentos jurídicos. Los tabeliones llegaron a ser expertos conocedores de las leyes y las fórmulas jurídicas, ya que sus funciones iban más allá de la mera redacción de escritos; llegaron a desempeñar el papel de asesores jurídicos, tanto en la formulación de los negocios privados-ventas, testamentos, dotes-como para la confección de instancias, peticiones, declaraciones,

testificaciones y demás documentos probatorios que requerían los tribunales. (Bono, 1979, págs. 44,45)

Es con Carlo Magno, sin embargo, con quien la figura del notario toma fuerza y se desarrolla. Aquí surge el concepto de valor probatorio del instrumento notarial. Más adelante, el emperador Bizantino Leon VI el Filósofo (886-912), hace un estudio, recopilado en su constitución XXV, sobre los tabeliones.

Entre otros, dicho estudio establece las calidades para ser notario:

El que vaya a ser elegido notario debe serlo por votación a juicio del decano y de los demás notarios, de suerte que conozca y entienda las leyes y se distinga por su caligrafía, no resulte locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y buena escritura, para que no se vea fácilmente desconcertado por las escrituras falsas y los signos engañosos (Perez, 1983, pág. 5).

Continúa además con referencias a los conocimientos requeridos para ejercer tal dignidad:

El candidato debe saber de memoria los cuarenta títulos del Manual de la Ley y conocer los sesenta libros de los Basílicos; debe haber estudiado también la Enciclopedia a fin de no cometer falta en la redacción o incurrir en error de lectura. Que se le dé tiempo suficiente para mostrar su capacidad intelectual y física. Prometa por escrito de su mano que no ha de ser negligente, y si falta, sea expulsado de su puesto, que no se le promueva a aquel puesto por favor, recomendación, parentesco o amistad, sin o por virtud, conocimiento y plena aptitud para todas sus funciones. (Perez, 1983, pág. 5)

Durante el transcurso de los años, el concepto de notario se adaptó a las necesidades imperantes de la época. Para el referente colombiano, el modelo proviene de los notarios

españoles, regulados en el Fuero General de Jaca y el Fuero Real de Castilla (1255), que le otorgaron a la carta sellada por notario la máxima autoridad.

Así mismo, Las partidas del rey Alfonso X el Sabio consideraban al notariado como una función pública y regularon su actuación con bases que se mantuvieron vigentes hasta la ley de unificación de 1862.

Efectivamente, el trabajo del notario ha sido considerado históricamente como una función de orden público. En Colombia, en reiteradas ocasiones la Honorable Corte Constitucional ha reiterado (Corte Constitucional, C 863, 2012), conforme a lo establecido en el Art. 131 de la Constitución Política, el carácter de servicio público que tiene la función notarial, que aunque prestado por un particular, se encuentra, no obstante, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado.

La función notarial se analizara a lo largo de este trabajo, tanto como concepto como desde la relación que tiene con respecto de las uniones de parejas del mismo sexo.

## 2. Función notarial en Colombia con relación al contrato de matrimonio.

En este aparte se analizaran los conceptos de función notarial y Ius Connubi, así como la relación de uno y otro, de tal manera que se pueda establecer el rol legal del notario cuando otorga una escritura matrimonial.

De igual forma, estudiaremos el concepto de la función notarial implícito en la SU 214 del 2016, en contraste con el decreto 960 de 1970.

Por último, estudiaremos la función notarial frente a un derecho que la Corte define como derecho de contenido prestacional

La función notarial es un tema ampliamente debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Se pasa por quienes consideran que el notario es un funcionario público, habida cuenta que cumple funciones públicas, hasta aquellos que, en contraposición, afirman que es un particular y que

actúa como lo hace un abogado en el ejercicio independiente de la profesión o como el médico, el ingeniero o cualquier otro profesional. Afirman que solamente en virtud de la importancia y repercusión de sus actos frente a la comunidad, el Estado se ocupa de manera especial de su profesión, es por ello que la reglamenta prolija y detalladamente (Martínez, 1961, pág. 40 )

Determinar la naturaleza de la función legal del notario no es un acto meramente académico y caprichoso. Saber si, en efecto, el notario es o no funcionario público tiene incidencias prácticas con respecto de temas sensibles, tales como el de las responsabilidades. Siendo un funcionario público, vendría a significar que el Estado responde de las acciones u omisiones de los notarios, en tanto que siendo particulares, los notarios responden con su propio patrimonio.

En Colombia se ha mantenido una posición ecléctica, una suerte de mezcla entre ambas corrientes. En efecto, se les considera particulares que cumplen una función pública. Así lo dijo el Consejo de Estado al afirmar que “la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado”. (Sentencia C 181, 1997)

La Corte Constitucional también ha hecho lo propio. De acuerdo a la jurisprudencia de la institución;

La actividad notarial es considerada por el orden jurídico como un servicio público (Art. 131 C.P.) en razón a que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, bien sea que se preste por el Estado o por los particulares. Los servicios públicos, según nuestro ordenamiento jurídico, son inherentes a la finalidad social del Estado, en virtud de lo cual asume éste la

responsabilidad de asegurar su prestación eficiente (Art. 365 C.P.). (Sentencia C 863, 2012)

En nuestro país, la función notarial está reglamentada por el decreto ley 960 de 1970, expedido de conformidad con las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 2 de la ley 8 de 1969.

Más adelante, a través del Decreto 2148 de 1983 se reglamentó el decreto ley 960 de 1970, y en este se ratifica la naturaleza de servicio público que tiene la función notarial. Sin que sea limitada solo a esta, el decreto expresamente se menciona la función fedante del notario, siendo esta la más conocida y aplicada de las funciones que tradicionalmente ejercen los notarios.

De acuerdo a Román, En su función fedante:

El notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, que es: fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y, finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad. Por su calidad de fedatario, el notario, al certificar, formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás. (Roman, 2006)

Sobre este respecto se pronunció la Corte Constitucional diciendo:

La función fedante, como se denomina la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración” (Sentencia C 863, 2012)

La función fedataria tiene particular importancia dentro del desarrollo del presente trabajo, como se verá más adelante cuando entremos a analizar la función que cumple el notario cuando otorga una escritura matrimonial a una pareja del mismo sexo.



Cabe anotar que la función notarial es una actividad reglada, es decir, los notarios no pueden más que cumplir a cabalidad con aquello que por ley les fuera encomendado, de tal suerte que no le es posible negarse a la celebración de tal o cual acto, a menos que este no se encuentre dentro del marco de sus funciones o no se cumplan los requisitos exigidos para ello.

Es menester preguntarnos si los notarios pertenecen a la rama judicial. Ello tiene repercusiones en cuanto a los actos que les pueden ser exigidos, en razón al cumplimiento de sus funciones.

Según lo dicho por la Corte Constitucional:

Con base en este precepto superior (116), en concordancia con el Art. 113 ibídem, según el cual son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es que las funciones jurisdiccionales son ejercidas por la rama judicial del poder público y que por excepción tales funciones son ejercidas por otras entidades u órganos. Como es obvio, **los notarios no quedan comprendidos en la regla general, puesto que no forman parte de la rama judicial.**” Negrillas fuera de texto. (Sentencia C 1159, 2008)

Esto es de vital importancia, pues si bien tanto jueces como notarios celebran matrimonios, unos y otros responden de distinta manera frente a las decisiones que toman.

Del Ius Connubi, un resumen del contenido del mismo se sintetiza conforme lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH): “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”.

En principio, dicha norma no hace más que recoger un concepto con siglos de antigüedad. Cada Estado, cada sociedad ha regulado de acuerdo a las conveniencias de la época el matrimonio entre las personas. Sin que expresamente se mencione, es claro que el matrimonio sirve como elemento de cohesión social, siendo el núcleo primigenio de cualquier sociedad.

El Estado tiene interés en la regulación de lo concerniente al matrimonio y modernamente las limitaciones corresponden, generalmente, a aspectos referentes a la capacidad de las partes.

Un nuevo capítulo en el desarrollo del Ius Connubi se ha abierto con el proceso de reconocimiento de unión de parejas del mismo sexo. No se trata de ya de consideraciones la capacidad de las partes-la limitación más común impuesta al matrimonio- sino de una situación inédita, que requiere de un cambio de paradigma, social y jurídico y que desde lo considerado en la SU 216 de 2016 afecta la función notarial.

La familia ha sido entendida como la unión de un hombre y una mujer y el Ius Connubi no es más que el reconocimiento del derecho de las personas a conformarla. Que personas del mismo sexo conformen una familia es un hecho, pero ahora resulta que la prueba de su forma de conformación se impone por las órdenes de la Corte Constitucional cuando toma las percepciones sociales sobre la convivencia entre parejas del mismo sexo, como características que el derecho constitucional debe definir como perteneciente a una realidad matrimonial.

Jurídicamente la conformación inicial de la familia proviene de la unión entre personas que se reconocen con capacidad de engendrar y proyectar sus vidas por medio de la crianza y educación de sus hijos. En consecuencia, la familia ha sido entendida como aquella que se inicia partir de la unión de un hombre y una mujer y el Ius connubi no es otro derecho sino aquel por el cual cada persona puede llegar a proyectar una comunidad de vida aportar sus esfuerzos hacia la crianza y educación de los hijos que por la vida sexual llegan.

### 3. De la Función Notarial, el Ius Connubi y el otorgamiento de la escritura matrimonial.

Cuando el notario aprueba la celebración de un matrimonio y otorga la correspondiente escritura pública lo hace, primero, porque las partes así lo quisieron y

cumplen los requisitos legales para casarse, y, segundo, porque existe una norma legal que los faculta para ello.

Al otorgar la escritura pública de matrimonio civil el notario ejerce la función fedataria, pues con ello da fe de la voluntad de las partes, quienes acudieron a su despacho con el fin de contraer matrimonio.

Bastara con que se establezca que las partes tienen la capacidad legal para contraer matrimonio para que se corra la escritura correspondiente. El notario no puede sustraerse de esta obligación si las partes expresan su clara voluntad y no se encuentran impedidas para contraer matrimonio.

Esto es así porque efectivamente el *Ius Connubi* es un derecho reconocido por el Estado en favor de las personas y los notarios actúan como ejecutores del reconocimiento de ese derecho.

Aquí no se trata el tema de las uniones matrimoniales del mismo sexo, pues están tendrán mención aparte, sino únicamente el reconocimiento de las uniones matrimoniales por parte del notario, quien, como se dijo, actúa ejerciendo la función fedante propia de su cargo.

#### 4. Del concepto de función notarial implícito en la SU 214.

A lo largo del presente trabajo hemos desarrollado el concepto de función Notarial y su importancia en cuanto a las uniones maritales de personas del mismo sexo. Hemos dicho, conforme a la constitución y la doctrina, que la función notarial es un “servicio público (Art. 131 C.P.) en razón a que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, bien sea que se preste por el Estado o por los particulares.”

Dijimos también que es una actividad reglada y que su marco legal lo encontramos en el decreto ley 960 de 1970.

La función Notarial, además, guarda estrecha relación con el principio de separación de poderes. En el ejercicio de su labor, los notarios están atados al estricto cumplimiento de la ley, en la medida que solo pueden ejercer las facultades que expresamente les son otorgadas a través de ella y ejecutarlas de conformidad. Los notarios no son ni legisladores, ni jueces, ni ejercen potestad de gobierno.

La función de expedir leyes en Colombia recae, en principio, sobre el Congreso de la Republica. El artículo 150 de la CP expresamente le otorga esas facultades. Ahora bien, el Código Civil Colombiano en su Artículo 113 define el matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”

De una lectura simple del dicho artículo se desprende que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, por lo que el matrimonio entre parejas del mismo sexo, a la luz de esa normatividad, que aún se encuentra vigente, no parecería viable. La aplicación que pueda hacer un notario del contenido textual de artículo 113 para dar cumplimiento a su función señalada por la ley, no es otra que la de un intérprete que va a lo que la ley expresa en su lenguaje y sentido común, y no al contrario, es decir, que sea el intérprete el que establezca lo que la ley dice, porque se le considere autorizado a hacerlo.

En ese sentido se pronunció el presidente de la Union Colegiada de Notariado: “en el ejercicio de la función notarial, de la función fedataria, no podemos salirnos de este marco legal, no podemos celebrar matrimonios (de parejas del mismo sexo)” (Rojas, 2015)

Ahora bien, la Sentencia SU 214 de 2016 introduce cambios en el concepto de función Notarial. Cambios que aunque no están expresamente mencionados, se pueden deducir fácilmente al analizar los alcances de la citada sentencia.

Es menester responder a la siguiente pregunta para dilucidar la cuestión ¿si los notarios no pueden sino actuar de acuerdo a la normatividad vigente, cómo es que pueden dar fe del matrimonio de las parejas del mismo sexo, en vigencia del art. 113 del Código Civil Colombiano?

Los notarios no hacen parte de la rama judicial, más sin embargo deben acatar las órdenes de los jueces, en este caso el juez de Cierre, la honorable Corte Constitucional. El asunto se torna espinoso cuando la Corte Constitucional invade la esfera de poder de una de las ramas, en este caso la legislativa.

Correspondía al Congreso deliberar y decidir al respecto de las uniones matrimoniales del mismo sexo, pues esa es su función Constitucional. La Honorable Corte, habida cuenta que no se tomó decisión a ese respecto dentro del plazo perentorio de dos años concedido en la c 577 del 2011, decide tutelar los derechos de las parejas homosexuales y advierte a “a las autoridades judiciales, a los notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el presente fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de esta providencia” (Sentencia SU 214, 2016)

Todo eso en virtud a que la Corte equipara a jueces, notarios y registradores en cuanto se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que a ellos acuden. Manifiesta la Corte que “Los Jueces de la República, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos igual trato.” (Sentencia SU 214, 2016)

En lo sucesivo el notario, como lo dijera (Rojas, 2015), aunque “no es autoridad...no puede actuar ni impartir órdenes” deberá sin embargo actuar dando igual trato a todas las personas. Esto no implica que los notarios desconozcan lo estipulado en el Art. 113 del CC, sino que actúan acatando una orden del juez.

Como se ve, pues, el notario no solo debe acatar la ley sino que, además, debe cumplir con los fallos de los jueces incluso en casos como este, en que una rama entra en la órbita de otra.

##### 5. Del Ius Connubi como derecho prestacional.

El Ius Connubi es un derecho natural que, como ya dijimos, es parte de la esencia misma del ser humano, de su deseo de fundar y perpetuar un hogar, prolongando sus vínculos familiares y que comenzaron por un proyecto de estabilidad amorosa con una pareja. Las diferentes legislaciones sobre el matrimonio no han hecho más que recoger lo que en principio le ha sido dado al ser humano por y en su condición de individuo sexuado.

Con la SU 214 del 2016 el derecho a contraer matrimonio, un derecho natural, se convierte en un derecho de carácter prestacional, es el Estado el que define cómo son las condiciones de igualdad para concederlo. Y en cuanto los motivos de la sentencia reclaman un supuesto déficit de protección de la ley, que deberían los notarios en lo sucesivo para las parejas del mismo sexo, satisfacer bajo la demanda al Estado debe disponer de políticas públicas tendientes al reconocimiento y aplicación real del derecho, que por la misma sentencia tendrían las mencionadas parejas de contraer matrimonio, aunque en los textos legales ello no se encuentre.

El concepto de derecho prestacional lo define la Corte Constitucional así:

En general, el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar, derivada del mismo texto constitucional. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional”; mientras que si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional. (Sentencia T 571, 1992)

En el caso de los notarios, cuando otorgan una escritura, a ellos no se les puede exigir un hacer o dar sobre una situación que la Constitución Política no les ha definido. Es la ley la que precisa esa atribución a los notarios, por vía incluso de la reserva legal que la misma Constitución Política determina en el artículo 42 respecto de dar fe de las condiciones de forma que sustentan a los elementos que el texto y sentido legal define para la existencia de la relación matrimonial.

En esa medida, como se deduce del párrafo anterior, que tanto particulares como en el caso en cuestión, a los notarios, no se puede exigir por vía judicial, que procedan a celebrar las uniones de parejas del mismo sexo.

Ello en razón a que para que se pueda solicitar la aplicación de una política pública en relación al reconocimiento del matrimonio a parejas del mismo sexo, es necesario primero que exista una norma de orden Constitucional que reconozca tal derecho.

La SU 216 del 2016, si bien equipara por vía judicial el derecho de parejas heterosexuales y homosexuales a formar una familia, no ha modificado la vigencia del Artículo 42 superior, en cuanto a que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad razonable de conformarla.

Esto conlleva a una situación particular, en la que se ordena a los notarios, en cumplimiento de su función fedante, celebrar matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, sin que ello este fundamentado en una ley que lo permita. Todo lo contrario, la ley que permite la celebración del matrimonio excluye tal posibilidad en un claro sentido del orden jurídico.

Los notarios en sus actuaciones están sujetos a la ley y de su observancia estricta depende la fe pública que guardan. En esa medida, celebran solo aquellos actos que les son permitidos siempre que se cumplan los requisitos legales correspondientes. En relación al matrimonio, el artículo 113 del Código Civil marca el derrotero a seguir, y este claramente establece el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Surge entonces una pregunta: ¿Al acatar la orden de la Corte Constitucional y celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo, están los notarios actuando como jueces, es decir interpretando la norma y ponderando derechos en el caso particular que se les presenta?

Esto tiene capital importancia dentro del concepto de la función Notarial. Si la respuesta que se da a la pregunta planteada es positiva, estaríamos diciendo nada menos que los notarios son, en consecuencia, verdaderos administradores de justicia.

La labor de interpretar la norma y ponderar derechos concierne al juez, no al notario. Este último cuando acude a la norma hace una lectura exegética de la misma. Las palabras contenidas en ella las toma en su sentido natural y llano.

Determinar si tal o cual norma se adecua a la Constitución o si su aplicación corresponde o no al caso en estudio, sopesar entre distintos derechos y aplicar principios para elegir entre uno y otro, no es del resorte Notarial. Esta función corresponde a los jueces. Así es como de tiempo atrás se ha entendido la labor de los notarios.

Cuando la Corte Constitucional dice que los “Notarios Públicos... deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos igual trato” (Sentencia SU 214, 2016) , refiere particularmente a que los notarios ponderen elementos que no se encuentran contemplados, ni aún planteados en la ley, pero sí en lo que la Corte considera que debe hacerse para exista un igual trato. La ley se sustituye por una ponderación y el notario deja de dar fe para definir condiciones de ejercicio de supuestos derechos amparados a partir de las órdenes que la Corte Constitucional imparte.

Bien se puede decir que esto solo cobija lo concerniente a los derechos de las parejas del mismo sexo y que no puede extenderse a otras situaciones. Aun si ese fuera el caso, el solo hecho de que los notarios deban ponderar la aplicación de una norma en base al principio del trato igualitario de los ciudadanos, conlleva necesariamente al mismo dilema. ¿Al interpretar la norma y ponderar derechos, no están los notarios cumpliendo una función judicial?

Si bien la interpretación de la norma no está vedada a los notarios, la ponderación de derechos es un asunto que corresponde exclusivamente a los jueces. La SU 214 del 2016 crea una nueva atribución, extraña a la función Notarial.

Como lo dijera Carrillo, Y. (2013) “no existe una concepción única de la ponderación. Por un lado podemos encontrar autores que la consideran una actividad más bien discrecional y decisionista, no sometida a ningún control racional, y, por otro, los que la consideran un procedimiento racional.”



Podría decirse, sin embargo, que a través de la ponderación se decide cual de dos derechos en conflicto tiene más peso que el otro, y por ende cual es aplicable al caso en particular.

Esto, como ya se dijo, en tratándose de derechos de orden constitucional corresponde a los jueces, y más específicamente al juez constitucional, (como se cita en Carillo, 2013) “le corresponde hacerlo (la ponderación) al juez constitucional de manera discrecional, mediante un juicio de valor comparativo cuya forma lógica es: “el principio P1 tiene más valor que el principios P2”

Pretender, pues, que el notario realice estos mismos ejercicios de ponderación lo pone a un nivel contrario a las atribuciones que le corresponden conforme a la ley y que son la esencia misma de la Función Notarial de que trata este trabajo.

#### DISEÑO METODOLÓGICO:

1. Tipo de investigación: Es una investigación teórica de análisis cualitativo sobre la doctrina común que existe y se acepta respecto a la función notarial, analizando los diferentes discursos, conceptos y teorías que tienen relevancia sobre la misma.

2. Técnicas e instrumentos de investigación: Estudio documental que toma como fuentes las sentencias de la Corte Constitucional en relación al matrimonio de parejas del mismo sexo, así como conceptos doctrinales y jurisprudenciales sobre la función notarial; documentos que están disponibles en bibliotecas y bases de datos virtuales especializadas en temas jurídicos.

3. Análisis e interpretación de datos: A partir de los estudios de los argumentos que ofrece la sentencia SU 214 del 2016 se comparan elementos que concuerdan con los conceptos de la doctrina jurídica común con un sentido lógico, sistemático y finalístico y que tienen relación consecencial con normativa jurídica respecto la realidad matrimonial y

con la condición de casada que puede tener una persona y desde el sentido ius-natural del fenómeno.

## PROCEDIMIENTOS A REALIZAR

Tomaremos la doctrina y jurisprudencia que existe en materia de función notarial, y los estudios respecto de la condición de persona casada con un proyecto matrimonial que trasciende al mero formalismo legal o contractual para poner de presente puntos críticos que tienen las sentencias de la Corte Constitucional colombiana

Conclusiones.

Luego de analizar la jurisprudencia y la doctrina relativa a la función Notarial y de estudiar los conceptos de Ius Connubi y de derechos prestacionales, podemos concluir diciendo que, en efecto, la SU 214 del 2016 modificó tanto la función Notarial como el concepto mismo de matrimonio.

Esto por cuanto la norma que daba pie a que los notarios celebraran matrimonios civiles, el Art 113 del Código Civil, fue modificada para que cobijara a las parejas del mismo sexo, sin que se hubiera surtido el trámite correspondiente en el Congreso de la Republica.

Bajo argumentos de igualdad y protección a grupos minoritarios-argumentos por demás válidos y razonables- la Corte Constitucional entró a subsanar el déficit de protección que había sido declarado en la C 577 del 2011 en favor de las parejas del mismo sexo.

La protección se otorgó ordenando a jueces y notarios la celebración de matrimonios civiles a las parejas del mismo sexo que así lo solicitaran, pues de no hacerlo se estaría violentando el Art. 42 de la Constitución Nacional.

Esto en la práctica vino a significar que la Corte Constitucional entró en el ámbito de competencia del legislativo, al modificar al mismo tiempo y con una misma sentencia el concepto de matrimonio establecido en la ley y en el Ius Connubi.

Los notarios, a quienes no corresponde la interpretación de las normas, sino su aplicación, deben acatar la orden del juez superior y proceder a celebrar matrimonios civiles de parejas homosexuales que cumplan con los requisitos, que aún no habiendo sido definidos en la ley, debe el notario interpretar la SU 214 de forma que las parejas homosexuales que solicitan la escritura de su unión no se sientan discriminadas por no ser ante la ley pareja heterosexual.

En cuanto al Ius Connubi, este pasó de ser un derecho natural a uno de carácter prestacional, regido por exclusivamente por la ley positiva, que puede ser exigido, incluso a particulares, por la vía judicial. Se podrán, en consecuencia, recurrir a las acciones legales a que hubiere lugar y demandar la creación de políticas públicas, con el fin de garantizar el cumplimiento del derecho que tienen las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

Y aunque ese derecho, per se, no tiene más o menos validez que otros anteriormente reconocidos a las parejas del mismo sexo, adolece, no obstante, del trámite legislativo que debe imprimírsele por mandato constitucional, amén de la necesidad de realizar un debate público en el que intervenga la sociedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bono, J. (1979). *Historia del Derecho Notarial Español*. Madrid.

Corte Constitucional, C 863, C 863 (2012).

Martinez, S. F. (1961). *Funcion Notarial, Estado de La Doctrina y ensayo conceptual*.

Buenos Aires: Ejea.

Perez, B. (1983). *Derecho Notarial*. Mexico: Editorial Porrúa.

Rojas, A. (19 de Agosto de 2015). Intervencion Ante la Corte Constitucional. Bogota.

Roman, R. (2006). *Lecciones de Derecho Notarial I*. Managua: Ediciones la Universal.

Sentencia C 1159, D-7321 (Corte Constitucional 2008).

Sentencia C 181, C 181 (Consejo de Estado 1997).

Sentencia C 863 (Corte Constitucional 2012).

Sentencia SU 214 (Corte Constitucional 2016).

Sentencia T 571 (Corte Constitucional 1992).

Carrillo, Y. (2013). Problemas ineludibles en la caracterización de los conflictos Constitucionales y la ponderación de principios (planteamiento de la cuestión). *Saber-Ciencia y Libertad*, 8 (1). Recuperado desde [http://sabercienciaylibertad.com/images/SABER\\_CIENCIAYLIB\\_ENE\\_JUNIO\\_2013.pdf](http://sabercienciaylibertad.com/images/SABER_CIENCIAYLIB_ENE_JUNIO_2013.pdf)

Machado- Jiménez, J. (2014). La transformación del concepto constitucional de familia. Alcances de una problemática teórica. *DíKaion*, 23(1), 93-134. Consultado de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/3093>