



Bogotá, D.C., 07 ABR 2015

Señores  
**MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**  
E. S. D.

**REF: RECUSACION**

**Expediente D-10371**

**Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64(parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990**

**Demandante: SERGIO ESTRADA VELEZ Y OTROS**

**Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO**

Según lo dispuesto en los artículos 25 a 29 del Decreto 2067 de 1991, como Procurador General de la Nación, formulo **RECUSACIÓN** en contra el Magistrado **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**, con el fin que deba separarse del conocimiento de la demanda de inconstitucionalidad, presentada por **SERGIO ESTRADA VELEZ Y OTROS**, contra los artículos 64(parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, que cursa bajo el expediente de la referencia, en atención a que ha incurrido en una de las causales previstas en el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991.

**1. Legitimación del Procurador General de la Nación para formular el impedimento**

El artículo 28 del Decreto 2067 de 1991 faculta al Procurador General de la Nación a recusar a los magistrados, cuando se hayan configurado las causales de impedimento, y estas no sean manifestadas por los magistrados. De modo que, haciendo uso de tal facultad legal, me encuentro habilitado para elevar la petición de la referencia.



## **2. Oportunidad de la recusación elevada**

La presente recusación está siendo presentada en término, como pasará a explicarse.

En primer lugar, el Decreto 2067 de 1991 no posee una regulación específica en torno a la oportunidad para presentar una recusación. En atención a lo anterior, puede interpretarse que el recurso resulta ser oportuno mientras no se haya proferido un fallo definitivo.

A pesar que la Sala Plena ha deliberado y obtenido un empate, resultando necesario el nombramiento de un conjuetz, aún no existe un fallo definitivo, motivo por el cual, es posible todavía formular el presente escrito.

Nótese que con ello no queda sin sustento jurídico el nombramiento del conjuetz que efectuó la Sala Plena, toda vez que el artículo 27 del Decreto 2067 de 1991 ordena que los conjueces, en caso de aceptación de impedimento, deben nombrarse en forma inmediata a la aceptación del mismo. Por ello, el referido nombramiento, aún en caso de prosperar el presente asunto, posee un sustento jurídico que lo avala. Más aún, se haría necesario nombrar un nuevo conjuetz, conforme lo señala el referido Decreto Ley.

## **3. Impedimento del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.**

El artículo 25 del Decreto 2067 de 1991, aplicable a las acciones de inconstitucionalidad en razón del artículo 26 del mismo decreto, señala como causal de impedimento, que a su vez funge como causal de recusación, que el Magistrado hubiere conceptuado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.



En el auto 069 de 2010, que transcribe unas consideraciones efectuadas en el Auto 069 de 2003, la Corte Constitucional efectuó un estudio sobre el alcance de dicha causal. Al respecto señaló, que su configuración exige que 1) efectivamente se conceptúe, es decir que no simplemente se emita un pensamiento vago o indeterminado; 2) que el concepto verse sobre un tema concreto de constitucionalidad, y finalmente, 3) que el concepto de constitucionalidad recaiga directamente sobre la disposición demandada y no sobre una conexas o parecida. A continuación se mostrará como el Magistrado Vargas Silva ha incurrido en los supuestos fácticos señalados, al emitir un concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones que se juzgan en la el proceso de la referencia.

Con ocasión del empate acaecido en el curso de las deliberaciones de la Sentencia de Constitucionalidad C-071 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), el entonces presidente de la corporación, Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva decidió dirigirse a los medios de comunicación con el fin de emitir algunas declaraciones. No obstante, con ocasión de una entrevista concedida a la W el día En entrevista del 5 de febrero de 2015, el Magistrado emitió un concepto de constitucionalidad sobre las disposiciones acá demandas.

En efecto, en dicha ocasión, el periodista Alberto Casas formuló al magistrado Vargas Silva la siguiente pregunta:

*“¿Lo que no entiendo es porque si la Corte ya dijo que las parejas del mismo sexo constituían familia, ahora se ponga en duda esa afirmación, tesis de la Corte Constitucional, porque con la votación en contra de la ponencia, se deriva que los magistrados que no aceptaron la ponencia, consideran que las parejas homosexuales, o del mismo sexo, no constituyen familia?”*

Con respecto a dicho interrogante el Magistrado Vargas Silva contestó:

*“Pues Alberto, esa misma pregunta la formulé particularmente yo, cuando empezó el debate la semana pasada, incluyo yo traté de plantear un silogismo, que podría haberse creado con ocasión de la Sentencia C-577. De manera que ya la respuesta a eso si le correspondería darla a quienes están contra la ponencia, pues que ya se hizo pública, y que trataba en lo posible de aproximar la nueva decisión, a la Sentencia C-577. En efecto como usted dice, en la sentencia de constitucionalidad que fue tomada por una amplísima mayoría, porque fueron 8 votos y solamente salvó el voto una magistrada, que quería pues ir muchísimo más de lo que dicho la sentencia 577, en esa sentencia se dijo con toda claridad que una de las formas de familia que prevé el artículo 42 es la formada por parejas de orientación sexual idéntica, osea parejas homoafectivas o parejas del mismo sexo. Y ahora se venía la disyuntiva de decir que es la adopción. La adopción es un derecho de los niños a tener una familia. Entonces esa respuesta habría que pedírsela a quienes disintieron de la ponencia”.*

Así mismo, cuando una entrevistadora le indagó al magistrado sobre el concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, respondió el Magistrado Vargas Silva:

*“De manera que ahí está la evidencia probatoria en la que se dice que la orientación sexual de la familia no genera resultados o desviaciones o afecta a los niños, que no se ha demostrado que haya afectación. De manera que ese es un elemento de prueba que estará, habrá que considerar”.*

Por lo tanto, para esta vista fiscal, tales afirmaciones configuran la causal de impedimento referida y, por consecuencia, el citado magistrado se encuentra inhabilitado para continuar conociendo del proceso de la referencia, tal y como pasa a explicarse.

### **3.1 La declaración efectuada se refiere exactamente a las normas demandadas en el presente expediente**

Si bien es cierto en las declaraciones del magistrado no cita expresamente las sobre las que está conceptuando, es evidente que el magistrado se estaba refiriendo en la forma como la Corte Constitucional estaba resolviendo las normas demandadas en el expediente D-10315. En otras palabras, la declaración necesariamente trataba sobre el fondo de como debía evaluarse la constitucionalidad de los artículos 64 (parcial), 66

(parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, adoptando la Sentencia C-071 de 2015, publicada a través del comunicado de prensa de Sala Plena No. 06 de 2015.

Como las normas demandadas en el expediente D-10315 coinciden plenamente con las que están siendo juzgadas en el presente proceso, es decir los artículos 64(parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, se concluye más allá de toda duda que la dicha declaración de prensa otorgada a la W, trata directamente a las normas acá demandadas.

**3.2 La declaración emitida contiene un concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones y no una mera referencia vaga o indeterminada.**

En las declaraciones efectuadas el magistrado señaló la forma como debe resolverse el litigio de constitucionalidad en torno a dos problemas jurídicos: (i) si la Constitución habilita a las parejas homosexuales para adoptar en conjunto; y (ii) refiere la forma cómo debe evaluarse el acervo probatorio recaudado en el expediente D-10315 sobre la posible afectación del interés superior del niño con las adopciones homoparentales.

En relación con el primer problema jurídico, el magistrado señala que en su criterio forma como deben resolverse la constitucionalidad de los artículos 64(parcial), 66 (parcial), 68 numerales 3 y 5 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, y el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, en atención a la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo, *consiste en un silogismo según el cual: las parejas homoafectivas son familia, y como la adopción es una medida para otorgar una familia a los niños, por ende, la pareja homosexual es apta constitucionalmente para acceder a la adopción.*



**PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION**

**Procurador General**

Y en relación con el segundo problema, el magistrado valora el acervo probatorio del expediente D-10315 concluyendo que no existe afectación del interés superior del niño con tales adopciones. Para lo cual debe recordarse que mediante auto del 24 de febrero de 2015, notificado por estado el 26 de febrero del mismo año, el Magistrado Ponente del presente proceso ordenó el traslado a este proceso del acervo probatorio del expediente D-10315.

Por lo anterior, en el proceso de la referencia la Corte deberá efectuar una valoración probatoria sobre el mismo acervo que se encontraba en expediente D-10315 y en relación con el cual el Magistrado Vargas Silva ya conceptuó ante un medio de comunicación no oficial y obrando por fuera de sus funciones jurisdiccionales.

### **3.3 Las declaraciones versan sobre un tema de constitucionalidad.**

Finalmente, es evidente que las declaraciones versaron sobre un tema de constitucionalidad concreto, más aún, corresponden con el asunto mismo que la corporación debe resolver en el presente proceso, ya que en la demanda del expediente D-10371 se acusa si las disposiciones demandadas son inconstitucionales por no permitir a las parejas homosexuales la adopción en forma conjunta. Además, los fundamentos de la violación de la demanda se sustentan en la presunta transgresión de los artículos 13, 42, 44 de la Carta Magna, normas sobre los cuales se funda la declaración proferida por el citado magistrado en la entrevista de la W, al decir que en la Sentencia C-577 de 2011 se resolvieron tales temas, y que dicha respuesta es trasladable automáticamente al problema jurídico que se ventila en esta oportunidad.

### **4. Petición**

Toda vez que se ha demostrado que el magistrado Vargas Silva conceptuó sobre la constitucionalidad de las normas que se juzgan en el presente





**PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION**

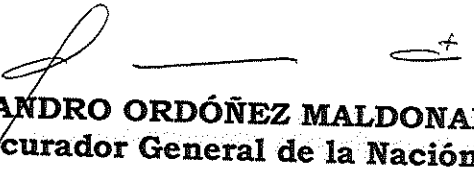
**Procurador General**

proceso y, como consecuencia, debe separarse del conocimiento del caso concreto, solicito a la Sala Plena de la Corte Constitucional que, respetando los trámites previstos en el artículo 27 del Decreto 2067 de 1991, resuelva el impedimento aquí formulado contra el magistrado **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA** y, al hacerlo, lo separe del conocimiento del asunto de la referencia nombrando a un conjuez en su lugar.

### **5. Pruebas**

En el presente caso, esta vista fiscal adjunta copia simple de la grabación de la entrevista referida anteriormente. No obstante en caso que la corporación considere necesaria una copia auténtica, se le solicita oficiar al Representante Legal de Caracol S.A., o al Periodista Julio Sánchez Cristo, conductor del programa radial la W radio, a la dirección Calle 67 No. 7-37 Bogotá, teléfonos 3262325 o 3262550, para que allegue el medio convictivo requerido.

De los Señores Magistrados,

  
**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
**Procurador General de la Nación**

ABG/DFFM