Sentencia C-336/08

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Deberes que le impone el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Núcleo esencial/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Alcance/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Vulneración

Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Obligación que le implica al Estado

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las

condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón del la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.

DIVERSIDAD SEXUAL-Protección constitucional

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Expresión del derecho a la seguridad social/PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza y finalidad

La pensión de sobrevivientes, antes denominado derecho a la sustitución pensional, ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social siendo una prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, y corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante. Asimismo, es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado. Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él. Su naturaleza jurídica ha sido explicada en los siguientes términos:

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Reglas generales/POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-No es absoluta/PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Alcance

La potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado; (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, a los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de

pensiones el principio de sostenibilidad financiera. Precisándose que la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS HOMOSEXUALES-Beneficiarios/PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS DEL MISMO SEXO-Beneficiarios

A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS HOMOSEXUALES-Reconocimiento no incide en sostenibilidad del sistema/PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS HOMOSEXUALES-Orden de prelación

El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales no desemboca en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.

COMPAÑERO O COMPAÑERA DEL MISMO SEXO-Forma de acreditar la condición de pareja para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes

En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley, particularmente en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes. En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en

la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Referencia: expediente D-6947

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

Actor: Rodrigo Uprimny Yepes y Otros

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Rodrigo Uprimny Yepes y otros, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º. (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas, subrayando los apartes demandados:

“LEY 54 DE 1990

por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

“LEY 100 DE 1993

(Diciembre 23)

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

(…)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del

causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

(…)

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el

beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

(…)

ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARÁGRAFO 2o. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada

su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley".

III. LA DEMANDA

Para los demandantes, los textos impugnados desconocen lo dispuesto en los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política.

Con la demanda los accionantes pretenden cuestionar la constitucionalidad de las normas acusadas, por cuanto ellas no extienden a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales. Los demandantes sintetizan sus argumentos en seis ítems, así:

Primero: Con la Sentencia C-075 de 2007, el precedente constitucional en materia de parejas homosexuales cambió, pues en esta sentencia la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho, previsto para las parejas heterosexuales, debía ser extendido a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Explican que según el precedente la exclusión de las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a las parejas heterosexuales, en especial del régimen de seguridad social, estaban justificados cuando estos beneficios tenían el propósito de proteger a la familia. Con la sentencia C-075 de 2007, esta justificación es insuficiente para no extender los beneficios concedidos a las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo, por cuanto en la mencionada sentencia estableció que todo tratamiento diferenciado motivado en la orientación sexual debe ser analizado mediante un control constitucional estricto.

Agregan que la sentencia C-075 de 2007 estableció que si bien el legislador no está obligado a aplicar el mismo régimen de protección a las parejas heterosexuales y homosexuales, sí es un imperativo constitucional garantizar un mínimo de protección a estas parejas, ya que presentan requerimientos de protección análogos a los de las parejas heterosexuales.

Segundo: La demanda está basada en la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso X contra Colombia de 14 de mayo de 2007, mediante la cual se resolvió el caso de un ciudadano colombiano que dependía económicamente de su compañero fallecido y a quien las autoridades negaron su petición de sustitución pensional, por considerar que la misma sólo era aplicable a parejas heterosexuales. El Comité concluyó que el Estado colombiano había violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al negar al actor el derecho a la sustitución pensional de su compañero permanente sin aportar argumento o prueba en virtud del cual se demostrara que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva.

Según los accionantes, el Comité estableció que el actor "tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual" y que "el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro".

Tercero: Para los actores, las normas acusadas vulneran el artículo 13 de la Carta Política por

cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales, exclusión fundada en la orientación sexual de las personas que componen aquellas parejas, lo cual constituye un criterio sospechoso de diferenciación.

Cuarto: En concepto de los accionantes, los apartes atacados vulneran el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de seguridad social otorgados a las parejas heterosexuales, significa desconocimiento del derecho a la seguridad social.

Quinto: Agregan los demandantes que las normas violadas comportan una vulneración a la dignidad humana de las personas homosexuales que conforman parejas, pues la distinción entre la opción heterosexual y homosexual reduce la posibilidad de los homosexuales de vivir plenamente su opción de vida, si se tiene en cuenta que el Estado no sólo debe asumir una actitud neutral frente a la opción de buen vivir de los ciudadanos, sino la adopción de acciones positivas para garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida frente al orden jurídico y la sociedad.

Sexto: Como último argumento los actores expresan que el letargo legislativo en esta materia ha impedido la aprobación de la ley que regule los derechos de las parejas homosexuales en asuntos patrimoniales y de seguridad social. En su criterio, la mayoría política hace caso omiso a los argumentos constitucionales y de convivencia que justifican el reconocimiento del derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo.

IV. INTERVENCIONES

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2067 de 1991, el proceso fue fijado en lista el 28 de septiembre de 2007 por el término de diez (10) días; según la constancia secretarial (Fl. 209 del expediente), este término venció el once (11) de octubre de 2007 y durante el mismo se presentaron las siguientes intervenciones:

1. Helen Elizabeth Ibáñez y otros

Los intervinientes solicitan a la Corte Constitucional que declare exequibles las expresiones demandadas. En relación con el artículo 1º. de la Ley 54 de 1990, aplicable al régimen patrimonial de la familia, encuentran que el soporte está en el artículo 42 de la Carta Política y agregan que este precepto no discrimina a las parejas homosexuales. A sus argumentos añaden lo dispuesto en la Sentencia C-075 de 2007, según la cual en materia de derechos patrimoniales la expresión compañero y/o compañera permanente debe extenderse a las parejas del mismo sexo, sin que ello signifique la desnaturalización de la expresión “unión marital”, que exige la unión entre un hombre y una mujer.

Para los intervinientes, mediante la Sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional falló sobre la materia, razón por la cual ha operado el fenómeno de la cosa juzgada respecto del artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Consideran, además, que los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 deben ser declarados exequibles en virtud del principio de unidad de materia,

pues entre ambos existe una relación lógica, jurídica e íntima con el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible mediante la Sentencia C-811 de 2007.

1. Comisión colombiana de juristas

Para la Comisión, al no extender a las parejas homosexuales los beneficios que en materia de seguridad social otorga a las parejas heterosexuales, la normatividad desconoce los derechos fundamentales a la dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, el carácter de servicio público de la seguridad social y la atención en salud y el mejoramiento de la calidad de vida como finalidad del Estado.

Considera el interviniente que el fundamento de la exequibilidad de las normas parcialmente demandas en el presente caso se encuentra en las Sentencias C-075 de 2007 y C-811 de 2007. En la primera de ellas, la jurisprudencia señaló que las parejas homosexuales que cumplan con las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho pueden acceder al régimen de protección previsto en la Ley 100 de 1993, para que esta parejas queden amparadas por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando lo consideren necesario.

Reitera el vocero de la Comisión que así como la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo ha sido reconocida con la misma importancia que se ha otorgado al reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales individualmente consideradas, se debe extender la pensión de sobrevivientes que se otorga al cónyuge o compañero permanente heterosexual al compañero homosexual.

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En concepto del Ministerio las normas atacadas son exequibles. En primer lugar, exponen las representantes del organismo que el legislador goza de libertad para configurar el sistema de seguridad social y establecer las condiciones para el acceso a estos servicios, pues la Constitución Política atribuye al Congreso la facultad de hacer efectivo el derecho a la seguridad social mediante la expedición de leyes que aseguren el cumplimiento de los principios en ella consagrados.

En esta medida, continúan las representantes del Ministerio, el legislador es competente para definir a cuales personas se extienden los beneficios que otorga la seguridad social y en qué condiciones se confieren los mismos, bajo el concepto de familia previsto en el artículo 42 de la Carta Política. Agregan que el Legislador hizo congruente la aplicación del principio de solidaridad con las necesidades financieras del sistema, pues con un aporte se garantizan los beneficios para todos sus afiliados.

Acerca de la sostenibilidad financiera del sistema, el interviniente expresa: "… es claro que los beneficios de la seguridad social se concretan y estructuran en los términos en que el Legislador así lo disponga. Por ello, las leyes y normas, que regulan la seguridad social, deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían

hacerse efectivos los derechos prestacionales y por tanto, materializarse acorde con los procesos de planificación económica y principios presupuestales, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional".

En segundo lugar, como argumento a favor de la exequibilidad de las normas demandadas, las representantes del Ministerio recuerdan que este organismo intervino durante el trámite del Acto Legislativo 01 de 2005 y en relación con las pensiones otorgó su aval bajo el supuesto que el proyecto no afectara la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, para lo cual, refiriéndose a las parejas del mismo sexo, señaló que era necesario hacer extensivos los mecanismos de acreditación previstos en la ley 979 de 2005, para introducir mecanismos tendientes a la verificación de la condición de la pareja para preservar la eficiencia en la asignación de los recursos.

En tercer lugar, considera el interviniente que el derecho a la igualdad no resulta vulnerado si se tiene en cuenta que en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte Constitucional expresó que la decisión de no incluir a grupos homosexuales como beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones no resulta violatoria del derecho a la igualdad, pues la situación de marginación o de rechazo que generan estos grupos no significan la obligación estatal de compensarlos mediante la asignación de beneficios sociales.

Como cuarto y último argumento, el Ministerio manifiesta que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional frente a los artículos 1º. de la Ley 54 de 1990 y 163 de la Ley 100 de 1993, para concluir que así se declare por la Constitucional.

1. Ministerio de la Protección Social

El representante del Ministerio considera que las normas parcialmente atacadas son exequibles, teniendo en cuenta la potestad del legislador para configurar el servicio público de la seguridad social, lo cual permite al legislador establecer beneficios a favor de las parejas homosexuales, beneficios que aún no han sido reconocidos por lo cual no se puede desconocer la legislación vigente.

Para el Ministerio, la legislación vigente ampara a las parejas integradas por personas de diferente sexo respecto de los beneficios derivados de la pensión de sobrevivencia, sin discriminar a otros segmentos de la población, por cuanto la norma en vigor deriva del deber de proteger a la familia ante el fallecimiento de la persona que proveía los recursos para su sostenimiento, entendiéndose la familia en los términos previstos en el artículo 42 de la Carta Política.

Concluye expresando el vocero del Ministerio: "… las parejas conformadas por personas del mismo sexo, se repite, no se encuentran comprendidas dentro de la definición de familia, que sirve de sustento para la consagración legal de este derecho, sin que sea posible equipararlas con las parejas heterosexuales".

1. Germán Rincón Perfetti

El ciudadano Rincón Perffeti, quien se presenta para intervenir en calidad de hombre

homosexual, coadyuva la demanda expresando que él hace parte de un grupo tradicionalmente discriminado y sometido a la aplicación de la teoría de los criterios sospechosos. Menciona el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y expresa que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado a favor de las parejas homosexuales con carácter vinculante para la Corte Constitucional. Cita algunas decisiones de este Comité pronunciadas, según él, a favor de los homosexuales.

El interviniente menciona varios procesos en los cuales ha actuado como actor con resultados exitosos, pero no fundamenta sus conceptos en el texto de la Constitución Política. Concluye solicitando a la Corte Constitucional que resuelva como lo han hecho los jueces ante los cuales él ha obtenido decisiones favorables.

1. Amparo Bahamón Díaz y otro

La señora Bahamón narra su relación con una persona del mismo género y manifiesta que luego de la sentencia de la Corte Constitucional constituyeron entre ambas una sociedad patrimonial después de 27 años de convivencia como pareja estable. Da cuenta de algunos hechos que, según ella, le obligaron a abandonar empleos y lugares de trabajo por ser considerada lesbiana.

Según su relato, ha obtenido el reconocimiento de la pensión de jubilación, padece cáncer de seno, a su muerte aspira a sustituir la pensión a su leal y calida amiga, compañera o pareja, para lo cual invoca la comprensión de la Corte Constitucional.

1. Esteban Restrepo Saldarriaga

El ciudadano Restrepo Saldarriaga relata el trámite seguido por el proyecto de Ley No. 130 de 2005 Senado, 152 de 2006 Cámara, para concluir que en la conciliación del texto se presentó una situación arbitraria e injusta por parte del Congreso de la República, al cabo de la cual se archivó el proyecto. Debido a que la iniciativa no se convirtió en Ley, considera el interviniente que se presenta una omisión legislativa en la protección al derecho a la representación política de las parejas del mismo sexo.

Con los actos ocurridos durante el trámite del proyecto de Ley, en concepto del interviniente, se desconoció el derecho a la representación política de las parejas homosexuales y de las minorías políticas.

Concluye el ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga manifestando que al Congreso han sido llevados en cinco ocasiones proyectos de Ley referentes a la protección del derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo y el último intento fue frustrado, lo cual demuestra la incapacidad del Congreso como garante de tales derechos y la falta de voluntad política de los miembros de esa Corporación. Añade que ante la desidia legislativa, la Corte Constitucional es la llamada a proteger los derechos de las parejas homosexuales.

1. José Felix Cataño Molina

El ciudadano Cataño Molina expone algunos criterios a favor de la demanda para que se logre extender el derecho de la sustitución pensional a las parejas homosexuales debidamente legalizadas. Considera que a la muerte del integrante de una pareja, como ocurre con la heterosexual, aplicando el principio de igualdad, el compañero sobreviviente puede gozar de la sustitución pensional.

En el caso de pensiones de sobrevivencia sólo se presentaría el cambio de un beneficiario por otro o los beneficios se repartirían entre más personas, siendo esto más justo por permitir a las personas más allegadas ser beneficiadas y no una persona sin vínculo amoroso o sexual. En cuanto a los costos financieros, estima el interviniente que los mismos pueden ser diferidos sin traumatismos a medida que el crecimiento económico de la nación se logre en un ambiente de control de la natalidad y crecimiento de la productividad económica.

9. Roger Mauricio Noguera Rojas

El ciudadano Noguera Rojas interviene para coadyuvar la demanda, particularmente en lo relacionado con el derecho a la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo, basando su exposición en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la atinente al reconocimiento del derecho a la seguridad social para este tipo de uniones.

El interviniente recuerda que la Sentencia C-075 de 2007, reconoció que las parejas del mismo sexo tienen iguales derechos que las parejas heterosexuales, dando un paso más en la realización del Estado social de derecho. También cita la sentencia C-811 de 2007, señalando que la jurisprudencia ha sido favorable a los derechos de las parejas del mismo sexo, supliendo las reiteradas falencias del Congreso de la República en la tarea de proteger los derechos de las minorías sexuales, aún cuando continúan pendientes derechos para ser protegidos tales como la seguridad social en lo referente a pensiones.

Para el ciudadano Noguera Rojas, reconocer a parejas del mismo sexo el derecho a la pensión de sobreviviente, sólo constituye un cambio en el orden de beneficiarios de la sustitución, pues ya no serían los padres, sino el compañero(a) permanente del causante quien recibiría el beneficio, lo cual constituye un cambio insignificante para el sistema de seguridad social, pero significativo para los derechos de las minorías sexuales, entre ellos el derecho al mínimo vital.

Luego de citar la sentencia C-111 de 2006, concluye el interviniente que la sustitución pensional no acarrea nuevos gastos económicos, por cuanto sólo cambia el orden de beneficiarios y aún en el caso de que existieran tales gastos la Corte Constitucional ha manifestado que estos derechos son los que realizan el principio de solidaridad en el marco del Estado social de derecho.

1. Human Rights Watch

La organización Human Rights Watch puso a consideración de la Corte Constitucional el amicus curiae preparado por esta Organización en relación con el asunto de la referencia.

El documento consta de cuatro (4) páginas, fue recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 11 de octubre de 2007 y está escrito en inglés, razón por lo cual no puede ser sometido a consideración de la Corporación.

1. María Andrea López Guzmán

La interviniente se dirige a la Corte para poner a consideración el amicus curiae preparado por la organización brasileña CONECTAS DERECHOS HUMANOS en apoyo a la demanda. Precisa que se trata de una organización brasileña, no económica y con objetivos no lucrativos, calificada como Organización de la Sociedad Civil de Interés Público, inscrita en el registro nacional de personas jurídicas con sede en la calle Pamplona de San Pablo.

El documento aportado por la interviniente está referido a distintos estudios sobre la homosexualidad, según los cuales la existencia de parejas homosexuales en el mundo es una realidad que la sociedad ha venido aceptando gradualmente, pero que aún carece de reglamentación legal y como consecuencia de esto, se restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de personas que mantienen relaciones homosexuales que, por lo mismo, están impedidas de obtener el reconocimiento oficial de sus uniones.

El documento aporta un listado de los países en donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y critica a aquellos que consideran delito el hecho de mantener relaciones con otras personas del mismo género, llegando la sanción hasta la pena de muerte. El texto da cuenta del régimen jurídico brasileño sobre la materia, explicando que la falta de regulación para personas que mantienen relaciones homoafectivas deja muchas personas sin el respaldo y la debida protección del Estado, permitiendo al juez buscar la integración entre el derecho y la realidad.

CONECTAS afirma que la jurisprudencia del Brasil permite que parejas homosexuales tengan asegurados los mismos derechos que las parejas heterosexuales, a pesar de que la Ley dispone que solamente sería entidad familiar la unión estable entre hombres y mujeres; sin embargo, la realidad muestra que antes de las sociedades de hecho se constituyen sociedades de afecto que cuentan con entidad semejante a la que caracteriza a las parejas heterosexuales.

12. Sisma Mujer

La Corporación Sisma Mujer, Organización de la Sociedad Civil Colombiana, dedicada a la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, interviene para coadyuvar los argumentos de la demanda. Para la Organización, la Corte puede examinar la constitucionalidad de las normas demandadas pese a que la ley 54 de 1990, ya tuvo un examen que dio lugar a la sentencia C-098 de 1996; es decir, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa pues la Corte sólo se pronuncio frente a los cargos presentados, haciendo un examen parcial y no integral, condicionando la exequibilidad a la existencia de otra demanda en la que se lograra probar que con la ley demandada se había consagrado un privilegio ilegítimo a favor de las parejas heterosexuales.

También la Corte se pronunció sobre la materia mediante la sentencia C-075 de 2007, al declarar exequible parte de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, en el

entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica a las parejas homosexuales. Considera la Organización que tampoco opera el principio de cosa juzgada, pues la Corte no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del conjunto normativo conformado por las disposiciones demandadas.

Al coadyuvar la pretensión de la declaratoria de inexequibilidad condicionada de las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en los artículos 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, y de la expresión “familiar” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, se logrará que ellas sean consideradas constitucionales bajo el entendido que el régimen de protección en materia de seguridad social es también aplicable a las parejas homosexuales. De esta manera, se busca adecuar la norma al principio de igualdad material con el fin que se incluya en el concepto de unión marital de hecho a las parejas homosexuales y lésbicas, para que no se limite solamente a las parejas heterosexuales.

Considera la Organización que las expresiones atacadas vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, principio fundamental de los derechos humanos que garantiza a todos los hombres y mujeres el goce de sus derechos sin distinción alguna. De otra parte, Sisma Mujer considera que los apartes demandados vulneran el derecho a la dignidad humana, principio inherente al ser humano que se presenta como un llamado al respeto incondicionado y absoluto, el derecho de autodeterminarse y vivir bajo los parámetros establecidos por esa autodeterminación, en condiciones dignas. Las normas demandadas desconocen este principio, pues limitan el ejercicio de los derechos civiles de las parejas del mismo sexo, puesto que castigan su elección de vida impidiendo la reivindicación de sus derechos con las parejas heterosexuales.

Por otra parte, la Organización interviniente considera que las expresiones atacadas atentan contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, definido como la libertad individual para tomar decisiones que conciernen y afectan el desarrollo de la personalidad y la libertad para emprender las actividades individuales o sociales que le permitan a la persona proyectar su visión de sí misma. Las expresiones demandadas desconocen la posibilidad de manifestar y proyectar esta visión por la discriminación, el trato diferenciado y el reproche social al que son sometidos los integrantes de parejas homosexuales.

También considera la Organización que las expresiones impugnadas desconocen derechos económicos, sociales y culturales entre los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social. Este derecho está consagrado en la Constitución Política y ha sido definido en instrumentos internacionales tales como los convenios de la OIT y los instrumentos de la ONU, con argumentos confirmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Toda persona sin distingo debe gozar del derecho de la seguridad social con independencia de su orientación sexual o identidad de género en igualdad de condiciones que las viudas provenientes de matrimonios legalmente constituidos o de uniones heterosexuales, homosexuales y lésbicas, para efectos de obtener el beneficio de pensión por fallecimiento del cónyuge o conviviente.

Con fundamento en los argumentos citados, Sisma Mujer solicita a la Corte Constitucional

que declare inexequibles los apartes demandados, para evitar que subsista el estado de desigualdad que en nuestra sociedad es latente persistente y agobiante.

13. Beatriz Quintero y otro

Intervienen en representación de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, para coadyuvar los argumentos de la demanda. Comienzan recordando la sentencia C-075 de 2007, mediante la cual se estableció que el tratamiento distinto de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales debe ser examinado a través de un control de constitucionalidad estricto, para garantizar que el desarrollo pleno de las personas homosexuales no sea coartado por la ausencia de reconocimiento de la dimensión de la pareja. En su concepto, en correlación con la sentencia C-075 de 2007, la sentencia C-811 de 2007, estableció que los principios de protección que inspiraron dicho fallo son aplicables al caso del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la norma demandada presenta un "déficit de protección", en contra de la pareja del mismo sexo que dependen económicamente de su pareja y no tienen posibilidad de ingresar al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo.

Para las intervinientes, los dos fallos reseñados configuran un precedente constitucional favorable a las parejas del mismo sexo en materia de derechos patrimoniales y derecho a la salud. En su criterio, se debe declarar condicionalmente exequible el artículo 47 y el 74 sobre pensión con ahorro individual, bajo el entendido que debe ser extensivo a parejas del mismo sexo, para evitar contingencias económicas derivadas de la muerte.

En materia de seguridad social, añaden las intervinientes que se trata de un servicio que goza de ciertas características básicas, a las cuales refiere la sentencia C-1094 de 2003, por medio de la cual se estudiaron los requisitos de temporalidad y permanencia exigidos a la compañera permanente para ser beneficiaria a la pensión de sobreviviente. En concepto de la Organización que interviene, la protección que persigue el sistema de seguridad social debe ser extensiva a las parejas del mismo sexo, en tanto se encuentran en la misma situación de indefensión o dependencia económica que una pareja heterosexual.

De otra parte, consideran que en nuestra sociedad existen patrones de discriminación contra la mujer en diferentes esferas del derecho. Así, las mujeres lesbianas y bisexuales, por el hecho de ser mujeres, se ven doblemente discriminadas en situaciones como el acceso a la seguridad social en pensiones, tienen menos posibilidades a acceder a un empleo, su salario es proporcionalmente menor que el percibido por un hombre y no pueden afiliar a sus parejas al sistema de seguridad social quedando obligadas a pagar doble y sin derecho al amparo contra contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Finalmente, solicitan a la Corte tener en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes sobre los derechos de parejas homosexuales en materia de seguridad social, basando esta petición en el bloque de constitucionalidad.

14. Corporación colectivo de abogados

La Corporación interviene para coadyuvar la demanda, se refiere al "test duro de proporcionalidad", citando la sentencia C-075 de 2007, en virtud de la cual la Corte extendió

el régimen patrimonial de la unión marital de hecho a parejas homosexuales, considerando que restringirlo a parejas heterosexuales desbordaba la libertad de configuración del legislador.

En su criterio, la demanda toma como base lo dicho por la Corte Constitucional al señalar que en caso de tratos diferenciados por razón de la opción sexual el control de constitucionalidad requiere un carácter fuerte que plantea los siguientes pasos: 1. La medida diferenciadora busca alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; 2. Es necesaria para cumplir con ese objetivo y 3. Es proporcionada.

El interviniente reitera los argumentos de la demanda basados en el respeto por el bloque de constitucionalidad, pero aclara que el mismo no está conformado con las interpretaciones que de los instrumentos internacionales hagan los órganos autorizados; es decir, excluir de un análisis interno los mismos es un contrasentido, pues son ellos los que señalan las pautas de aplicación y el contenido de los derechos que incorporan.

15. Mauricio Albarracín Caballero y otros

Como activistas del movimiento social de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT) e integrantes del comité de impulso de parejas del mismo sexo, intervienen para coadyuvar la demanda.

Expresan que coinciden con los argumentos expuestos por los accionantes y que pretenden ilustrar a la Corte Constitucional sobre las distintas actividades de exigibilidad de derechos realizadas por el movimiento que representan. Manifiestan que incidieron en el Congreso de la República a través del Comité y del grupo LGBT, consiguiendo que el Partido Polo Democrático Alternativo y la Organización Colombia Diversa participaran en favor de su proyecto.

La intervención del grupo LGBT menciona las acciones realizadas ante el Congreso a través de la Senadora Piedad Córdoba; da cuenta de las acciones a favor de los proyectos de ley relacionados con la misma materia y que hicieron curso en las cámaras legislativas, y concluye reseñando las informaciones de prensa y reacciones de opinión ante el hundimiento del proyecto de ley de parejas del mismo sexo. Además, hacen referencia a la reacción favorable de la opinión pública y de las instituciones a las sentencias de la Corte Constitucional que reconocieron los derechos patrimoniales y de afiliación en salud a las parejas homosexuales.

Los intervinientes aportan documentación sobre lo que consideran ha sido su participación e injerencia en el trámite de los proyectos de ley presentados ante el Congreso, relacionados con la protección a las parejas integradas con personas del mismo sexo. Como prueba de su gestión anexan los siguientes documentos:

1. Materiales de cabildeo Colombia Diversa.

2. Informaciones de prensa escrita relativas a la reacción de la opinión pública ante el hundimiento del proyecto de ley de parejas del mismo sexo.

3. Informaciones de radio y televisión relativas a la reacción de la opinión pública ante el hundimiento del proyecto de ley de parejas del mismo sexo (1 DVD).

4. Informaciones de prensa escrita relativas a las sentencias C-075 y C-811 de 2007, por las cuales se reconocen derechos patrimoniales y de afiliación en salud a las parejas del mismo sexo.

5. Informaciones de radio y televisión relativas a las sentencias C-075 y C-811 de 2007, por las cuales s e reconocen derechos patrimoniales y de afiliación en salud a las parejas del mismo sexo (1 DVD).

6. Documentos implementación Sentencia C-075 de 2007:

1. Instrucción No. 10 Superintendencia de Notariado y Registro

2. Circular No. 5 Ministerio del Interior y de Justicia

3. Cartas Consejo Superior de la Judicatura

4. Carta de Colombia Diversa solicitando la implementación de la sentencia C-075 de 2007.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Al analizar las normas parcialmente acusadas, el Jefe del Ministerio Público recuerda la importancia jurídica de examinar e interpretar las normas a la luz de los valores, principios y reglas constitucionales, como también teniendo en cuenta los pronunciamientos de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Inicia su estudio refiriéndose a las expresiones contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, parcialmente acusados en el presente caso.

Para el Ministerio Público el análisis empieza por lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política que proscribe cualquier forma de discriminación con base en el sexo, lo cual encuentra respaldo en tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales, tal como lo prevé el artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales.

En su concepto, toda discriminación a las personas por razón de su orientación sexual resulta contraria a la dignidad humana, dignidad que resulta de la decisión de mostrar capacidad de elegir y de la autonomía de la persona. Para el Procurador General de la Nación, la conducta y el comportamiento homosexual tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones validas y legítimas de las personas, por lo cual carecería de sentido que la autodeterminación sexual quede por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de las personalidad y a su libre desarrollo, toda vez que la identidad y la conducta sexuales ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad un lugar decisivo.

Continúa su exposición el Jefe del Ministerio Público recordando como a partir de la Sentencia C-075 de 2007, el régimen de protección contenido en la Ley 54 de 1990 se aplica también a

las parejas homosexuales, por lo cual resulta imposible continuar interpretando las normas acusadas privando a las personas homosexuales o a las parejas homosexuales de los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos.

Para la Vista Fiscal, no es posible dentro de un Estado Social de Derecho privar a un grupo de ciudadanos que deciden conformar una pareja con persona de su mismo sexo, de los derechos que le son reconocidos a los demás ciudadanos, únicamente debido a su orientación sexual. Agrega que los derechos de las personas y parejas de un mismo sexo comportan deberes que el Estado debe cumplir a su favor y que tocan directamente con la dignidad humana y los derechos a la seguridad social, al libre desarrollo de la personalidad y a la vida.

Acerca de las implicaciones de la Sentencia C-075 de 2007 sobre la interpretación de los artículos 1º. de la Ley 54 de 1990, 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, considera la Vista Fiscal que mediante este pronunciamiento la Corte confirió a las parejas del mismo sexo una equiparación con las parejas heterosexuales extendiendo a las primeras la presunción legal que formula la ley 54 de 1990 sobre la existencia de la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes heterosexuales, pudiendo sus integrantes, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos por la ley para establecerla.

En palabras del Procurador General: "… la sentencia C-075 de 2007 abrió la posibilidad de interpretar la noción de compañeros permanentes en el sentido de que incluye a las parejas del mismo sexo, no solo para el caso del régimen patrimonial de bienes previsto en la ley 54 de 1990, sino también para los demás regímenes jurídicos que utilizan esa noción para conferir beneficios a las parejas no casadas". (Fl. 28 del concepto rendido ante la Corte Constitucional).

Considera el Jefe del Ministerio Público que a la luz de los precedentes establecidos en las sentencias C-075 y C-811 de 2007, los compañeros o compañeras permanentes del mismo sexo del afiliado del cual dependían económicamente, pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, siempre que llenen los requisitos consagrados en la ley. Concluye la Vista Fiscal expresando: "… se requiere dar la misma protección que se otorga a las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales, toda vez que estas últimas se encuentran en condiciones asimilables a las primeras, y por ende para no infringir ese mandato de protección, ha de extenderse al régimen de protección en materia de seguridad social – específicamente en lo referente a la pensión de sobrevivientes, consagrado exclusivamente por la Ley 100 de 1993 en los artículos 47 y 74 para las parejas heterosexuales, a las parejas homosexuales, toda vez que el legislador no ha ofrecido expresamente a la fecha en este caso un régimen legal de protección a las parejas homosexuales que están en situación equiparable". (Folio 31 del concepto rendido por el Procurador General de la Nación).

La petición del Ministerio Público está encaminada a que se declaren exequibles las expresiones atacadas, bajo el entendido que cuando estas se apliquen, se entiendan comprendidos también el compañero o la compañera permanente del mismo sexo del afiliado. Respecto de la expresión "familiar" del inciso primero del artículo 163 de la ley 100 de 1993, pide estarse a lo resuelto en la sentencia C-811 de 2007 y en relación con el artículo 1º de la ley 54 de 1990, solicita a la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-075

de 2007.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

2. Asunto previo. Cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y artículo 163 de la ley 100 de 1993.

Se demanda en el presente caso la expresión "para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho", contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, por vulnerar los artículos 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución, en cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales.

Mediante sentencia C-075 de 20071, la Corte declaró la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, al estudiar unos cargos similares a los ahora propuestos.

En este caso se demanda también, las expresiones "familiar", "el compañero o la compañera permanente" y "compañero o compañera permanente" contenidas en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, igualmente por vulnerar los artículos 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución, en cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales.

La Corte, mediante sentencia C-811 de 20072, declaró EXEQUIBLE el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, al estudiar unos cargos similares a los ahora propuestos.

De esta manera, existe cosa juzgada constitucional frente a las expresiones enunciadas de los artículos 1º de la Ley 54 de 1990 y 163 de la Ley 100 de 1994.

Por lo anterior, procede en esta ocasión un pronunciamiento de fondo sobre los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

3. Cargos de la demanda y problema jurídico que debe analizar la Corte.

1. Para los demandantes:

Con la Sentencia C-075 de 2007, el precedente en materia de parejas homosexuales cambió significativamente, pues la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho debía ser extendido a las parejas homosexuales. Consideran los accionantes que se deben utilizar criterios similares para ampliar la protección en materia de pensión de

sobrevivientes, haciendo extensivos éstos beneficios a las parejas integradas con personas del mismo género.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió a favor de un ciudadano colombiano que dependía económicamente de su compañero fallecido y a quien en Colombia las autoridades negaron los beneficios de la sustitución pensional, por considerar que ésta prestación sólo era aplicable a parejas heterosexuales. Para el Comité, el Estado colombiano violó el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al no presentar argumento o prueba que sirviera para demostrar que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva.

Agregan que los apartes atacados desconocen lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto excluir a las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de seguridad social reconocido a las parejas heterosexuales, implica violación de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad a los cuales debe sujetarse la prestación del servicio público de seguridad social.

Las normas demandadas comportan una vulneración de la dignidad humana de las personas homosexuales que conforman parejas, por cuanto la distinción entre la opción homosexual y heterosexual en la que se fundan, reduce la posibilidad a los homosexuales de vivir plenamente su opción de vida. Añaden los accionantes que la dignidad humana también resulta menoscabada en su dimensión de garantía del mínimo vital, cuando como consecuencia del fallecimiento de uno de los miembros de una pareja homosexual, el otro que dependía económicamente de su pareja queda en una situación de desprotección que atenta contra sus posibilidades de vivir dignamente.

Finalmente, los demandantes consideran como argumento de su demanda el hecho que en los últimos ocho años han sido presentados ante el Congreso de la República cinco proyectos de Ley tendientes a regular los derechos patrimoniales y de seguridad social de las parejas del mismo sexo, sin que tales iniciativas hayan desembocado en normas que garanticen plenamente el ejercicio de los derechos de las personas que conforman parejas homosexuales.

2. Corresponde a la Corte Constitucional determinar si el conjunto normativo parcialmente acusado, de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es inexequible por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo.

La Sala deberá establecer si la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales, impide válidamente que el compañero o compañera permanente de una pareja homosexual acceda a la pensión de sobrevivientes.

3. Con el fin de analizar el mencionado problema jurídico, la Corte hará referencia previamente a las personas homosexuales frente al ordenamiento jurídico Colombiano nacional e internacional, y a la naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

5. Las personas homosexuales frente a la Constitución de 1991. Estado social de derecho, dignidad humana, igualdad, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad.

5.1. cabe recordar, que la Constitución Política de 1991 estableció para Colombia el modelo de Estado social de derecho, considerado como un gran avance para los sistemas democráticos que lo han acogido, si se tiene en cuenta que con él se pretende ampliar eficazmente la órbita de protección de la persona, procurando dejar en el pasado doctrinas para las cuales lo más importante era el Estado y su organización. Con la adopción del nuevo modelo, se dinamizan algunos valores y principios característicos del Estado de derecho y aparecen otros útiles y necesarios para comprender adecuadamente la dimensión socio-política de la persona, considerada en adelante como la razón de ser de la estructura política, el sujeto principal de la misma y, por ende, el centro para la declaración, garantía y protección de los derechos que le son inherentes.

Con la declaración político-jurídica contenida en la primera línea del artículo 1º. de la Carta Política, se imponen al Estado nuevos deberes y, en consecuencia, aparecen nuevos derechos a favor de las personas, particularmente aquellos relacionados con los valores intrínsecos e inherentes del ser humano; es decir, se elevan a la jerarquía de norma constitucional algunos postulados anteriormente considerados simple retórica, pero que actualmente constituyen el eje principal del ordenamiento jurídico.

5.2. Como primer fundamento del modelo conocido como Estado social de derecho, se cuenta el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana. De esta manera, el constituyente de 1991 aportó claridad respecto de quien es considerado el centro de la organización socio-política, es decir: la persona humana en su dimensión individual y social; en este último caso, en sus relaciones con los otros y en la tensión que se genera cuando ella interactúa con las demás personas.

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.

5.3. Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección3. En efecto, el Estado social de derecho reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.Po. art. 16), considerado corolario del pluralismo y la diversidad, valores superiores que actualmente identifican a los Estados liberales y democráticos de derecho, sin más limitaciones que las

que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, según el cual se le permite a la persona escoger y adoptar un plan de comportamiento acorde con su concepción del mundo y de su entorno social.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.4 Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.5

Derecho mencionado que es de status activo y exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Por lo que, se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado6.

Esta corporación ha considerado también, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad, sin que deba entenderse que, en el ámbito educativo, la búsqueda de realización de la persona resulte aceptable como pretexto para negar efectos a los actos de autoridad lícitos, que son inherentes a la función educativa.7

5.4. En efecto, si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón del la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.

5.5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía e identidad personal que armoniza con lo previsto en el artículo 13 de la Carta, que proscribe toda forma de discriminación, entre otras por razón del sexo de las personas, pues éstas cuentan con la libertad de opción sexual, considerada aplicación del citado derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En relación con la garantía consagrada a favor de todas las personas por el artículo 13

superior y que impide la discriminación por razones de género, la Corporación ha precisado:

“La Corte no considera que el principio democrático pueda en verdad avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público.”8

5.6. La prohibición de someter a las personas a tratos discriminatorios por razones de sexo, también encuentra fundamento en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, a lo cual se agrega la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, que según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Carta o la jurisprudencia constitucional9.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, en el artículo 26 del Primer Protocolo Facultativo establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizara a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

5.8. Si de conformidad con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden buscar su propia identidad y la opción de vida que deseen llevar, inclusive respecto de su orientación sexual, y no pueden ser discriminados por ello, tales derechos fundamentales, garantizan con relación a los homosexuales, un trato justo, respetuoso y tolerante hacia ello y hacia su condición11.

5.9. Cabe recordar, que si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan “coexistir las mas diversas formas de vida humana”.12 En efecto, debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos (CP art. 15) sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente13.14.

Sin embargo, pese a que la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y por tanto la libre opción sexual, y además prohíbe la discriminación por razón del sexo de las personas, las parejas homosexuales han sido tradicionalmente discriminadas,

y solo han logrado reconocimiento jurídico y protección merced a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5.10. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, estableció que el reconocimiento de determinadas garantías a las parejas heterosexuales puede corresponder a una forma de discriminación para las parejas homosexuales, cuando a éstas no se les reconoce lo mismo sin suministrar una explicación objetiva y razonable. Sobre la discriminación en este campo, en la citada sentencia la Corte expresó:

"(…) se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con el artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría 'orientación sexual', la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación15, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto16".

Respecto del tratamiento dispensado a los integrantes de la comunidad homosexual, en la misma providencia la Corte precisó: (i) La Constitución Política proscribe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; (ii) Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) Corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y, (iv) Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente17.

Sentencia C-075 de 2007 en la que se concluyó una ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual que resulta lesiva de la dignidad de la persona humana y contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución, en cuanto comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

5.11. Mediante sentencia C-811 de 2007, la Corte reitera las consideraciones hechas en la

sentencia C-075 de 2007 en cuanto a los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad de que son titulares las parejas del mismo sexo, dispuso que el régimen de protección consagrado en el Plan Obligatorio de Salud se aplica también a las parejas del mismo sexo.

En este pronunciamiento, la Corte concluyó que la vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el Plan Obligatorio de salud comporta para éstas un déficit de protección inadmisible a la luz de la Constitución. Al respecto consideró la Corte:

"A la luz de los criterios previamente esbozados, para la Sala es claro que la norma aquí acusada impone al ejercicio de la libertad en la elección sexual una carga que no se compagina con el derecho que aquella libertad encarna. La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.

Ahora bien, además de que el impedimento de vinculación en pareja homosexual implica una discriminación de dicha opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de sus miembros, la Corte considera que la medida no es proporcional ni necesaria.

Efectivamente, la Corte considera que la exclusión derivada de la norma sub judice somete a una presión desproporcionada, y por tanto inconstitucional, el libre ejercicio de la opción sexual (art. 16 C.P.), en cuanto que impide que personas que han decidido conformar una pareja estable -en un modelo que la Constitución acepta y ampara-, reciban los beneficios de un sistema que se ofrece a otros individuos –de distinto sexo- que también han decidido hacerlo.

La privación de dichos beneficios deriva, como se dijo, en un déficit de protección que afecta derechos de jerarquía fundamental. Ciertamente, la privación de los beneficios que la ley ofrece a parejas heterosexuales afecta directamente el derecho a la salud de los miembros de la pareja del mismo sexo y compromete en última instancia su derecho a la vida (art. 11 C.P), con lo cual se quiere significar que, en su caso, los derechos a la salud y a la vida se ven afectados por el ejercicio legítimo de su libertad.

5.12. Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional llevan a considerar que aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales.

6. Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes. Los límites de la potestad de configuración del legislador en esta materia.

6.1. Anteriormente denominado derecho a la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta

manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.

La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado.

Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él. Su naturaleza jurídica ha sido explicada en los siguientes términos:

"La Corte Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado respecto de la naturaleza de la pensión de sobrevivientes18, al respecto ha dicho que dicha prestación suple la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado del grupo familiar con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

Adicionalmente, la Corte ha planteado que la pensión de sobrevivientes '(…) responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"19. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades'20."21

6.2. La pensión de sobrevivientes ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y como aquella prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que éstas últimas deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento22. Sobre esta materia la Corte ha precisado:

"La sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria23. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y que, además, en muchos casos compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades mínimas."24

6.3. Si bien, el derecho a la pensión de sobrevivientes es de carácter prestacional, adquiere el de derecho fundamental cuando de ésta depende la materialización de mandatos constitucionales que propenden por medidas de especial protección a favor de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Sobre esta materia la Corte ha explicado:

"Ahora bien, con relación a la naturaleza jurídica de esta prestación, la Corte ha establecido de manera reiterada25 que si bien en principio se trata de un derecho de contenido prestacional, éste adquiere el carácter de fundamental cuando su determinación involucra a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como sucede en el caso de los hijos inválidos, ya que en estos eventos existe una relación de conexidad entre el derecho a la sustitución pensional y algunos derechos de rango fundamental, como lo son, la vida, el mínimo vital, la dignidad humana o a la integridad personal. (…)

En consecuencia, el derecho a la pensión de sobrevivientes adquiere el carácter de fundamental cuando de éste depende la materialización de los mandatos constitucionales que propenden por el establecimiento de medidas de especial protección a favor de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tales como los niños, las personas de la tercera edad y los discapacitados o inválidos".26

6.4. En cuanto a la finalidad de esta prestación, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia son acordes. Así, ésta Corporación ha dicho:

"(…) no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición"27

6.5. Igualmente, el Consejo de Estado se ha referido a esta institución expresando:

"(…) puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante"28.

6.6. Ahora bien. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley, y como derecho irrenunciable se garantiza a todos los habitantes.

6.7. En efecto, la Constitución Política le ha atribuido al Legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social al tiempo que ha establecido unos principios y reglas generales, básicas y precisas, a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social29.

Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad30. "Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social"31. Lo mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Carta del 91.".32

6.8. Esta corporación ha considerado, que la potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares33; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera (C.P. art. 48)34.35

En relación con el último punto, cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc36. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que "no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad"37. 38

Al respecto la Corte desde sus inicios señaló lo siguiente:

"La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predican de todas las personas".39

6.9. Además, como también lo ha considerado esta corporación, el legislador en ejercicio de la citada potestad de configuración normativa, además de someterse al cumplimiento -en concreto- de aquellas reglas y principios que regulan el suministro y la exigibilidad de las prestaciones que componen el sistema de la seguridad social, se encuentra sujeto de igual manera a la observancia de aquellos otros principios, valores y derechos constitucionales previstos en el texto Superior, que generalmente limitan el desarrollo de la atribución constitucional de regulación40.41

En dicho sentido, la Corte en sentencia C-671 de 2002, sostuvo que:

“Esta Corte ha señalado que si bien la Constitución señala unos principios que gobiernan los derechos a la seguridad social y a la salud, el Legislador goza de una amplia libertad para regular la materia, pues la Carta establece que la seguridad social se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, “en los términos que establezca la Ley”. (…) La amplia libertad del Legislador en la configuración de la seguridad social no significa obviamente que cualquier regulación legislativa sea constitucional, pues no sólo la Carta señala unos principios básicos de la seguridad social y del derecho a la salud, que tienen que ser respetados por el Congreso, sino que además la ley no puede vulnerar otros derechos y principios constitucionales”.

6.10. Igualmente, esta Corte ha insistido, en que el control de la Corte sobre medidas relacionadas con la seguridad social debe ser riguroso, cuando a pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población42.43

Precisado que la potestad del legislador para configurar todo lo concerniente a la seguridad social no es absoluta, sino que tiene como límite lo dispuesto en la Constitución, pasa la Corte a analizar el caso concreto.

7. Análisis de las expresiones demandadas

7.1. Los textos demandados hacen parte de los artículos 47, 74 de la ley 100 de 1993, sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Según los accionantes, la aplicación de los mismos significa discriminar a las parejas integradas con personas del mismo sexo, pues éstas no pueden acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes conforman parejas heterosexuales.

7.2. En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aún cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

7.3. Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser

ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

7.4. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

7.5. La Corte tiene establecido que el examen de medidas legislativas como las dispuestas por las expresiones demandadas se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada "(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población"; en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional "esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado" .44

7.6. Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, sin embargo, la búsqueda de este propósito, así como su potestad de configuración, no lo habilitan para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho, pues al redactar las expresiones demandadas generó una situación de abierta discriminación en contra de una comunidad que, como la homosexual, es considerada parte de una clasificación sospechosa en cuanto proviene de una distinción fundada en razones de sexo, distinción proscrita por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución.

Al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente validas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

7.7. Entre las objeciones formuladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en las condiciones reclamadas por los demandantes, aparece el siguiente argumento:

"… es claro que los beneficios de la seguridad social se concretan y estructuran en los términos en que el Legislador así lo disponga. Por ello, las leyes y normas, que regulan la

seguridad social, deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían hacerse efectivos los derechos prestacionales y por tanto, materializarse acorde con los procesos de planificación económica y principios presupuestales, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional”45.

Lo expresado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público amerita una respuesta en tres dimensiones: legal, económica y axiológica. En primer lugar, es cierto que el legislador goza de libertad para configurar el sistema de seguridad social, libertad que, como ya se advirtió, no es absoluta por cuanto está limitada por el texto de la Constitución Política.

En segundo lugar, no es cierto que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales desemboque en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema de protección de seguridad social en pensiones, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.

El legislador no puede válidamente suponer que en todo caso de muerte de un pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, no existe en el orden de prelación una persona legitimada para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que la regla básica y general es que las personas hacen parte de un grupo familiar, de una comunidad de afecto y apoyo mutuo, al interior de la cual bien pueden estar presentes los futuros beneficiarios de la sustitución pensional. En adelante, el legislador deberá adecuar el sistema de protección social en pensiones a partir de análisis financieros que tengan en cuenta los efectos de la presente Sentencia, como también el nuevo orden de prelación establecido como consecuencia de la misma.

En tercer lugar, la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y su corolario, esto es la libertad de opción sexual, los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa y, derivada de ésta, la posibilidad de excluir del sistema de seguridad social en pensiones a un grupo de la sociedad habitualmente discriminado como lo es la comunidad homosexual.

7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación46, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha

exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición solo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

8. Formalización de la convivencia

8.1. En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley, particularmente en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.

8.2. Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-521 de 2007, para todos los efectos se entenderá que lo dicho ante el notario es cierto y es expresado bajo juramento; de esta manera, los integrantes de la pareja asumen las consecuencias judiciales y administrativas derivadas del fraude, la falsedad o la ausencia de veracidad en sus declaraciones. En la Sentencia que se menciona, sobre la formalización de la convivencia, la Corte expresó:

“Al respecto la Sala reitera el deber que tienen los particulares y las autoridades de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (C.Po. art. 83); sin embargo, es pertinente recordar que las autoridades públicas y las entidades particulares están en el deber de denunciar penalmente todo hecho que pueda significar atentado contra el ordenamiento jurídico, como medio para disuadir o sancionar a quienes pudieran buscar u obtener el estatus de beneficiario del POS sin contar con la calidad de compañero (a) permanente.

5.2. La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico”.

8.3. En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLES las expresiones “la compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “la compañera permanente”; “compañero o compañera permanente”; “una compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “compañero o compañera permanente”, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “el cónyuge o la compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “un compañero o compañera permanente”; “una compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “compañero o compañera permanente” y “compañero o compañera permanente”, contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Segundo: Respecto del artículo 1º. de la Ley 54 de 1990, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007, que declaró la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

Tercero: En cuanto a las expresiones demandadas del artículo 163 de la ley 100 de 1993, estarse a lo resuelto en la sentencia C-811 de 2007, que declaró EXEQUIBLE el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE EN COMISIÓN

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-336 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

PAREJAS HOMOSEXUALES-Igualdad de derechos reconocidos por la Constitución a la familia, al matrimonio y a las parejas heterosexuales (Salvamento parcial y aclaración de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Igualdad de derechos y obligaciones (Salvamento parcial y aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-6947

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

Magistrado Ponente:

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi disenso parcial frente a la decisión adoptada en esta providencia, por cuanto en su momento me aparté de las decisiones adoptadas en las sentencias C-075/07 y C-811/07, a las cuales se dispone estarse a lo resuelto en esta oportunidad en los ordinales segundo y tercero de este fallo. Así mismo, aclaro mi voto a la decisión adoptada por la Corte por cuanto el suscrito

magistrado sostiene una posición jurídica más amplia relativa a una protección integral de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo.

(i) En este sentido, me remito a las razones expuestas respecto de la sentencia C-075 del 2007, las cuales cito in extenso, ya que considero que siguen siendo válidas en el asunto que hoy nos ocupa relativo a las expresiones demandas del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, y de los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993:

“2. Restricción de la presente sentencia a los efectos patrimoniales frente a la connotación amplia de la expresión “efectos civiles” de la Ley 54 de 1990

Considero que en la demanda se ataca el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 por la discriminación a las parejas homosexuales dentro de un espectro amplio de derechos, mientras que la presente sentencia reduce el estudio de constitucionalidad de la norma demandada y el problema de la discriminación de las parejas no heterosexuales al ámbito patrimonial, que no obstante, en mi opinión, tampoco se resuelve plenamente por la decisión que nos ocupa.

A mi juicio, la demanda se planteó de una manera amplia, pues además del respeto a la dignidad humana y al derecho de asociación, se tenía que tener en cuenta otros derechos como el de la igualdad. Por consiguiente, en mi concepto, hay una diferencia entre lo que se aduce en la demanda y lo que plantea la sentencia. Los demandantes alegan discriminación de las parejas homosexuales en varios temas. Sin embargo, la sentencia plantea varias reducciones, la primera de éstas, referente al ámbito de las normas acusadas que lo reduce a los efectos patrimoniales, mientras que el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que no son solamente los patrimoniales.

En mi criterio, en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente económico, ni siquiera civil, pues el término “efectos civiles” es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve sólo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales.

En mi opinión, el punto a definir en este proceso es si el reconocimiento de derechos iguales para los homosexuales debe ser a medias o si se deben reconocer TODOS los derechos, es decir, derechos plenos a estas parejas. A mi juicio, en la demanda no se están pidiendo privilegios, sino que sólo se está pidiendo igualdad, lo cual no les reconoce plenamente esta sentencia.

Los demandantes solicitan, a mi juicio, que no se discrimine a las parejas homosexuales y esto en todas las esferas: política, económica, social, económica, cultural, civil, en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios prestacionales, de la adopción, sucesión, en relación al tema del procedimiento penal, en el tema de la vivienda, etc. De este modo, considero que no sólo deben tenerse en cuenta los efectos civiles sino también otros efectos jurídicos: laborales, seguridad social, los efectos en el ámbito penal, administrativo.

Así por ejemplo en materia alimentaria, los homosexuales no están amparados por la protección de alimentos para cualquier hombre o mujer que conviva en relación marital y dependa económicamente de ella para su subsistencia. Frente a esto, considero que el deber de solidaridad debe ser extensivo tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales.

En relación con el régimen de afectación a vivienda familiar, con el consecuente beneficio de inembargabilidad, estoy de acuerdo con el demandante en el sentido de que aquí existe otra discriminación en contra de las parejas homosexuales, toda vez que la normatividad concibe esta figura exclusivamente para los cónyuges y los compañeros permanentes cuya convivencia sea superior a dos años, por lo cual, la pareja homosexual no puede aspirar a que el bien inmueble adquirido por su pareja y usado como su habitación goce de este beneficio de inembargabilidad.

En relación con los efectos penales, como por ejemplo frente al tema de la violencia intrafamiliar, inmunidad para declarar, tenemos que la regulación de la violencia intrafamiliar – Ley 294 de 1996 y Ley 599 de 2000- protege, entre otras personas, a quien convive con el agresor, sin embargo, se le impide a un homosexual agredido por su pareja acceder a la protección especial que el legislador creó para la familia, debiendo limitarse a instaurar una denuncia por lesiones personales, con lo cual, en mi concepto, no se le otorgan las mismas garantías para esta forma de violencia intrafamiliar.

En materia procedimental igualmente, la Ley 906 de 2004, establece la excepción de denunciar, o para el imputado, la excepción de no incriminar a su compañero o compañera permanente, lo cual se refiere directamente a la definición contenida en la Ley 54 de 1990, beneficio que no cobija a los homosexuales y sus parejas, los cuales se ven obligados a denunciar o incriminar a su pareja homosexual.

En materia laboral, a pesar de que la ley 100 de 1993 estableció que los regímenes de salud y pensiones eran aplicables a todos los colombianos, las personas homosexuales no tienen la posibilidad de registrar o afiliar a su pareja, o de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, figuras a las que sí pueden acceder las parejas de heterosexuales.

Respecto de los efectos migratorios, considero que deben reconocerse por ejemplo el derecho de ingreso, derecho de residencia, derecho de nacionalidad, de las parejas de homosexuales.

Así también, en materia de contratos y adquisiciones de seguros, se les niega a la pareja de homosexuales esta posibilidad jurídica, así como otros muchos aspectos civiles que dejó por fuera esta sentencia, además de no considerar otros efectos diferentes a los civiles y dejar por fuera otras ramas del derecho.

Por lo tanto, considero que la norma demandada es inconstitucional en un doble sentido: no sólo porque representa una clara discriminación frente a las parejas de homosexuales, sino por cuanto incluso representa una discriminación frente a las parejas de heterosexuales, ya que se las termina discriminando frente a las parejas matrimoniales. En este sentido, en mi criterio esta ley también discrimina a los heterosexuales.

De otra parte, en mi opinión, en asuntos constitucionales no es de acogida el argumento según el cual la inconstitucionalidad detectada por el juez constitucional no se puede declarar sino es acusada en la demanda, por cuanto una cosa es la demanda y otra cosa es lo que tiene que hacer el juez constitucional. Precisamente en esto consiste, en mi entender la particularidad del juez constitucional, en que puede ir más allá de lo demandado en aras de proteger la supremacía e integridad de la Constitución. Con respecto a la desigualdad y a la libertad, el juez constitucional tiene que restablecer la igualdad y libertad plena y completa, independientemente de que en la demanda pidan o no lo pidan, y no limitarse por tanto a lo que pida el demandante. Así que ni siquiera este argumento resulta, a mi juicio, convincente.

En conclusión, sostengo la tesis de que la norma demandada se refiere a todos los "efectos civiles", que superan con creces los meros efectos patrimoniales. De este modo, en mi criterio, los problemas de debate y los más difíciles en relación con la protección de los derechos de los homosexuales son temas de derecho civil: por ejemplo, el matrimonio es un contrato que está regulado por el derecho civil; la adopción es una institución del derecho civil; los alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil; las guardas de tutelas; todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión "efectos civiles" a los efectos meramente patrimoniales, como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia.

A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todos las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional ha debido ocuparse de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se haga por fuera de las normas, por cuanto, como quedó anotado, aún la expresión "efectos civiles" tiene una connotación amplia. A mi juicio, el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a TODOS los efectos "civiles", que como se señaló, no son únicamente los patrimoniales.

En síntesis, se puede afirmar que de un lado, la Ley 54 de 1990 representa no sólo una discriminación frente a las parejas homosexuales sino incluso frente a las parejas heterosexuales, por cuanto dicha ley restringe los efectos jurídicos y el reconocimiento de los derechos que hay que reconocer a las uniones maritales de hecho, sólo a los efectos civiles, y de otro lado, la interpretación restringida que se hace de esa ley en este sentencia es que los efectos civiles se reducen a los efectos patrimoniales, dejando de este modo de lado, toda una gama de efectos civiles como el matrimonio, la adopción, la sucesión, los aspectos laborales, pensionales, para nombrar solo algunos de ellos.

3. El concepto de familia

A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término "o" consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas

homosexuales.

En este sentido, me permito reiterar mi tesis respecto de que la conformación de una familia puede realizarse por diferentes caminos47: el matrimonio, la voluntad de los miembros de la pareja, ya que en mi criterio, la Constitución no contempla una sola forma de familia, ya que inclusive la familia puede estar constituida por una mujer sola con su hijo. Afirmo, que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos tanto para las familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales.

Por tanto, a mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

El matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.

La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermas y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el esperma y concibe uno o más hijos de esta manera; no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico).

La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

La Constitución trae varias disyunciones, que se expresan gramaticalmente con la letra “o”. En el caso del matrimonio se exige la decisión libre; decisión libre que no es otra cosa que la voluntad del hombre y la mujer de contraer matrimonio, de tal manera que el constituyente no necesitaba reiterar el elemento voluntad, para los eventos en que se puede conformar una familia sin previo matrimonio; a no ser que se tratase, de eventos o hipótesis diversas, como a nuestro juicio se trata. No sobra recordar, que cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es por que quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis el constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído

matrimonio.

No sobra recordar que las familias que tienen el origen en un matrimonio se mantienen jurídicamente, aunque el matrimonio desaparezca, bien por un hecho jurídico, como por ejemplo el divorcio de los padres, o por un hecho natural como la muerte de alguno de los padres o de ambos; esto demuestra que puede existir familia aunque no exista el matrimonio.

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

De otra parte, considero que no debe existir discriminación alguna entre las parejas matrimoniales y las uniones de hecho, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, por cuanto a la luz de los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho el matrimonio heterosexual no puede tener más derechos que las uniones maritales de hecho heterosexuales, ni tampoco frente a las parejas de homosexuales.

En este sentido, cabe preguntar si la Constitución habla de un matrimonio entre hombre y mujer y si esa es la única vía de formar un matrimonio? Mi respuesta categórica a esta pregunta es NO. El matrimonio de los laicos es, a mi juicio, un simple contrato. A la connotación religiosa no nos oponemos, pero en la esfera del Estado (secular y laico, separado de la iglesia) no se puede afirmar legítimamente que el matrimonio civil o el matrimonio religioso deban y puedan tener más derechos. Por el contrario, sostengo que en un Estado de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

Por tanto, reitero que la norma que consagra la unión marital de hecho exclusivamente con efectos civiles es inconstitucional, porque un tipo de familia no puede ser de mejor y otra de menor categoría, sino que todas tienen que tener los mismos efectos: matrimonio civil o religioso tiene que ser igual a la unión marital de hecho. La norma demandada, como ya se anotó, discrimina incluso a las parejas de heterosexuales, porque sólo le concede a la unión marital de hecho efectos civiles.

Finalmente, me parece necesario anotar que en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no solo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran en pecado. Sin embargo, no siempre ha sido así. Bástenos para ejemplificar nuestro aserto, el hecho de que la propia iglesia católica hasta el siglo XII casó homosexuales y que en sociedades que fueron cuna de la civilización occidental, como eran Grecia y Roma no existían esos preconceptos contra ellos. A este respecto, es suficiente con recordar que Sócrates y Platón eran homosexuales y, que a Julio César cuando entró a Roma, según cuenta Indro Montanelli, en su libro Historia de Roma, le gritaban: Viva César, el marido de

todas las mujeres y la mujer de todos los maridos.  La importancia para la humanidad de Sócrates, Platón o César, nada tiene que ver con su condición de homosexuales, ya que esta condición ni les quita ni les pone. Sólo cuando aprendemos a valorar a las personas independientemente de su condición sexual, estaremos valorándolas en su real condición humana, esto es, estaremos reconociéndoles la dignidad humana.

4. La dignidad humana y el reconocimiento pleno de derechos

El concepto de dignidad humana, elaborado fundamentalmente por Emmanuel Kant alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo convierte en sujeto moral, es aquello que no tiene precio, es decir, de lo cual no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable y nos permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser medio digno. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, hay que necesariamente reconocerles todos los derechos.  El correlato necesario del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, esta es la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana hasta nuestros tiempos.

Por esta razón, no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se le niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

En mi concepto, la jurisprudencia existente de esta Corte en relación a los derechos de las personas homosexuales, en el ámbito individual, para el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad, se hace nugatoria y no tiene efectos reales, pues no toca el plano de la pareja, que tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues es un aspecto fundamental que hace real y efectivo la libertad y autonomía del individuo, a través del derecho a la libre opción sexual y la libre escogencia y desarrollo de un plan o proyecto de vida en compañía de la pareja sentimental o compañero sexual.

Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado, negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatario de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en este caso es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

En el debate planteado por ejemplo en torno del matrimonio de las parejas homosexuales hay cuestiones difíciles, pero considero que se debe diferenciar claramente entre la concepción religiosa sobre determinada forma matrimonial y el reconocimiento del matrimonio laico o del matrimonio de parejas homosexuales con todos los efectos jurídicos, y por ello no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas o homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, reitero mi disenso frente a esta sentencia. En mi opinión, no es que todas las parejas tengan que contraer matrimonio, sino que tiene que existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Reitero por tanto, que los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, entre muchos otros.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado Constitucional de Derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las parejas independientemente de su conformación sexual. Por ello reitero, que en mi concepto, esta sentencia ha debido ocuparse de todos los aspectos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se pueda aducir, a mi juicio, que esto se encontraba por fuera de la norma demandada. Por lo demás, como quedó expuesto, el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales.

Adicionalmente, considero que la población homosexual es víctima de toda una cadena de diversas formas de discriminación: Así por ejemplo, hay otras discriminaciones contra estos grupos por parte de: 1. Asociaciones y organizaciones civiles y mercantiles en general, por cuanto muchas asociaciones impiden a los homosexuales ser parte de ellas o se niegan a aceptarlos como miembros. 2. Discriminación “en” o “para” el empleo: por cuanto patronos o sindicatos no los contratan o los contratan y descubren que son homosexuales y los despiden o los expulsan. 3. En lugares públicos: los homosexuales son discriminados en los parques, en los espacios públicos. 4. Casa o habitación: se les discrimina en el tema de la casa y/o habitación respecto por ejemplo de la suscripción de un contrato de arrendamiento. 5. Autorización y pago de créditos que no se autorizan. 6. Discriminación “en” o “por” instituciones gubernamentales o cargos públicos. 7. En instituciones educativas: se les discrimina en las dos partes de las relaciones educativas, o se le discrimina al alumno.

Así mismo, considero que existe en general una rueda o ciclo vicioso de discriminación, en la cual la condición de homosexual juega un papel importante. De este modo, existe por ejemplo una discriminación de inmigrantes por nacionales, de negros por blancos, de mujeres por hombres, de indígenas por dominantes, de pobres por ricos, de homosexuales por heterosexuales. Hay sectores de la población que sufren o padecen, y son víctimas de más de una discriminación a la vez: inmigrante, pobres, negros o indígenas, mujeres, homosexuales. Así por ejemplo, puede darse situaciones en que confluyan en una misma persona una serie de discriminaciones como cuando se es mujer, de raza negra, inmigrante,

lesbiana y pobre.

De otra parte, sostengo que independientemente de que haya caído el socialismo, subsisten las clases sociales cada una con problemas diferentes, pues lo que es un problema para una clase no lo es para la otra. Pareciera que la situación de las personas homosexuales sólo le preocupara a las clases altas, por cuanto se ha reducido a un problema de orden económico, dejando de lado los demás ámbitos jurídicos y derechos por reconocer.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de las parejas homosexuales en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, etc, como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales.

5. Los límites de la competencia legislativa

En mi concepto, mediante la tesis esbozada en la presente sentencia, en el sentido de que el legislador tiene libertad de configuración para establecer diversos regímenes, se acepta que lo que existe, en este caso la legislación dirigida sólo a parejas heterosexuales, está bien, cuando es evidente que no lo está, pues representa una discriminación frente a las parejas homosexuales.

De otra parte, en repetidas oportunidades he sostenido que el Legislador tiene claros límites en el ejercicio de su poder legislativo, pues no puede ir en contravía de los pilares y principios fundamentales de nuestro Estado Social y Constitucional de Derecho, el cual se funda en la igualdad y la libertad, todo lo cual trae necesariamente aparejado, como lo he sostenido, el reconocimiento de PLENOS DERECHOS a todos los ciudadanos sin perjuicio de su escogencia o preferencia sexual.

Así entonces, la libertad de configurar del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales y no por fuera de ellos, no puede por ejemplo darle al matrimonio civil menos derechos, no puede darles a otros un derecho distinto. Igual que los hijos de uniones maritales de hecho tienen igual derecho que los hijos de los matrimonios.

En mi concepto, el legislador no puede dejar de igualar: lo que da a uno debe dárselo a otros. Lo que se da al matrimonio católico, tiene que dárselo al matrimonio civil, lo que da al matrimonio debe dárselo a las uniones maritales de hecho, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales.

En consecuencia, sostengo la tesis, que el Legislador no puede en este caso proferir una ley respecto de las uniones maritales de hecho y sus efectos que discrimina tanto a los heterosexuales como en mayor medida a los homosexuales, y que en consecuencia esta Corte ha debido reconocer plenos e iguales derechos y deberes en todos los ámbitos jurídicos tanto a las parejas de heterosexuales como a la de homosexuales.

6. Jurisprudencia Internacional

De otra parte, existe una nutrida jurisprudencia en el derecho internacional encaminada hacia el reconocimiento de los derechos de las parejas de homosexuales, no sólo en el ámbito patrimonial, sino en el ámbito civil, laboral, pensional, matrimonial, de adopción, etc.

Aquí nos limitaremos sólo a mencionar algunos ejemplos ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ante el Tribunal Europeo, de los cuales algunos fueron mencionados ya en la demanda.

Ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) cabe mencionar un primer caso en 1982 contra Finlandia y un segundo caso con fallo del 31 de marzo de 1994 en el caso Toonen vs. Australia provincia de Tasmania, en el que se estableció por primera vez que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido contra la discriminación, en la que se garantizó el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas homosexuales. Así mismo, en la decisión del 2003 del caso Young vs. Australia, el Comité se pronunció "sobre la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en el marco del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)", y determinó que constituía una discriminación contraria a los derechos humanos el hecho de que en las parejas heterosexuales el sobreviviente pudiese acceder a los beneficios pensionales, mientras que tal situación no podía ser reclamada por las personas homosexuales, lo cual, había sido calificado como una discriminación por razón del sexo, que no se encontraba justificada por el derecho internacional.

El Tribunal Europeo ha considerado que la discriminación contra las parejas homosexuales no se justifica bajo ningún punto de vista, ni siquiera bajo el pretexto de proteger a la familia, por cuanto en un caso el Tribunal Europeo había considerado que se habían violentado los derechos a la igualdad e intimidad de una persona que le habían quitado la custodia de su hija por ser homosexual y convivir con otro hombre. Así mismo en el caso Dudgeon Vs. Reino Unido –United kingdom-, se estableció que la ley en Irlanda violaba el derecho a la privacidad del señor Dudgeon. Este fallo ha tenido influencia en fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la privacidad de la conducta entre homosexuales.

Así mismo, existen avances en Europa en relación con los derechos de los transexuales respecto del cambio de nombre y de género en papeles oficiales emitidos y bonos, en relación a la pensión de viudez (por ejemplo en Argentina 1997), en relación a beneficios médicos (en Canadá), respecto de derechos de propiedad (en Bélgica y Brasil), por solo mencionar algunos casos.

7. La jurisprudencia de esta Corte y la reiteración de mi posición frente al tema de la

homosexualidad

Considero conveniente también anotar, que existe una serie de fallos en esta nueva Corte, desde el 2001, en donde el suscrito magistrado ha participado y en donde los magistrados de este Tribunal Constitucional fijaron su posición jurídica respecto de los distintos derechos de la población homosexual, posición que permite observar o bien una posición progresista o bien una retardataria frente al tema que nos ocupa, por parte de los miembros de esta Corte:

Mediante la Sentencia C-814/01 se negó la adopción de menores a parejas homosexuales, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta sentencia fue votada a favor por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil, Alvaro Tafur Gálvis, Clara Inés Vargas Hernández. El suscrito magistrado aclaró y salvó voto por considerar que las parejas de homosexuales sí tienen derecho a adoptar en igualdad de condiciones que las parejas de heterosexuales. Así mismo, los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvaron voto conjuntamente por considerar viable, de acuerdo con la Constitución, que las parejas de homosexuales adopten.

La Sentencia  SU.623/01 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, negó la inscripción como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de un homosexual. El suscrito magistrado y los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvamos voto conjuntamente por considerar que la negativa a vincular al sistema de seguridad social en salud a las parejas de homosexuales es violatorio del principio de universalidad del sistema de seguridad social, del derecho a la salud del homosexual, del principio de igualdad, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, de los homosexuales.

La Sentencia C-373/02 del magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, estudió la constitucionalidad de normas respecto del régimen de inhabilidades para concurso de Notario. En esta ocasión, la Corte declara exequible de manera condicionada el parágrafo segundo del artículo 4° de la Ley 588 de 2000 e inexequibles los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970. En relación con estos últimos numerales la Corte consideró inconstitucional alegar el motivo de homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a un cargo notarial. Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Cordoba Triviño, Alvaro Tafur Galvis y Clara Ines Vargas Hernandez votaron a favor la sentencia. Los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett salvaron su voto por razones diferentes al tema de la homosexualidad.

Con la Sentencia T-499/03 del magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis, se confirma una sentencia de tutela en el sentido de conceder el amparo del derecho a la visita conyugal a una reclusa homosexual. El suscrito magistrado y la magistrado Clara Inés Vargas Hernández votamos a favor la sentencia en Sala de Revisión de Tutela.

8. Propuestas de Fallo

Finalmente me permito dejar constancia en este Salvamento de Voto que en su momento el suscrito magistrado realizó dos propuestas concretas de fallo:

Una primera propuesta fue la formula de declarar inexequible la expresión “civiles” contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990. Una segunda propuesta como consecuencia de la primera, fue la fórmula de que se señalara que las uniones maritales de hecho de homosexuales tienen los mismos derechos y deberes de las parejas heterosexuales.

Mi primera propuesta consistía en que se declarara inexequible la expresión “civiles” del citado artículo 1º de la Ley 54 de 1990, de manera que la protección fuera integral, esto es, que se reconocieran todos los derechos en todos los ámbitos jurídicos. La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “efectos civiles” era el reconocimiento de iguales efectos en la unión marital de hecho tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales, esto es, los mismos efectos civiles, laborales, penales, sociales, etc.

En este sentido, me preocupa sobremanera que esta Corte asuma la tesis del reconocimiento de los derechos a los homosexuales a medias, reduciéndolo de una doble manera: de una parte a los efectos civiles, y de otra parte a una interpretación restringida y reducida de efectos civiles como efectos patrimoniales. Esta sentencia termina por tanto reconociendo la dignidad de las personas homosexuales a medias, sin que tengan iguales derechos, con lo cual se perpetúa la desigualdad.

La segunda propuesta, estaba formulada en el sentido de colocar en pie de igualdad tanto a las familias de heterosexuales como a las de homosexuales, dándoles igualdad tanto de derechos como de deberes. Por ello propuse incluir la siguiente fórmula: “Las uniones de parejas homosexuales de hecho tienen los mismos derechos y deberes que las uniones maritales de hecho de heterosexuales”.

Estas dos propuestas de fallo estaban encaminadas a abolir toda la legislación que penaliza o discrimina a los homosexuales en todas las esferas: política, económica, social, laboral, cultural, civil o en cualquier otra esfera, y estaba dirigida a incluir derechos y beneficios específicos en materia de adopción, sucesión, en materia penal, en vivienda, matrimonio, custodia de hijos, sucesión, respecto de efectos migratorios como la residencia y ciudadanía de la pareja, así como en contratos y adquisición de seguros, entre otros.

9. Conclusión

En conclusión se puede sostener que este fallo no sólo se queda demasiado corto en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, sino que también es confuso porque no reconoce la totalidad de los efectos civiles cuando la propia ley 54 de 1990 habla de “efectos civiles” que, como quedo expuesto, no sólo incluye efectos patrimoniales sino que se extiende necesariamente a otros muchos ámbitos.

En este mismo sentido, considero que esta sentencia es contradictoria porque se ha empequeñecido los efectos civiles, dejando por fuera temas como el del matrimonio, la adopción, la custodia de hijos, que son temas todos del derecho civil. Aún cuando la presente sentencia se refiere a los efectos civiles, en realidad no se refiere a todos los efectos civiles, y por tanto termina empequeñeciendo la aplicación de la norma.

De otra parte, considero que la presente sentencia no reconoce de manera íntegra la

dignidad de los homosexuales al no reconocerles de manera total y plena sus derechos.

Así mismo, no puedo dejar de resaltar el elemento político que, a mi juicio, se hace patente en la presente decisión, y es la estrategia de hacer pequeños cambios y pequeñas concesiones en derechos para que todo siga igual, lo cual obedece a la conocida consigna "cambiemos para que todo siga igual", y que por tanto evita un cambio verdadero y real respecto del reconocimiento de derechos. En este sentido, considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias.

Finalmente y para ponerlo en términos gráficos, considero que si les debemos a las parejas que no son heterosexuales 30 derechos y la ley que estamos discutiendo es una ley del año 90, es decir, que han transcurrido 17 años para concederles un derecho; de este modo, si cada 17 años se les concede un derecho, lo que va a pasar es que en el año 3000 todavía la Corte Constitucional les va a estar debiendo derechos a esta población de homosexuales."

(ii) Así mismo, reitero los argumentos expuestos en salvamento de voto a la Sentencia C-811 del 2008, en donde sostuve:

"1. En primer término, considero que la presente sentencia se limita a la afiliación al régimen contributivo de seguridad social del núcleo familiar, también de parejas homosexuales, y no tiene en cuenta el régimen subsidiado, que debe proteger también las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

2. En segundo lugar, considero que no se puede llegar a proteger solamente los derechos patrimoniales y de salud, dejando de lado otros derechos que sí se reconocen a las parejas heterosexuales, por lo en mi concepto continúa la discriminación frente a las parejas del mismo sexo y su núcleo familiar.

3. En tercer lugar, como lo he sostenido en repetidas oportunidades, sostengo que a la luz de la Constitución Política, las parejas homosexuales tienen plenitud de derechos que deben ser restablecidos por el tribunal constitucional, tales como, la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar hijos.

4. En cuarto lugar, en mi criterio el condicionamiento que se propone en la parte resolutiva de esta decisión que declara la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, desconoce de todas maneras los valores, principios y derechos constitucionales, por cuanto mantiene un trato diferente y discriminatorio frente a la pareja homosexual a la que no se reconoce que también conforma una familia. De forma contraria a esto, el suscrito magistrado considera que la Constitución Política consagra diferentes vías y caminos para la conformación de la familia y que el matrimonio es tan sólo uno de ellos, pudiendo por tanto legítimamente las parejas de homosexuales conformar una familia con la plenitud de los derechos otorgados a ésta en materia de matrimonio, adopción, seguridad social –salud y pensión-, vivienda, en materia penal, etc.

5. Finalmente y de conformidad con lo anterior, el suscrito magistrado se permite reiterar sus salvamentos de voto en materia de igualdad de derechos para las parejas homosexuales48, remitiéndome por tanto a los argumentos expuestos en ellos por cuanto considero que son válidos también en este caso, ya que en mi criterio, en la jurisprudencia de esta Corte se encuentran muchos preconceptos y prejuicios que aún no se han abandonado.

En este orden de ideas, me permito insistir nuevamente en que no se puede pregonar el respeto de los seres humanos y de su dignidad como seres libres e iguales y al mismo tiempo volverse contra ellos, desconociendo sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, quisiera referirme especialmente al argumento sostenido relativo a que no puede haber una Constitución o una ley contra la naturaleza, concepto derivado del concepto iusnaturalista de "naturaleza humana" del cual disiento categóricamente por múltiples razones, entre ellas por constituir un concepto vago, ambiguo, que puede llegar a utilizarse para justificar cualquier sistema jurídico o social, como lo develaran en su momento Kelsen49 y Bobbio50, entre otros autores.

En este sentido, comparto plenamente las críticas que se han elevado frente al concepto de naturaleza humana por los autores mencionados. Así mismo, debo recordar aquí que la utilización del concepto de naturaleza humana con el objetivo de derivar de él consecuencias jurídicas de presupuestos empíricos viola tajantemente las más claras reglas lógicas del pensamiento racional según las cuales es imposible derivar consecuencias normativas o de "deber ser" de premisas fácticas o del "ser". Este tipo de error lógico fue develado y criticado por David Hume51 y contemporáneamente por racionalistas críticos como Popper52 y Albert53, defecto lógico que se ha conocido como "falacia naturalista".

En este orden de ideas y en aras de la discusión, muy por el contrario a lo que se ha afirmado, de aceptarse que existe una naturaleza humana y por tanto una inclinación natural, la consecuencia debería ser entonces que con mayor razón no se podría sancionar a las parejas homosexuales por seguir sus propias inclinaciones sexuales naturales.

De otra parte, es de recordar que la Constitución Nacional consagra como valor, principio y derecho fundante del Estado constitucional y democrático de derecho, la libertad de las personas, como sujetos libres y autónomos, y que por tanto el desarrollo de la libertad y autonomía de los individuos implica la libre opción de vida, de búsqueda del ideal de lo bueno para cada uno y para cada quien, de la propia concepción del bien y de lo bueno "para mí", lo cual incluye la libre decisión de conformar una pareja y una familia, sin que el matrimonio sea la única vía para conformar ésta última. De esta manera, debo reiterar aquí un principio liberal básico, en el sentido de que el Estado no puede imponer a las personas y ciudadanos un ideal de vida o de lo bueno o de lo deseable, sino que tiene como límite el respeto de la libertad y autonomía de los individuos en cuanto sujetos morales.

Así pues, de conformidad con mi más clara y firme convicción en los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, y de que la Constitución no prevé el matrimonio como única vía para la conformación de familia, mi propuesta es y ha sido la de que la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familia, todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, pues hay que acabar con toda clase de prejuicios y preconceptos que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

En este sentido, el suscrito magistrado se permite dejar constancia en el presente escrito de que en Sala Plena no se acogió mi solicitud de votar respecto de mi propuesta de afirmar la existencia de diversas clases de familia, también conformada por parejas homosexuales, todas ellas igualmente válidas y con plenitud de derechos. "

Con fundamento en lo expuesto, salvo parcialmente y aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Sentencia con aclaración de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra. Y, salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentaría.

2 Sentencia con aclaración de voto de los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Catalina Botero Marino. Y, salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentaría.

3 Ver sentencia T-532 de 1992

4 Sentencia T-542/92

5 Ver sentencia C-507 de 1999

6 Ver sentencia T-532 de 1992

7 Ver sentencia T-037 de 1995

8 Sentencia C-098 de 1996.

9 Cfr., entre otras, las sentencias C-010 de 2000; C-004 de 2003; y T-453 de 2005

10 Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación Nº 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000.

11 Ver sentencia T-268 de 2000

12 Sentencia C-431 de 1999.

13 Sentencia C-098/96.

14 Sentencia T-268 de 2000

15 Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

16 Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941 /2000.

17 Sentencia C-075 de 2007, fundamento 5.

18 Cfr. entre otras, las sentencias, C-080 de 1999, T-049 de 2002, T-524 de 2002 y C-111 de 2006.

19 Sentencia C-002 de 1999.

20 Sentencia C-1176 de 2001

21 Sentencia T-460 de 2007

22 Cfr., entre otras, las sentencias T-190 de 1993; T-553 de 1994; C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002, C-1094 de 2003 y T-326 de 2007

23 Sentencia C-002 de 1999

24 Sentencia C-111 de 2006.

26 Sentencia T-326 de 2007.

27Corte Suprema de Justicia. 17 de abril de 1998, Radicación 10406.

28Consejo de Estado, Sección Segunda, sent. julio 1º/93.

29 Ver entre otras sentencias las C-1089 de 2003, C-623 de 2004, C-516 de 2004 y C-543 de 2007.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 y C-130 de 2002

31 Sentencia C-1489 de 2000

32 Sentencia C- 791 de 2002 reiterada en sentencia C-543 de 2007

33 Sentencia C-1489 de 2000.

34 Así se reconoce expresamente en el artículo 48 del Texto Superior, conforme a las modificaciones efectuadas por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, en los siguientes términos: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.”.

35 Sentencia C-543 de 2007

36 Ver entre otras las sentencias C-623 y C-1024 de 2004, así como la sentencia C-823/06 S.P.V. Nilson Pinilla Pinilla

37 Sentencia C-823 /06 S.P.V. Nilson Pinilla Pinilla.

38 Sentencia C-543 de 2007

39Sentencia C-575/92

40 Ver la sentencia C-111/06

41 Sentencia C-543 de 2007

42 En ese orden de ideas la Corte declaró inexequible el límite de los 18 años edad previsto en la disposición acusada, para que las madres trabajadoras cuyos hijos padezcan de invalidez física o mental, cuando éstos dependan económicamente de aquellas, puedan ser beneficiarias de la pensión especial de vejez dirigida a garantizar el debido cuidado y protección de las personas discapacitadas. En sus propias palabras, la Corte sostuvo: "La Corte comparte el argumento acerca de que la escasez de recursos y la necesidad de avanzar progresivamente en la concesión de algunos beneficios, de acuerdo con la disponibilidad económica, pueden obligar a delimitar el ámbito de aplicación de un beneficio o el espectro de beneficiarios. Sin embargo, considera importante aclarar que en los casos en los que se aduzca la escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables es necesario que la argumentación no se reduzca a afirmaciones genéricas acerca de la limitación de los recursos económicos. Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación. (…) // Por otra parte, la Corte es consciente de que derechos como los que se discuten en este proceso son de aplicación progresiva, lo cual indica que no siempre pueden ser desarrollados en toda su dimensión de un día para otro, y que probablemente es necesario que inicialmente los beneficios se focalicen en algunos grupos. Sin embargo, es claro que la marginación del acceso al beneficio para las madres trabajadoras de los hijos mayores de edad afectados por una invalidez física o mental que no les permite valerse por sí mismos y que dependen económicamente de ellas, no es constitucionalmente legítima, dada la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran. Puesto que de lo que se trata es de facilitarle a las madres trabajadoras que apoyen de forma permanente a sus hijos inválidos y que dependen de ellas económicamente, la diferenciación establecida por la norma acusada es inaceptable a la luz de la Constitución, pues como ya se señaló el mero tránsito de edad no modifica por sí mismo las condiciones de los hijos".

43 Sentencia C.543 de 2007

44 Sentencia C-111 de 2006.

45 Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fl. 102 y siguientes del expediente.

46 Sentencia C-811 de 2007

47 Ver Salvamento de Voto a la Sentencia C-841 del 2001.

48 Ver Salvamentos de Voto a las sentencias C-814 de 2001, C-821 de 2005, C-075 de 2007 y C-521 del 2007.

49 Ver Kelsen, Hans, La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

50 Ver Bobbio, Norberto, Sociedad y Estado en la filosofía en la sociedad política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

51 Ver Hume, David, Investigación sobre el conocimiento humano, Alianza Editorial, Barcelona, 2001.

52 Ver Popper, Kart Raimund, La lógica de la investigación científica, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.