

Sentencia C-811/07

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE PAREJA HOMOSEXUAL-Aplicación

PLAN DE SALUD OBLIGATORIO EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO-Cobertura para compañero del mismo sexo

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-En el ámbito de protección de la seguridad social en salud

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION POR RAZON DE LA LIBRE OPCION SEXUAL-Aplicación

A juicio de la Vista Fiscal, se requiere que el Estado adopte acciones afirmativas de protección para grupos sociales tradicionalmente discriminados, en aras de garantizar la plena aplicación del principio de igualdad. EL mantenimiento del orden justo y de la paz social se alcanza en la medida en que se garantice la vigencia del respeto por la libre opción sexual. Asegura también que al ser la orientación sexual un estatus protegido en contra de la discriminación, tal como lo exponen organismos e instrumentos internacionales, la incorporación de dicho componente social demuestra una evolución en la conciencia social y la evidencia de una tendencia general a aceptar que aun cuando podría justificarse la diferencia de trato por la protección que se da a la familia, la ampliación de los campos de protección para los homosexuales es creciente”

AUTONOMIA PERSONAL-Concepto

DEFICIT DE PROTECCION-En contra de los miembros de la pareja del mismo sexo con dependencia económica

INTEGRACION DE LA PAREJA HOMOSEXUAL AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL REGIMEN CONTRIBUTIVO

La detección de la inexequibilidad por omisión legislativa relativa de la norma objeto de estudio no implica que la Corte deba declarar inexecutable la disposición, pues ello traería consigo la desprotección automática de los demás sujetos beneficiados por el sistema, sino que deba condicionar su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del

sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo, y en el caso de las parejas del mismo sexo, la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia deben regularse por el mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007, esto es, declaración ante notario en la que conste que la pareja convive efectivamente y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia, independientemente de su tiempo de duración. De esta manera, los mismos mecanismos que operan para evitar que parejas heterosexuales que no constituyen familia reclamen ilegítimamente del sistema los beneficios a que no tienen derecho, deben aplicarse en relación con las parejas del mismo sexo que pretendan hacer lo mismo.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993

Actores: Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Doctores Rodrigo Escobar Gil, -quien la preside- Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Cataliba Botero Marino, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere esta sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandaron la expresión “familiar”, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Auto del 26 de marzo de 2007, el magistrado sustanciador admitió la demanda,

dispuso su fijación en lista, y simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de la Protección Social, a la Defensoría del Pueblo, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a la Universidad de los Andes, a la Universidad Nacional de Colombia, a la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, al Centro de Estudios de Derecho, de Justicia y Sociedad -DeJusticia- y a la Comisión Colombiana de Juristas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto del artículo acusado, y se subraya y resalta el aparte demandado.

LEY 100 DE 1993

ARTICULO 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 cuya unión sea superior a 2 años; 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.

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

PARAGRAFO 2. 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

Los demandantes consideran que la disposición acusada es violatoria de los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 366 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Los impugnantes consideran que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 determina quiénes son beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, haciendo referencia continua al concepto de familia, que la misma ley reconoce como la formada por cónyuges o compañeros permanentes -hombre y mujer-. De allí que la ley desconozca que existen parejas homosexuales que de manera responsable se han dispuesto a vivir en compañía, hecho del cual deben desprenderse derechos mutuos que deben ser reconocidos por el Estado.

Para la demanda, la decisión de no incluir determinados grupos sociales que hacer vida en pareja -como es el caso de los homosexuales-, menoscaba y vulnera el derecho a la dignidad humana y a recibir igual tratamiento por parte del Estado. Constituye también una clara discriminación por razones de orientación sexual, pues excluye a ciertas personas de la posibilidad de afiliarse a su compañero del mismo sexo. Por la misma vía, la disposición afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la limitación que impone resulta contraria a la diversidad sexual en cuanto impide que una persona afilie a su compañero del mismo sexo cuando el mismo se encuentre desempleado.

Agrega que se vulneran los artículos 48, 49 y 366 constitucionales, referidos a la seguridad social, porque la protección social se concede al individuo en cuanto tal, por lo que el hecho de que dicha cobertura se organice en torno al concepto de familia excluye a quienes están por fuera del concepto, como lo son las parejas homosexuales o grupos de personas del mismo sexo. Ello implica que la regulación legal no atiende los conceptos de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La demanda aclara que en ningún momento pretende equiparar la unión de dos personas del

mismo sexo al concepto de familia, tal como lo prevé el artículo 42 de la Constitución. Su intención es que se extienda la protección que la ley da a las parejas de diferente sexo a las parejas del mismo sexo. Que se les extienda la protección del sistema de seguridad social, para garantizar la cobertura del que ha quedado desempleado.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

En la oportunidad legal prevista, intervino en el proceso el abogado Fernando Gómez Mejía, para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma.

A juicio del Ministerio, la Sentencia SU-623 de 2001 de la Corte Constitucional estableció que la cobertura familiar del sistema de seguridad social en salud era constitucional y que, por tanto, no quebrantaba la Carta que el sistema impidiera el ingreso como beneficiario de personas miembros de parejas del mismo sexo. Según este criterio, la ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social es asunto que corresponde definir al legislador, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución. En ese sentido, el legislador debe ponderar ciertas variables a la hora de ampliar la cobertura del sistema, de manera que se asegure el cumplimiento de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad del sistema.

De la sentencia en cita el Ministerio concluye sosteniendo que la ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social no obliga considerar las parejas homosexuales como unidad susceptible de ser tratada de igual manera que la familia, y que dicha exclusión, a pesar de impedir la afiliación al sistema de parejas del mismo sexo, no implica irrespeto por estos tipos especiales de relaciones de pareja.

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En la oportunidad legal prevista, intervino en el proceso la abogada Paula Marcela Cardona Ruiz, para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma.

En primer lugar, el Ministerio precisa que la facultad de configuración de las normas que regulan el sistema de seguridad social descansa en el legislador, autoridad encargada de definir los términos de afiliación y de prestación del servicio, de conformidad con los artículos 48 y 49 de la Carta Política.

En desarrollo de dicha facultad, el Congreso puede crear exigencias de afiliación destinadas a garantizar la eficiencia en el manejo de los recursos, el equilibrio financiero o la progresividad de cobertura del sistema. Por ello, el legislador es autónomo para decidir a qué personas se extienden los beneficios que otorga la seguridad social, habiéndolo hecho, en el caso colombiano, para garantizar la cobertura del núcleo familiar, tal como el mismo ha sido definido por la Constitución Política.

En concepto del Ministerio, nuestro sistema de seguridad social está fundado en el concepto de familia, no como una construcción caprichosa, sino porque dicha institución es el núcleo fundamental de la sociedad, lo que significa que la financiación del Régimen Contributivo fue estructurada sobre esa base. Según lo informa, el sistema se financia con aportes de una o dos personas, que constituyen la cabeza de la célula familiar, aportes que están destinados a cubrir a un número plural de personas –la familia- y a financiar el régimen de solidaridad interna del sistema, en virtud del cual, todos los afiliados acceden a los mismos beneficios sin atender al monto del aporte con que se contribuyó por razón de su afiliación. En estos términos, el legislador hizo congruente la aplicación del principio de solidaridad al permitir que el sistema subsista con los aportes de los afiliados, que en el 70% de los casos se sitúa en el rango del salario mínimo, incluyendo en algunos casos a otros miembros de la familia.

El Ministerio resalta que al definir a los sujetos cubiertos por el sistema, la ley señaló cuáles miembros de la familia podrían acceder a los beneficios de seguridad social en salud sin que por dicha circunstancia pueda advertirse que se discriminó a quienes no fueron cobijados. Así, por ejemplo, la ley limita la cobertura a los hijos menores de 25 años, lo que no significa que se ha violado el derecho a la igualdad de los demás miembros del núcleo familiar.

La exclusión de ciertos miembros de la familia de la cobertura del sistema radica –según el Ministerio- en que el derecho a la seguridad social es prestacional, lo que implica que no se puede pretender que todas las personas tengan acceso en las mismas condiciones. En ese sentido, la prestación de los beneficios del sistema depende de la regulación que sobre el

tema acoja el legislador, y debe tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros sin los cuales no podrían efectivizarse los derechos prestacionales.

En estas condiciones, el Ministerio considera que la cobertura prevista en el artículo 163 demandado constituye una definición que atiende a las posibilidades financieras del sistema y a las evidentes limitaciones de los recursos públicos. Así, en aras de priorizar atenciones, el legislador concedió atención privilegiada a la familia, ampliándolo a otros miembros bajo ciertas circunstancias especiales.

Advierte que, sobre la ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social en salud a las parejas homosexuales, se tramita en el Congreso un proyecto de ley que debe ser examinado.

Además, precisa que la Corte Constitucional en Sentencia SU-623 de 2001 estableció que la no inclusión de las parejas homosexuales como beneficiarios del sistema de seguridad social en salud no resulta violatoria del derecho a la igualdad, también por el hecho de que las personas con dicha tendencia sexual no tienen negado el acceso al sistema, dado que pueden ingresar a él de manera independiente. Al respecto resalta que aunque la Corte ha admitido la orientación homosexual como una opción válida, se ha abstenido de reconocerla como constitutiva de familia.

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

En representación del Ministerio de la referencia, intervino en el proceso la abogada Bertha Cecilia Ospina Giraldo para defender la constitucionalidad de la norma.

A juicio de la interviniente, el régimen jurídico reconoce en la familia al núcleo de la sociedad, por lo que el legislador está encargado de protegerlo. Las normas jurídicas establecen hasta ahora la protección de la familia, por lo que la cobertura de la disposición de seguridad social es familiar. No obstante, estima que la concepción de la realidad jurídica está cambiando, al punto que actualmente se discute en el congreso un proyecto de ley que busca ampliar la cobertura en salud para las parejas homosexuales, proyecto que de todos modos no hace inconstitucional la norma acusada, acoplada como está a la concepción tradicional de familia.

Resalta que el principio de igualdad no es absoluto y no implica reconocimiento de trato igualitario para todos, sino trato diferenciado de acuerdo con las diferencias naturales de las personas. En este sentido, la norma no es inconstitucional, pues además es la propia Carta la que afirma que la seguridad social está garantizada para todos. En consonancia con dicha premisa, el artículo 163 garantiza la seguridad social a todos los habitantes del territorio, bien en el régimen contributivo o en el subsidiado, admitiendo que quien no se incorpore como beneficiario puede hacerlo como independiente.

1. Intervención del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – DeJuSticia-

En la oportunidad legal prevista, intervinieron en el proceso los abogados Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffón Sanin, con el fin de solicitar a la Corte que se declare inhibida para fallar, por ineptitud sustantiva de la demanda o que, en su lugar, se pronuncie de fondo sobre la norma y amplíe la cobertura legal a las parejas formadas por individuos del mismo sexo.

Respecto de la inhibición de la Corte por ineptitud sustantiva del libelo, la organización interviniente señaló que la demanda no identifica con claridad el objeto de la acusación, pues no es claro qué efecto se pretende con expulsar la expresión “familiar” del ordenamiento jurídico. Los intervinientes consideran que aún si la expresión “familiar” dejara de formar parte de la disposición, la cobertura seguiría siendo familiar, pues otros apartes de la norma denotan que aquella se concede sólo a grupos conformados por hombre y mujer.

Esta deficiencia demuestra que los demandantes no se percataron de que otros apartes de la norma siguen limitando la cobertura de la disposición a la unidad familiar.

Aunque en principio la Corte podría enmendar dicho error, la demanda de todos modos no se dirige contra un aparte al que le sean predicables los cargos. Ello por cuanto la demanda se dirige contra la expresión “familiar”, pero no ataca la expresión “el compañero o compañera permanente”, a pesar de que es la interpretación restrictiva de esta expresión –que sólo incluye a las parejas heterosexuales-, la que tradicionalmente ha permitido que las parejas

homosexuales sean excluidas de la cobertura de seguridad social.

En contraste, dice, la demanda se limita a demandar la expresión “familiar”, a pesar de que su intención no es asimilar las parejas homosexuales al concepto de familia. Esta contradicción reside en la propia demanda, lo cual demuestra que era necesario demandar la expresión “el compañero o compañera permanente”.

De igual forma, la demanda es inepta porque se limita a demandar una de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que establecen el tratamiento cuestionado, pese a que muchas otras disposiciones de la misma ley producen los mismos efectos.

La demanda también resulta inepta –a juicio de la organización interviniente- porque no consigna un cargo específico contra el término “familiar”, dado que la propia demanda admite carecer de la intención de obtener el reconocimiento de familia para las parejas homosexuales, y porque no ataca la expresión “el compañero o compañera permanente”. Ello hace de los argumentos de la acusación razones vagas, indeterminadas e indirectas.

La demanda adolece de falta de especificidad porque no logra generar una duda mínima en el juez constitucional acerca de la inexecutable de la norma. Así lo demuestra el hecho de que en Sentencia C-1043 de 2006 la Corte se haya inhibido de emitir pronunciamiento de fondo respecto de una demanda hecha sobre argumentos similares.

Adicionalmente, los argumentos son insuficientes porque desconocen los precedentes de la jurisprudencia en materia de tratamiento jurídico a parejas homosexuales. A juicio de la intervención, la demanda no analizó suficientemente los precedentes jurisprudenciales en la materia, por lo cual no estableció la posible inexecutable de la norma a la luz de los criterios que la Corte Constitucional tradicionalmente ha esbozado en materia de regulación jurídica de parejas homosexuales.

La organización de la referencia manifiesta que las exigencias hechas al cargo de inconstitucionalidad no deben entenderse como cargas excesivas para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, sino como medidas para garantizar un mínimo de coherencia argumentativa en el debate jurídico, para evitar la banalización del proceso constitucional y para garantizar la celebración de un debido proceso constitucional, en el que todos los intervinientes tengan conocimiento claro y preciso de lo que es objeto de debate. En ese

sentido, se impone una decisión inhibitoria que, de todos modos, no sacrifica en exceso el proceso constitucional, pues nada impide que la disposición vuelva a ser demandada. La decisión inhibitoria es forzosa también, dado que la Corte no está autorizada para corregir el cargo de inconstitucionalidad, so pena de sacrificar el proceso constitucional sobre la base de un cargo no conocido plenamente desde el comienzo del debate.

Con todo, la intervención de la organización DeJuSticia solicita, como petición subsidiaria, que la Corte declare la exequibilidad condicionada de la expresión “familiar”, así como la de la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años”, por no incluir la posibilidad de vincular a parejas del mismo sexo. Dicha declaratoria estaría en consonancia con el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional –Sentencia C-075 de 2007-, en el que la Corporación entendió que las expresiones “hombre y mujer” de la Ley 54 de 1990 incluían a las de parejas del mismo sexo.

En desarrollo de dicha solicitud, la intervención manifiesta que la Ley 54 de 1990 había sido tenida tradicionalmente como referente definitorio del concepto de compañeros permanentes, para efectos de la aplicación de la figura en diversas órbitas del régimen jurídico. La interpretación restrictiva de la norma implicaba la exclusión de las parejas homosexuales del régimen jurídico de las heterosexuales. En tanto que la Sentencia C-075 de 2007 interpretó la norma como extensiva a las parejas homosexuales, la primera consecuencia propuesta del fallo deriva en la extensión de los beneficios de las parejas heterosexuales a las homosexuales, en todos los órdenes atinentes a la Ley 54 de 1990. Este efecto extensivo de la decisión aseguraría la mayor protección de los derechos de las personas homosexuales, pues garantizaría equidad de trato en todos los campos en que tradicionalmente ha existido discriminación, así como permitiría la protección integral del derecho a la opción sexual, tradicionalmente restringido en sus efectos prácticos.

Con todo, dado que la Sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional podría interpretarse en el sentido de que sólo tiene efectos para lo previsto en la Ley 54 de 1990, es decir, para lo atinente al régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, la intervención solicita a la Corte que declare la constitucionalidad condicionada de la norma acusada sobre la base de que, de cualquier manera, la Sentencia C-075 de 2007 marcó un cambio en el rumbo del precedente de reconocimiento de derechos a parejas homosexuales, en cuanto que afirmó que todo tratamiento discriminatorio debe analizarse desde el punto de

vista de la libre opción sexual, como un derecho cuyo ejercicio trasciende del ámbito personal al de la pareja. Por ello, considera que en los regímenes jurídicos en que se haga tal diferencia, debe entenderse aplicable la tesis de la Corte que equipara los derechos de las parejas homosexuales y las heterosexuales.

Sostiene además que, a partir de la Sentencia C-075 de 2007, todo tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales debe ser sometido al mismo test estricto de igualdad que se utilizó en el fallo, de modo que se considere que cualquier diferenciación por razón de la opción sexual debe presumirse inconstitucional. Dicho test debe analizar si la distinción entre la protección a parejas homosexuales y heterosexuales realmente responde a una necesidad del sistema y si es proporcionada a otros valores en juego. De allí, sostiene que el tratamiento a las parejas homosexuales no es en manera alguna necesario para la protección de la familia, pues la misma puede ofrecerse incluso si se protege a las parejas que no son heterosexuales. Sobre el particular, afirma que no existe una relación directa ni mucho menos casual entre el tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales y la protección familiar, pues es posible garantizar la protección de ambas sin mutuo detrimento. De cualquier manera, considera que la consecuencia es desproporcionada y perjudicial para las parejas del mismo sexo, sobre todo en costos para el derecho a la libre opción sexual, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Igualmente, la afectación ocurre en el campo del derecho a la seguridad social, a la salud pues no se garantiza la protección de las parejas de individuos homosexuales.

Advierte que el argumento según el cual las personas homosexuales pueden vincularse al sistema de manera individual no satisface la réplica constitucional, pues los beneficios ordinarios ofrecidos por el Estado a los individuos que no conforman una pareja o una familia son muy inferiores y no están garantizados de manera universal.

Precisa que la aplicación del precedente de la Corte garantizaría la sintonía de la jurisprudencia con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, así como de decisiones jurisdiccionales internacionales, que prohíben la discriminación por razón de la alternativa sexual.

La organización interviniente aclara que la solicitud de ampliación del espectro de cobertura del sistema de salud implica no tanto la declaratoria de inexequibilidad de la expresión

“familiar” de la norma demandada, sino la declaratoria de una exequibilidad condicionada que incorpore a la norma la opción de las parejas homosexuales. En esa línea, la intervención solicita a la Corte apartarse del precedente de la Sentencia C-1299 de 2005, en el que la Corporación se inhibió de pronunciarse sobre la demanda presentada contra normas que tipificaban el delito de aborto por considerar que en una demanda de inconstitucionalidad el actor no puede solicitar la declaratoria de exequibilidad condicionada de una disposición legal, sino, estrictamente, la inexecuibilidad una norma específica. Para el organismo interviniente, si la Corte puede declarar condicionadamente exequible una norma, resulta perfectamente viable que el demandante pueda solicitarlo expresamente en su demanda. Con todo, la intervención recuerda a la Corte que el hecho de que el demandante solicite en su escrito la declaratoria de inexecuibilidad de la disposición legal no le impide a la Corporación declarar la exequibilidad condicionada de la disposición.

Con todo, el Centro DeJuSticia advierte que cualquiera sea la interpretación de la Sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional sigue manteniendo la jurisprudencia que distingue entre los conceptos de familia y pareja, para concluir que la familia es sólo aquella formada por un hombre y una mujer. La intervención pretende que la Corte varíe dicha jurisprudencia y permita incluir en el concepto de familia a las parejas homosexuales y a otras formas de familia, como las constituidas por padres o madres cabeza de familia.

A su juicio, la jurisprudencia de la Corte se funda en una interpretación restrictiva del artículo 42 de la Constitución Política al considerar que la familia sólo está constituida por parejas heterosexuales, pues del texto del artículo constitucional se tiene que dicha institución puede surgir de la voluntad responsable de conformarla, decisión voluntaria que puede provenir de parejas del mismo sexo. La intervención admite que la ampliación de la protección que se da a las parejas heterosexuales a las homosexuales no eliminaría la discriminación de que éstas son objeto. No obstante, garantizaría que las mismas no sean víctimas de dicho tratamiento en cuanto forman una pareja, pese a que puedan seguirlo siendo en cuanto no constituyen una familia.

Por ello los intervinientes piden que la asimilación al concepto de familia incluya todos los aspectos en que dicha institución es protegida por el régimen jurídico, pues sólo de este modo se elimina la verdadera discriminación de que son objeto las parejas homosexuales, que pueden formar familias en un modelo de sociedad pluralista e incluyente. Indican que

para “remediar a fondo la histórica injusticia del tratamiento discriminatorio de la población homosexual, la Corte debería alejarse de la noción restrictiva de familia heterosexual y monogámica e incluir en la misma a la familia que tiene como origen una pareja homosexual. Con ello la Corte Constitucional garantizaría un tratamiento igual para las parejas y familias homosexuales y heterosexuales, y una cabal protección de los derechos de los homosexuales a la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la libre opción sexual”. Allí reside la tercera solicitud de la intervención: que los términos de familia y compañero o compañera permanente incluyan los de parejas homosexuales.

1. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

Igualmente, dentro de la oportunidad prevista, intervino en el proceso el director de la Comisión Colombiana de Juristas, Gustavo Gallón Giraldo, con el fin de solicitar a la Corte que declare la inexecutable de la expresión demandada o, en su lugar, la constitucionalidad condicionada.

Como primera medida, la Comisión precisa que mediante Sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de una disposición que excluía del régimen patrimonial de las parejas a las parejas homosexuales. La sentencia precisó que la decisión se circunscribía al aspecto patrimonial y no incluía otros relacionados, pero admitió que la discriminación relativa a la orientación sexual era violatoria de la Constitución.

Posteriormente, señala que la jurisprudencia constitucional ha elaborado una doctrina sólida sobre la protección de la libertad y de la opción sexual. En ese ámbito, ha admitido que cualquier medida que restrinja derechos de parejas homosexuales es incompatible con la Constitución. De allí que el trato constitucional a unas y otras deba ser el mismo.

A su juicio, existe una obligación para el Estado colombiano, derivada del derecho internacional, de remover todas las medidas discriminatorias hacia las parejas homosexuales, tal como la contenida en la norma acusada. Así lo advierten varios pronunciamientos de la Corte que la Comisión trae a colación. Igualmente, la Comisión cita jurisprudencia constitucional referida al nexo que existe entre la libre opción sexual y el libre desarrollo de la personalidad, para demostrar que también por este aspecto la norma

acusada vulnera la Constitución.

En la misma línea, la Comisión Colombiana de Juristas señaló que la norma demandada generaba una discriminación que propiciaba un perjuicio para los derechos a la salud y a la seguridad social de las personas homosexuales y por ello considera que es incompatible con la Carta.

1. Intervención de la Organización Colombia Diversa y del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes

Finalmente, dentro de la oportunidad legal prevista, intervinieron en el proceso la ciudadana Marcela Sánchez Buitrago, directora de la organización Colombia Diversa, y Daniel Bonilla Maldonado, director del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes, con el fin de solicitar a la Corte la inhibición de pronunciamiento judicial, por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su lugar, la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma.

En primer término, consideran que la demanda carece del elemento de la certeza, porque la expresión familiar no excluye, per se, a las parejas homosexuales. Aquella es una suposición de la demanda que no está demostrada. La demanda tampoco es clara, en tanto que con la eliminación de la expresión “familiar” no se establece si lo que se pretende es excluirla de los beneficios del sistema o buscar el reconocimiento de la seguridad social a las parejas homosexuales. Tampoco es específica, porque no exista una oposición objetiva entre la norma acusada y la constitución: los argumentos se limitan a señalar, sin profundizar en razones, que las parejas del mismo sexo no están incluidas en la regulación. Lo mismo ocurre respecto de las vagas razones que justifican la violación del derecho a la dignidad humana y a la igualdad. La demanda tampoco es específica porque no ahonda en las razones por las cuales el trato diferencial de la norma es a su vez discriminatorio. En suma, a su juicio, la demanda de la referencia no contiene argumentos suficientes para elucidar la cuestión debatida, pues se trata de un libelo escueto, de razones que no sustentan las afirmaciones y en algunos casos sin nexo con el derecho constitucional presuntamente vulnerado.

Además de lo anterior, la intervención resalta que la demanda es incoherente al pretender

demandar la expresión “familiar”, pues la eliminación de la misma generaría un perjuicio para todos los ciudadanos en lugar de incluir a las parejas del mismo sexo. Recuerda a propósito que una demanda similar fue fallada en Sentencia C-1043 de 2006, pero con decisión inhibitoria, pues los argumentos que se expusieron –similares a los que aquí se exhiben- no cumplían con los requisitos sustantivos señalados por la jurisprudencia de la Corte. La intervención resalta que su solicitud no se basa en formalismos, sino en garantizar mínimos de argumentación necesarios para entablar un adecuado juicio de inconstitucionalidad.

Con todo, afirma la intervención, si la Corte decide pronunciarse sobre la norma en conflicto, la providencia debe apuntar a la exequibilidad condicionada de la norma. Para sustentar su posición, asegura que los conceptos de familia y pareja no son equiparables, por lo que la protección de familia como valor fundante de la sociedad no justifica la exclusión de miembros de parejas del mismo sexo. El concepto de familia no puede convertirse en un concepto de exclusión de parejas homosexuales, por lo que la Corte está en la tarea de definir lo que debe entenderse por compañeros permanentes.

El hecho de que la Constitución ampare las familias conformadas por la decisión de un hombre y una mujer de conformarla, no implica la desprotección de parejas del mismo sexo, pues el derecho de libre asociación está amparado constitucionalmente en el artículo 38. A juicio de la intervención, la pareja –sea homosexual o heterosexual- es un concepto distinto al de familia. Por ello, si se quiere justificar el trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales, debe hacerse partiendo del concepto de pareja y no de familia.

Así, el concepto de pareja no pugna con el de familia. Pero desde el momento en que se disocian los dos conceptos, se observa –dice- que las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos a ser incluidas en el régimen de beneficios prestaciones de la ley social que las heterosexuales. En esa medida, no es posible excluir de los beneficios de la ley 100 a las parejas homosexuales, porque su composición asociativa es la misma de las parejas heterosexuales. Esa exclusión implica la vulneración de sus derechos fundamentales.

De otro lado, considera que los efectos de la Sentencia C-075 de 2007 implican el reconocimiento de la posibilidad de asimilar las parejas homosexuales a las heterosexuales, por lo que pide que la Corte haga una aplicación de dicho precedente en materia de

seguridad social.

Del mismo modo, indica que el principio de universalidad impone la expansión de los beneficios de la seguridad social en condiciones de igualdad, lo cual impide que se excluya de su cobertura a personas, por razones de discriminación sexual. En este sentido, cuando la norma de la ley 100 de 1993 hace referencia a “compañeros permanentes” no condiciona la unión a que la misma sea heterosexual, lo que permite que la Corte llene de contenido el concepto y admita la posibilidad homosexual.

Por último, la intervención hace énfasis en que los instrumentos internacionales y las decisiones de organismos del mismo orden han considerado como discriminatoria la distinción por razón de la orientación sexual, lo cual impone con mayor fuerza la conclusión de que el régimen de seguridad social debe extenderse a las parejas homosexuales. La intervención cita decisiones concretas del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que reconocen que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido en contra de la discriminación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, emitió el concepto de rigor y solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la norma.

La Procuraduría considera, en primer término, que pese a que la demanda no incluye en la acusación la frase “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a dos años”, el libelo contiene los elementos necesarios para propiciar un juicio de inconstitucionalidad. Por ello, tras solicitar a la Corte que haga la integración normativa, sostiene que la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la atención que el sistema jurídico nacional debe a las decisiones de organismos internacionales encargados de protegerlos obligan al juez constitucional a considerar las decisiones de dichas fuentes respecto de la prohibición de discriminación de los derechos de los homosexuales.

La Vista Fiscal afirma que las recientes decisiones de comités internacionales que monitorean el comportamiento de las autoridades nacionales relativo a la discriminación contra las parejas homosexuales confirma la tendencia progresiva de reconocimiento de sus derechos y

debe ser tenida en cuenta como integrante del bloque de constitucionalidad.

Tras esbozar algunos comentarios relacionados con la cobertura del sistema de seguridad social, el concepto del Procurador señala que el principio de accesibilidad implica la posibilidad de beneficiarse de los servicios del sistema, y que dicho principio cobra más relevancia cuando sus titulares son miembros de grupos o colectivos tradicionalmente discriminados. Por ello, considera que es un contrasentido asegurar que el Estado debe promover la cobertura del sistema de protección cuando simultáneamente impide que sus titulares accedan a ella. En este contexto, estima que la accesibilidad al servicio de salud usualmente se convierte en derecho fundamental, por lo que debe existir una comunicación entre el ingreso al sistema y la obtención de los beneficios que por seguridad social en salud adquieren las personas.

En cuanto a la cobertura del sistema, advierte que como la meta no se cumplió en el 2001, el Estado programó la cobertura universal para el año 2010 –Ley 1122 de 2007- en los niveles I, II, y III del Sisbén. Así, mediante esa ley, el legislador previó la forma en que se totalizaría la prestación del servicio. No obstante, señala que en la estructura actual, el sistema permite la afiliación de miembros de la familia y, eventualmente, de personas que dependan económicamente del afiliado, previa consignación de un aporte adicional, según lo establece el Decreto 2400 de 2002.

En otro contexto, la Vista Fiscal resalta que la Constitución prohíbe la discriminación fundada en la libre opción sexual, pues ello compromete la integridad del concepto de dignidad humana, referente ético y racional del Estado Social de Derecho. Por ello, la autodeterminación sexual no puede quedar por fuera de los linderos del libre desarrollo de la personalidad. Advierte que tal como lo señaló ese despacho en el proceso que culminó con la Sentencia C-075 de 2007, el referente que el operador jurídico tomaba para hacer referencia a la protección de las parejas del mismo sexo era el de la Ley 54 de 1990. No obstante, a partir del fallo de la Corte, el intérprete debe atender a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y los tratados internacionales –junto con las recomendaciones de organismos internacionales- para empezar a reconocer a las parejas homosexuales los derechos que tradicionalmente les han sido desconocidos. Similar posición asumió la Procuraduría en el proceso de constitucionalidad que discutía la titularidad de la pensión de sobrevivientes de la pareja homosexual.

A juicio de la Vista Fiscal, se requiere que el Estado adopte acciones afirmativas de protección para grupos sociales tradicionalmente discriminados, en aras de garantizar la plena aplicación del principio de igualdad. EL mantenimiento del orden justo y de la paz social se alcanzan en la medida en que se garantice la vigencia del respeto por la libre opción sexual. Asegura también que al ser la orientación sexual un estatus protegido en contra de la discriminación, tal como lo exponen organismos e instrumentos internacionales, la incorporación de dicho componente social demuestra una evolución en la conciencia social y la evidencia de una tendencia general a aceptar que aun cuando podría justificarse la diferencia de trato por la protección que se da a la familia, la ampliación de los campos de protección para los homosexuales es creciente.

Para la Procuraduría no resulta legítimo privar a las parejas homosexuales de los privilegios de las heterosexuales, sólo por el hecho de su orientación sexual. Lo anterior, específicamente, en cuanto a la seguridad social de unos y otros.

El señor procurador sostiene -por último- que el precedente consignado en la Sentencia C-075 de 2007 afecta positivamente la protección de derechos de los homosexuales en tanto que elimina la utilización de la ley 54 de 1990 como referente jurídico para definir el concepto de pareja con derechos patrimoniales. Por ello, a partir de la fecha del fallo, según la Procuraduría, los compañeros o compañeras permanentes del mismo sexo del afiliado del cual dependen económicamente, pueden ser beneficiarios directos del plan de salud obligatorio del afiliado.

La Procuraduría solicita declarar inexecutable las expresiones “la cobertura familiar” y “familiar”, y la declaración de exequibilidad condicionada de la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado”, bajo el entendido de que se entienda que comprende también al compañero o compañera del mismo sexo. Respecto de la expresión “cuya unión sea superior a dos años”, solicita que se tenga en cuenta el concepto vertido en el proceso D-6580.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia de la Corte

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte una Ley de la República, la

Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal y como lo prescribe el artículo 241-4 de la Constitución Política.

2. Ineptitud sustantiva de la demanda. Principio pro actione

Las intervenciones solicitan a la Corte Constitucional declararse inhibida para fallar el proceso de la referencia por ineptitud sustantiva de la demanda. Aducen que el libelo demandatorio incurre en los siguientes defectos de argumentación:

1. Porque al demandar la inexecutableidad de la expresión “cobertura familiar” y “familiar”, contenida en la norma, la demanda no precisa el objeto de su reproche, pues la eliminación de la expresión familiar no produciría el efecto aparentemente deseado por el demandante, dado que una interpretación sistemática del artículo seguiría arrojando como resultado la cobertura familiar de la norma.

2. Porque la expresión “familiar” no excluye per se a las parejas del mismo sexo.

3. Porque la demanda no se percató de que otras partículas del artículo acusado generaban el mismo efecto denunciado de la expresión “familia”. Esas otra expresiones debieron demandarse también.

4. Porque la demanda no acusa de inconstitucional la expresión “el compañero o compañera permanente” a pesar de que es de ella de donde deriva la discriminación que implica la exclusión del POS de parejas homosexuales.

5. Porque la demanda expresamente acusa de inconstitucional la expresión “familiar” pese a que el argumento recalca el hecho de que la intención de la impugnación no es que se haga una equiparación entre familia y pareja homosexual.

6. Porque la demanda deja por fuera de acusación otras normas de la Ley 100 de 1993 de las cuales parece emerger la denunciada discriminación.

7. Porque la demanda presenta argumentos vagos, abstractos y poco concretos, que no precisan la oposición de la norma legal con la constitucional.

8. Porque la demanda no genera una duda mínima persuasiva sobre la inconstitucionalidad de la disposición acusada, al punto que reproduce la argumentación que fue objeto de inhibición en la Sentencia C-1043 de 2006.

9. Porque son insuficientes en tanto no tienen en cuenta el precedente jurisprudencial en la materia, desarrollado por la Sentencia C-075 de 2007, que cambió el entendimiento de las normas de la Ley 54 de 1990.

10. Porque la demanda no es clara en definir si su pretensión es que se eliminen los derechos sociales de las familias o se extiendan los mismos a las parejas del mismo sexo.

11. Porque no especifican cómo se afectan los derechos a la seguridad social, a la salud con la exclusión de la norma.

12. Porque la demanda es escueta y no presenta todos los argumentos requeridos para hacer el estudio de exequibilidad de la norma.

Pese a que, por incurrir en los defectos mencionados, dos de las organizaciones intervinientes solicitaron a la Corte inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo, esta Corporación considera que, mediando la aplicación del principio *pro actione*, la demanda de la referencia sí cumple con las exigencias argumentativas necesarias para suscitar un juicio de inconstitucionalidad adecuado.

En primer lugar, las primeras acusaciones contra la competencia sustantiva de los argumentos apuntan a señalar que la demanda es incierta porque la acusación de la expresión “familiar” no persigue un fin claro, porque la eliminación del concepto de familia en la disposición acusada produciría un efecto no querido por el argumento, relativo a la pérdida de derechos de seguridad social para los miembros de la familia, y porque al haberse abstenido de demandar otras expresiones de la norma, e incluso, de la ley, que sí hacían alusión directa a las parejas heterosexuales, la demanda no atacó los apartes que en verdad debieron haberse impugnado.

En relación con este grupo de reproches, la Corte considera que el argumento central de la demanda deja en claro que el ataque contra la norma acusada se dirige a cuestionar la exclusión que por vía de la expresión “familiar” se hace de las parejas del mismo sexo en

cuanto al acceso a los servicios del sistema de seguridad social en salud. Efectivamente, la determinación de que la cobertura del sistema de seguridad social en salud es “familiar” implica la exclusión, per se, de la pareja homosexual como beneficiaria del régimen, pues la jurisprudencia vigente precisa que la familia se configura por la unión de un hombre y una mujer, mediante vínculos naturales o jurídicos¹. Así, el ataque a la expresión “familiar” de la norma implica un ataque a la exclusión de una célula organizativa –la pareja homosexual– que a juicio del demandante debe también recibir los beneficios del sistema.

Las intervenciones sugieren al respecto que la expresión que debió demandarse es la de “compañero o compañera permanente del afiliado”, pues de la misma sí se derivaba en forma directa, clara y precisa la exclusión impugnada por los demandantes. Sin embargo, pese a que los actores no la demandaron expresamente, sí hicieron mención a la expresión “compañero o compañera permanente del afiliado” al elaborar el concepto de violación, refiriéndose con ello al hecho de que la ley permite la afiliación de parejas que no están unidas por el vínculo del matrimonio, con la condición de que sean heterosexuales, dejando de lado, por supuesto, a las del mismo sexo. Dicha referencia da dimensión al argumento de la demanda, dirigido con toda claridad a cuestionar la citada exclusión.

Con todo, debe mencionarse que la demanda de la referencia no pretende la equiparación del concepto de familia al de pareja del mismo sexo, intención de la cual deja expresa constancia en el escrito. No obstante, pese a que los demandantes no lo dicen de manera explícita, la estructura del libelo va encaminada no a que se elimine a la familia como objeto de protección legal, sino a que se incluya a las parejas del mismo sexo.

Visto así, la Corte entiende que la demanda denuncia una omisión legislativa relativa proveniente directamente del concepto de “familia”, que consiste en que por vía de sólo incluir a la familia en el ámbito de protección de la seguridad social, el legislador deja por fuera una célula de composición social que también debe estar incluida en dicha protección.

En suma, la Corte entiende que la demanda de la referencia considera ilegítimo en el ámbito constitucional que la ley sólo incluya a la familia como objeto de protección, desconociendo que una célula social como la pareja homosexual también tiene el mismo derecho de protección. Pero como la partícula de la cual emerge la exclusión es la “familia”, pues este concepto ha sido tradicionalmente asociado con la pareja heterosexual, entonces resulta

lógico que sea ella la que debe ser objeto de demanda.

En la misma línea, la Corte no estima que los demandantes hayan debido acusar todos y cada uno de los componentes normativos de los cuales considera que emerge la discriminación jurídica, y que por dicha omisión deba considerarse que su demanda es inepta. Verificada por la Corte la inconstitucionalidad de una norma legal, por razón de la inclusión de un elemento discriminatorio, los efectos de la decisión irradian toda la normativa jurídica, sin que para ello sea impedimento que el demandante haya dejado de demandar otros apartes en los que la discriminación se haya reproducido.

Con todo, aún si se aceptara que la demanda de la referencia indebidamente se dirigió contra la expresión “familiar”, pues no es éste el aparte del cual proviene la alegada violación constitucional, no por ello debe concluirse que la Corte esté obligada a proferir un fallo inhibitorio: en múltiples ocasiones la Corporación ha acudido a la figura de la integración de la unidad normativa, que le permite asumir de oficio el estudio de una disposición legal que no ha sido expresamente demandada, cuando su contenido jurídico es indispensable para completar el contenido de un dispositivo legal que sí lo ha sido.

Sobre el particular, la Corte ha dicho:

“En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo.

“Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”.2” (Sentencia C-539 de

1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Salvamento Parcial de Voto de Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa)

Esta Corporación ha precisado que en materia de acción de inconstitucionalidad opera el principio *pro actione*, que habilita al juez constitucional para interpretar el contenido de la demanda cuando a pesar de la existencia de defectos de argumentación la misma ofrece elementos de juicio mínimos que permiten identificar la tesis jurídica que se expone. En atención a dicho principio jurídico, “siempre que del examen de una demanda sea posible identificar el texto acusado, el cargo formulado o, que exista al menos una duda razonable sobre el alcance interpretativo de la norma acusada en relación con la disposición constitucional que constituye parámetro de confrontación, es procedente que la Corte le de prevalencia a la acción y profiera un fallo de fondo”³.

Por ello, la Corporación considera que los argumentos de la demanda generan una mínima duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma acusada, razón por la cual son susceptibles de propiciar el juicio de constitucionalidad correspondiente.

No obstante, para efectos de garantizar que la decisión aquí adoptada cubra plenamente la hipótesis planteada por el demandante, se requiere que la Corte estructure una proposición jurídica completa. En efecto, dado que la expresión “familiar” no tiene, en sí misma considerada, un contenido normativo completo, se requiere que la Corte estudie la exequibilidad de la norma en la cual la expresión se inserta, para efectos de determinar si el mandato en ella contenido es exequible o no lo es.

En estas condiciones, la Corte Constitucional considera que el contenido normativo que debe someterse a juicio es el del artículo 163 de la Ley 100, en su texto íntegro.

3. Protección de los derechos de la pareja del mismo sexo y alcances de la Sentencia C-075 de 2007

En materia de derechos de las personas homosexuales, la Corte Constitucional ha garantizado el derecho individual a la libre opción sexual como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y consecuencia de la prohibición de discriminación impuesta por la Carta. Así lo señaló en las sentencias T-097 de 1994, T-539 de 1995, T-101 de 1996, C-481 de 1997, C-507 de 1998, T-268 de 2000, C-373 de 2002 y T-435 de 2003.

200211 y T-301 de 200412.

En reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional adicionalmente confirió a las parejas del mismo sexo la posibilidad de obtener el reconocimiento de los efectos patrimoniales de sus uniones de hecho.

En efecto, en Sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional declaró condicionadamente exequibles algunos apartes de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 -tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005- que definían el concepto de unión marital de hecho como la unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular¹³.

El fallo se funda en entre la expedición de la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 de 2005 ocurrió un cambio en el contexto social y jurídico del país que hizo insuficiente el modelo de protección patrimonial ofrecido en la Ley 54 de 1990 -que sólo cobijaba a las parejas heterosexuales-, e impuso la inclusión de las parejas del mismo sexo como destinatarias de dicha regulación.

A juicio de la Corte, “hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”. Para la Corporación,

“tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante”. (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

El fallo en cita estimó entonces que el cambio en la percepción de los esquemas de protección de la pareja homosexual es una realidad de la sociedad contemporánea, que además se ha visto impulsado por una creciente tendencia internacional dirigida a elevar los

niveles de protección de la opción sexual, cuando la misma se manifiesta en la voluntad de constituir una pareja.

Al respecto, el fallo resaltó que “...la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación.¹⁴ Más allá de esa dimensión normativa, sin embargo, como se expone en la demanda y se ha manifestado en distintas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, pronunciamientos de distintas instancias internacionales y Tribunales de diferentes Estados han avanzado en la definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja homosexual, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas”.

Sobre este mismo particular, enfatizó:

“Específicamente 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 resulte 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 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 Pacto.¹⁶” (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Establecido que el contexto social y jurídico de hoy permitía detectar un avance en el

proceso de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, la Corte sometió a detenido análisis los cargos formulados contra las expresiones de la Ley 54 de 1990, que limitaban la aplicación del régimen patrimonial a las parejas heterosexuales.

A su juicio, el debate constitucional debía estar encaminado a determinar si la ausencia de regulación en materia de reconocimiento de protección patrimonial constituía incumplimiento, por parte del legislador, de un deber de protección específico, dispuesto por la Constitución para situaciones de hecho asimilables; sin que con ello se buscara la homologación del régimen jurídico de la pareja heterosexual al de la pareja homosexual.

La Corte, en suma, estudió la constitucionalidad de las disposiciones acusadas a la luz de la omisión de un deber de protección, matizado por la vigencia de derechos como la libre opción sexual, manifestación del libre desarrollo de la personalidad y el principio de no discriminación constitucional.

En el caso de la regulación de los efectos patrimoniales de la pareja, la Corte constató que la denominada “unión marital de hecho”, constituye un régimen de protección para parejas heterosexuales, que excluía de suyo la opción homosexual. Esta exclusión, a juicio de la Corte, resultaba injustificada a la luz de los principios constitucionales, pues, más allá del respeto por la libertad de configuración del legislador, éste debe garantizar la protección de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y evitar cualquier forma de discriminación

En cuanto a la dignidad humana, la Corte resaltó la importancia que los efectos económicos del plan de vida tienen en las relaciones de pareja. Precisó que uno de los componentes de dicha dignidad impone a las autoridades públicas “el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P. art. 2.)”¹⁷.

En el caso bajo estudio, dicha dignidad se manifestaba en el ámbito de la autonomía personal, en tanto que implicaba “...la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”¹⁸ Esta autonomía se vulnera cuando “a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir

aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”¹⁹, y, por consiguiente, “...las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.”²⁰

En el terreno del problema analizado, la Corporación señaló que la falta de reconocimiento jurídico de los efectos económicos de la relación de pareja conformada por personas del mismo sexo vulneraba el derecho a la dignidad de sus integrantes porque comportaba la restricción de ejercicio de su libertad personal. Tal medida “lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar”²².

A juicio de la Corte, no existe razón justificativa para someter a las parejas del mismo sexo a un régimen incompatible con su opción de vida, como tampoco es legítimo que el legislador establezca un régimen patrimonial entre compañeros permanentes que no incluya a las parejas de compañeros del mismo sexo. La Corte detectó que la ausencia de regulación del régimen patrimonial de las parejas del mismo sexo las privaba del mínimo de protección en la materia, pues las obligaba a recurrir al régimen ordinario civil, lo cual limitaba su autonomía para “autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas en el evento en que termine la cohabitación”.

La Corte acuñó entonces la expresión “déficit de protección” para referirse a aquel vacío del régimen que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional. Sostuvo al respecto que en el caso del régimen patrimonial, dicho déficit se producía por el desconocimiento que el legislador hacía de la realidad fáctica de la pareja homosexual, “de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes

de la pareja”.

Sobre el particular, la Corte dijo:

“Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, 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”. (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Ahora bien, a juicio de la Corte, el déficit de protección del régimen previsto en la Ley 54 de 1990 afectaba a las parejas del mismo sexo en cuanto a su dignidad. La Corte consideró que las posibilidades vitales se veían en peligro como consecuencia del vacío de regulación respecto de la pareja homosexual, puesto que, “no obstante que dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión”²³.

La conclusión que el tribunal extrajo del anterior análisis es que en materia patrimonial se había entronizado en Colombia un déficit de protección que surgía como consecuencia de la exclusión de las parejas del mismo sexo, parejas que, si bien objetivamente son distintas a la pareja heterosexual, y más allá de las consideraciones de protección a la mujer y a la familia que inspiraron la expedición de la Ley 54 de 1990, “hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”²⁴.

La Corte señaló que independientemente de las consideraciones originarias sobre protección a la familia, la ley tenía finalidad de protección a la pareja, por lo cual debía dejar de interpretársela como extendida a la pareja homosexual.

“Independientemente de la motivación original de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan

surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.” (Sentencia C-075 de 2007)

Lo anterior implicó, dijo la Corte, “que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”.

Hecha la síntesis del fallo C-075 de 2007, pasa la Corte a definir la exequibilidad de la expresión demandada, no sin antes hacer mención a un reciente pronunciamiento que tiene importantes repercusiones en el análisis que ahora se realiza.

4. Sentencia C-521 de 2007, inexequibilidad del tiempo mínimo de convivencia como factor habilitante para el ingreso al sistema de seguridad social en salud

Mediante Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional declaró recientemente la inexequibilidad de la expresión “cuya unión sea superior a 2 años”, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1991²⁵.

La disposición establecía en su sentido literal que para tener acceso al Plan Obligatorio de Salud, las parejas constitutivas de familia que no estuvieran unidas por el vínculo jurídico del matrimonio debían haber tenido una convivencia como pareja por lo menos dos años. La Corte consideró que dicho lapso de convivencia mínima resultaba inconstitucional, a la luz del principio de igualdad y de las normas de protección a la familia, porque mientras las familias constituidas por el vínculo matrimonial tenían derecho a recibir inmediatamente los derechos del plan obligatorio de salud, a las que no las unía dicho vínculo se les exigía un periodo de dos años para reclamar los mismos derechos.

Así se refirió la Corte a este punto:

“4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del

afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

“Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993”. (Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

En consecuencia, la Corte declaró inexecutable la disposición acusada, no sin antes reiterar que el lapso de dos años que se consideraba inconstitucional no podía examinarse con la misma óptica que el lapso de dos años establecido por la Ley 54 de 1990 como periodo mínimo de convivencia para el reconocimiento de la unión marital de hecho.

La Corte dijo a este respecto que las particularidades jurídicas de la institución de la unión marital de hecho eran distintas a las del acceso a los medios de cobertura de la seguridad social, por lo que la inexecutable del lapso de dos años requeridos para acceder a los beneficios del sistema no podía afectar la legitimidad del lapso equivalente, exigido para conferir efectos patrimoniales a las parejas unidas por vínculos naturales. A este respecto, manifestó:

“Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la

protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

“Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos”. (Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Con todo, la Corte afirmó que con el fin de evitar fraudes, de personas que sin convivir quisieran dar la apariencia de convivencia para beneficiarse de los servicios del sistema, la unión de hecho debía constar en una declaración ante notario en la que la pareja reconociera que la convivencia existe y que tiene vocación de permanencia.

“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.” (Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Hecha la anterior precisión, pasa la Corte a establecer la exequibilidad de la norma acusada.

5. Análisis de la norma acusada

-Aclaración previa, alcance de la norma.

Previo al análisis que pasa a hacerse, conviene precisar que la norma acusada hace referencia exclusivamente a la vinculación al sistema de seguridad social en el régimen contributivo, es decir, en el régimen financiado por trabajadores con mayor capacidad económica que cotizan al sistema mediante una contribución obligatoria, que pagan exclusivamente o de manera compartida con su empleador.

-Déficit de protección de la norma acusada

De la norma objeto de estudio se desprende que la pareja homosexual no tiene derecho, en cuanto a pareja, a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema general de salud, por cuanto la disposición limita el alcance de la misma al ámbito familiar. El alcance preciso de la disposición implica que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria.

Para realizar el estudio de la disposición acusada, la Corte debe considerar los elementos doctrinarios establecidos en la Sentencia C-075 de 2007, pues ésta se constituye en el marco conceptual que determina el alcance actual de los derechos de las parejas del mismo sexo.

En primer lugar, el hecho de que el legislador en la Ley 54 de 1990 hubiera dejado por fuera del régimen patrimonial a las parejas del mismo sexo fue considerado contrario a la Constitución por la Corte en la reciente Sentencia C-075 de 2007, pues dicha exclusión evidenciaba la existencia de un déficit de protección de los individuos del mismo sexo que por dicha medida no podían regular adecuadamente los efectos patrimoniales de su unión.

La detección del déficit de protección en materia patrimonial constituye un criterio de evaluación de la disposición acusada, pues ella también deja por fuera del alcance de la protección en salud a las parejas del mismo sexo. No obstante, dado que el régimen que ahora se demanda tiene que ver, no con los efectos patrimoniales de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, sino de su acceso a los servicios de salud, la Corte considera que el déficit de protección se presenta de manera más palpable.

La razón de dicha transgresión es clara: la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. En este sentido, es la propia condición homosexual la que, aunada a la decisión de vivir en pareja, determina la exclusión del privilegio legal, por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13 C.P.), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, al tiempo que vulneratoria del derecho a la dignidad humana (art. 2º C.P.), pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo.

En relación la discriminación, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de

San José de Costa Rica” es enfática al manifestar que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24). Simultáneamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará 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”. (art. 26) Estas disposiciones internacionales que en Colombia resultan plenamente aplicables, por hacer parte del bloque de constitucionalidad, indican, tal como lo hace la Sentencia C-075 de 2007, que el tratamiento de exclusión patrocinado por la disposición legal afectan puntualmente la conducta homosexual cuando la misma se manifiesta en la voluntad de hacer vida en pareja.

En punto a la conservación del principio de la dignidad humana, la Corte Constitucional ha señalado que dicho concepto es elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición. La Corte ha dicho que “... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.”²⁶

El hecho de que la dignidad humana sea un valor fundacional del Estado impone “a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P. art. 2.)”²⁷.

Ahora bien, la dignidad humana implica el reconocimiento de la autonomía del ser humano, enfocada al diseño de un plan personal de vida. La libertad de “elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”²⁸ De allí que la dignidad humana se refleje de manera inmediata en el ámbito de ejercicio de

derechos que dependen de las decisiones racionales y libres del individuo²⁹, reunidos todos en el concepto de libre desarrollo de la personalidad. Para la Corte, la dignidad humana se manifiesta en tanto libertad en la “posibilidad de autodeterminarse³⁰ según el propio destino³¹ o la idea particular de perfección³², con el fin de darle sentido a la propia existencia³³.”

De allí que la Corte Constitucional haya dicho que “la dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución y tiene, por consiguiente, valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia.³⁴”³⁵, a lo cual agregó:

“De este modo, si bien la Constitución impone como límite al libre desarrollo de la personalidad los derechos de los demás y el orden jurídico, tal límite no puede llevarse al extremo de instrumentalizar a la persona para el logro del interés general en condiciones que afecten su dignidad.

“Finalmente cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de dignidad humana, comporta un mandato constitucional que determina no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.³⁶” (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

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.

En relación con el derecho a la salud, está previsto en el artículo 49 de la Carta Política que el mismo es un servicio público a cargo del Estado, y que éste debe garantizarlo a todas las personas en términos de promoción, protección y recuperación. La norma constitucional así mismo indica que la prestación de los servicios de salud debe ser organizada, dirigida y reglamentada por el Estado, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Para la Corte el derecho a la salud es aquella "... facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento"³⁷.

Recientemente, la Corte ha dicho que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura. En el mismo contexto, en Sentencia T-016 de 2007³⁸, la Sala Séptima de Revisión de la Corte señaló que el derecho a la salud es fundamental y se convierte en derecho directamente amparado por la acción de tutela cuando la desprotección de la víctima implica, al mismo tiempo, una afectación de su dignidad humana.

"12.- Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos - unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la

necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional³⁹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho".(Sentencia T-016 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

En el caso que ocupa la atención de la Sala, podría decirse que la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional.

Ahora bien, dado que el derecho a la salud tiene categoría fundamental y que de su conservación depende la conservación del derecho fundamental a la vida, es claro que la omisión legislativa que impide a las parejas del mismo sexo ingresar al régimen contributivo en calidad de beneficiarias implica la vulneración de derechos de rango fundamental.

Para la Corte es claro que el perjuicio que se deriva de la exclusión de la pareja homosexual de la cobertura del régimen de seguridad social en salud es de mayor gravedad que el que generaba la exclusión de la pareja homosexual de las normas sobre régimen patrimonial.

En el dispositivo que ahora se demanda, el compromiso no es el de la integridad patrimonial de la pareja, sino de la integridad física de sus miembros, de la conservación de su salud y, por supuesto, en última instancia, de la conservación de la vida. A este respecto, recuérdese

que la Corte Constitucional aseguró en la citada Sentencia C-075 de 2007 que en la actualidad la opción de vida de las parejas del mismo sexo es una opción válida que, en el ámbito patrimonial, presenta requerimientos “de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”⁴⁰, lo cual con mayor razón debe predicarse de los requerimientos en materia de salud.

Lo mismo puede decirse del aparte de la citada sentencia según el cual “resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales”, pero esta vez en tratándose del derecho a la salud y a la vida, pues la negación de tales prerrogativas por la sola circunstancia de hacer vida en pareja quebranta la integridad del derecho a la dignidad de las personas que deciden convivir con alguien del mismo sexo.

Además de lo dicho, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo del sistema de salud tampoco es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la indefectible desprotección del núcleo familiar. La Sala considera que la detección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual, por lo que no existe justificación alguna para señalar que una medida como la que ahora se impone involucre afectación de la protección que la Constitución ofrece en esta materia.

Este avance de la cobertura de protección a las parejas del mismo sexo es consecuencia también de la aplicación del principio de progresividad en materia de seguridad social, reconocido expresamente por la Carta en su artículo 48, que señala que “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social”, así como por la jurisprudencia constitucional, que en sentencias como las C-251 de 1997⁴¹, SU.225 de 1998⁴², C-671 de 2002⁴³, C-038 de 2004⁴⁴, T-1291 de 2005⁴⁵ y T-221 de 2006⁴⁶, ha dicho que el sistema de seguridad social debe avanzar hacia una cobertura universal, que garantice una atención oportuna y eficiente para todos.

La Corte ha dicho a propósito de este principio que el mismo involucra los siguientes

elementos: “i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudir a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Corte⁴⁷ ha referido iv) a la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: ‘todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad’ ”⁴⁸.

Así las cosas, la tendencia de alcance progresivo de la seguridad social (art. 48 C.P.), aunada al reconocimiento de ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, cuyo ejercicio involucra el ejercicio de su libertad y de su dignidad personal, impone considerar que, frente a un déficit de protección en salud que se considera ilegítimo, por desproteger una opción de vida amparada por la Corte, es obligación del Estado el diseño de los mecanismos que amplíen la cobertura del sistema y eliminen tales deficiencias.

En conclusión, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud 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 una pareja.

En consecuencia, la Corte considera que dicho déficit denuncia un vacío en la ley de seguridad social que la hace inconstitucional y así procederá a declararlo.

6. Integración de la pareja homosexual al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen contributivo.

La detección de la inexequibilidad por omisión legislativa relativa de la norma objeto de estudio no implica que la Corte deba declarar inexequible la disposición, pues ello traería consigo la desprotección automática de los demás sujetos beneficiados por el sistema, sino

que deba condicionar su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo.

En relación con dicha inclusión cabe hacer, no obstante, las siguientes precisiones.

Esta Corte entiende que el ingreso de parejas del mismo sexo al régimen contributivo podría conducir a la comisión de múltiples fraudes por parte de personas del mismo sexo que, sin ser pareja, pero aduciendo dicha condición, pretendan hacerse a los beneficios de salud del sistema.

En principio, podría argüirse que para evitar dichos fraudes, la pareja homosexual debería someterse al tiempo mínimo de convivencia exigido a la pareja heterosexual por el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 para la constitución de la unión marital de hecho, que es de dos años. Así, la pareja homosexual del afiliado cotizante podría vincularse como beneficiaria al sistema una vez hubiera comprobado, por medios expeditos, la convivencia por el mínimo del lapso indicado. Ello garantizaría la verificación del carácter permanente de la unión.

No obstante, en reciente pronunciamiento -Sentencia C-521 de 2007- al declarar inexecutable el plazo de 2 años que como convivencia mínima la Ley 100 exigía a las parejas de hecho para vincularse al sistema de seguridad social en Salud, la Corte Constitucional aseguró que los plazos establecidos en la Ley 54 de 1991 y en la Ley 100 de 1993 eran ontológicamente diferentes, pues mientras el primero regulaba las consecuencias patrimoniales de la unión marital de hecho, el segundo plazo se refería al acceso al sistema de salud.

En dicha oportunidad, la Corte estableció que el tiempo mínimo de convivencia exigido por la Ley 100 de 1993 para que las parejas heterosexuales ingresaran al sistema de salud era inexecutable por erigirse en factor de discriminación de las parejas de hecho respecto de las conformadas por contrato de matrimonio, a lo cual agregó que el tiempo de dos años exigido por la Ley 54 de 1990, cuya legitimidad nunca fue puesta en duda por la Corte Constitucional, no era aplicable al caso bajo estudio, dado que la finalidad de este plazo era meramente patrimonial y no tenía que ver con el acceso a los servicios de salud de los afectados.

En dicha ocasión, la Corte advirtió -además- que para efectos de determinar el acceso al

sistema de salud de personas unidas por un vínculo natural de estirpe familiar se requería, simplemente, la declaración ante notario de la existencia de la unión familiar, y que las autoridades públicas contaban con los mecanismos de denuncia establecidos por la ley a efectos de detectar y sancionar a las personas que intentaran cometer fraude mediante la acreditación de una unión familiar de hecho inexistente.

En el caso concreto, atendiendo a la precisión hecha por la jurisprudencia, en el sentido de que el artículo 54 de la Ley 1990 no es aplicable para efectos de establecer el acceso a los servicios de salud, esta Corte considera que, en el caso de las parejas del mismo sexo, la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia deben regularse por el mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007, esto es, declaración ante notario en la que conste que la pareja convive efectivamente y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia, independientemente de su tiempo de duración. De esta manera, los mismos mecanismos que operan para evitar que parejas heterosexuales que no constituyen familia reclamen ilegítimamente del sistema los beneficios a que no tienen derecho, deben aplicarse en relación con las parejas del mismo sexo que pretendan hacer lo mismo.

Sobre el particular, la Sentencia C-521 de 2007 señaló:

“5.1. Los voceros estatales que intervinieron en el presente caso, particularmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expresaron sus reservas por el abuso que se pueda presentar al incluir como beneficiarios en condición de compañero (a) permanente a personas que no cumplan con los requisitos establecidos en la ley, generándose una especie de “carrusel” que podría hacer insostenible económicamente el sistema.

“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.” (Sentencia C-521 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Así las cosas, la Corte considera que la disposición acusada debe declararse exequible, con la condición de que en la cobertura del sistema a que hace alusión también se incluya a las parejas del mismo sexo.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E

Declarar 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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

CON ACLARACION DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-811 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

SENTENCIA CONDICIONADA-Carácter limitado y restringido que permite la continuación de la discriminación de las parejas homosexuales (Salvamento de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Igualdad de derechos (Salvamento de voto)

FAMILIA-Conformación por vías diferentes al matrimonio (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-6749

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi disenso frente a la presente sentencia, que resuelve condicionar la exequibilidad del artículo 163 de la ley 100, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, por cuanto considero que este fallo tiene un carácter limitado y restringido, que permite la continuación de la discriminación de las parejas de homosexuales, como paso a exponer a continuación:

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 resolutive 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 homosexuales⁴⁹, 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 Kelsen⁵⁰ y Bobbio⁵¹, 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 Hume⁵² y contemporáneamente por racionalistas críticos como Popper⁵³ y Albert⁵⁴, 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.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-811 DE 2007 DE LA MAGISTRADA (E) CATALINA BOTERO MARINO

FAMILIA-Conformación por parejas homosexuales (Aclaración de voto)

FAMILIA-Concepto basado en multiplicidad de relaciones entre personas con vocación de permanencia (Aclaración de voto)

FAMILIA-Constituida por personas del mismo sexo (Aclaración de voto)

FAMILIA-Vínculos por los que se conforman no están referidos exclusivamente al sexo
(Aclaración de voto)

DEFICIT DE PROTECCION-En contra del núcleo familiar conformado por pareja homosexual
(Aclaración de voto)

La familia puede constituirse “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” o “por la voluntad responsable de conformarla”. Es llamativa la disyunción entre la familia conformada por el matrimonio heterosexual y la familia que se origina en “la voluntad responsable de conformarla” sin referencia alguna al sexo de quienes la conforman. Entre otras muchas formas de unión entre personas, las parejas conformadas por personas del mismo sexo que, de modo responsable, deciden conformar una familia, constituyen, de manera inequívoca, una familia. No existiría razón alguna para privilegiar a las parejas heterosexuales sobre las parejas constituidas por personas del mismo sexo como fundamento de la institución familiar de que trata el artículo 42 de la Constitución. Una visión de la familia en Colombia, acorde con el sistema de valores, principios y derechos establecido en la Carta Política, debe fundarse en la protección de los vínculos más profundos que llevan a las personas a conformar núcleos familiares: el amor, el afecto, la solidaridad y el deseo de ayudarse mutuamente. Sólo estos vínculos, de carácter absolutamente laico y democrático, son los que, en mi opinión, están en el corazón de la protección que el artículo 42 de la Constitución depara a la familia.

Referencia: Exp. D-6749

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la ley 100 de 1993

Magistrado ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

1. Aunque comparto la decisión de la Corte en la sentencia C-811 de 2007, y celebro la extensión de los beneficios de seguridad social de que trata el artículo 163 de la ley 100 de 1993 a las parejas del mismo sexo, he decidido aclarar mi voto para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano.

2. Tanto la sentencia C-075 de 2007 como la presente decisión, extienden la protección de la Constitución a ciertos aspectos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir.

Expongo adelante las razones por las cuales considero que la familia que protege el artículo 42 del Estatuto Superior se refiere a una multiplicidad de relaciones entre personas que se vinculan de manera permanente entre sí por amor, afecto, solidaridad y la voluntad de ayudarse y socorrerse mutuamente. La diversidad de situaciones en que los vínculos de esta clase surgen en las sociedades actuales lleva a desechar la idea de que es la heterosexualidad la que está en la base de la protección constitucional de la familia.

3. La institución familiar es en extremo compleja, en el sentido de que quienes la conforman están vinculados entre sí por múltiples intereses y afectos. Sin embargo, tras una simplificación de la cuestión no sería absurdo afirmar que el vínculo originario y primigenio que da origen a la familia radica en la existencia de relaciones creadas con vocación de permanencia y fundadas en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo. En este sentido, la institución familiar constituiría el “núcleo fundamental de la sociedad” (CP, art. 42) porque sería allí donde surgirían las formas más esenciales de la solidaridad social (CP, art. 1º). Como lo decía Ciro Angarita Barón desde el comienzo de esta Corte, la familia esta donde están los afectos.

En este sentido, encuentro que a partir de una nueva y más realista y plural concepción de la familia, es posible concebir un universo muy diverso de formas de relación entre personas que merecen protección constitucional. Allí no sólo habría que incluir a las parejas del mismo sexo, sino, también, por ejemplo, al núcleo afectivo que se establece entre la madre cabeza de familia y su(s) hijo(s), entre los abuelos y los nietos de los que, por múltiples motivos, deben hacerse cargo, de los tíos y tías que, por diversas circunstancias, se hacen responsables de sus sobrinos. La lista de relaciones entre personas que no tienen ninguna similitud con las parejas heterosexuales pero que se vinculan entre sí por nexos permanentes

de amor, afecto y solidaridad incluye, sin duda, a las parejas del mismo sexo. Negar que esas relaciones sean familias implicaría, a mi juicio, desconocer el sentido profundo del principio constitucional de solidaridad social (CP, art. 1º).

4. Si la familia es caracterizada en este sentido, otra clase de relaciones que se establecen en su seno, y, particularmente, las de carácter sexual y económico, estarían subordinadas al vínculo fundamental, de orden afectivo y solidario, que origina la familia. Así, podría afirmarse que las relaciones de índole sexual y patrimonial son un reflejo del afecto primigenio, y, por tanto, son características meramente accidentales de la institución familiar. Mientras existan relaciones con vocación de permanencia fundadas en el afecto y solidaridad mutua habrá familia.

5. Contra la visión de familia que encuentro más acorde a la Constitución, se ha sostenido que la institución familiar sólo puede surgir de la unión entre un hombre y una mujer y de las relaciones de consanguinidad que se desplieguen a partir de esta unión. En este sentido, los datos distintivos de la familia serían la heterosexualidad, la función reproductiva y las relaciones de consanguinidad correspondientes. Encuentro que esta visión de familia es profundamente excluyente e injusta y que termina negando protección constitucional a verdaderos núcleos familiares que constituyen la primera y en muchos casos la única red de protección de muchas personas en nuestro país. Enuncio en los párrafos que siguen de manera breve, las razones de mi argumento.

6. En primer lugar, considero que el argumento esgrimido es profundamente equivocado por la sencilla razón de que llevaría a la conclusión de que el vínculo esencial que origina la familia, y que en consecuencia, es objeto de protección constitucional, es un tipo específico de actividad sexual entre los miembros que la conforman. De este modo, lo que protegería el artículo 42 del Estatuto Superior sería la heterosexualidad, como una entre varias formas de ejercicio legítimo de la sexualidad humana. Esta interpretación, además de absurda, sería francamente contraria a la garantía constitucional del pluralismo y de la autonomía personal.

La interpretación sería absurda en tanto edificaría el fundamento de la familia en cierto tipo de actividad sexual. Aunque, sin lugar a dudas, el sexo puede constituir una manifestación importante del amor y del afecto, es claramente posible concebir relaciones afectivas entre

personas en las que no hay actividad sexual. Piénsese en la relación que puede establecerse entre unos abuelos y sus nietos o entre la madre cabeza de familia y sus hijos o entre dos personas que han decidido, como parte de su proyecto de vida, renunciar a la sexualidad.

7. Ahora bien, quienes defienden la tesis conforme a la cual el artículo 42 de la Constitución sólo protege a las familias originadas por parejas heterosexuales podrían llevar su argumento un paso más allá y dirían que la familia debe fundarse en la heterosexualidad porque, de lo que se trata, es de garantizar la reproducción de la especie humana. Este paso en el razonamiento de los críticos sería igualmente absurdo en la medida en que fundar la familia en la garantía de la reproducción terminaría en injusticias que, paradójicamente, afectarían, también, a muchas parejas heterosexuales. ¿Acaso las parejas heterosexuales que no quieren tener hijos o en las que alguno de sus miembros es infértil, dejarían de ser familias? ¿No sería familia la pareja heterosexual compuesta por adultos mayores que ya no pueden reproducirse?

8. Como se señaló más arriba, el argumento objeto de análisis también sería contrario a la garantía constitucional del pluralismo (CP, art. 1º) y de la autonomía personal (CP, art. 16). En efecto, ¿hasta qué punto el argumento que funda la familia en la pareja heterosexual parte de un menosprecio por algunas formas legítimas no heterosexuales de ejercicio de la sexualidad?

Vale la pena recordar que la jurisprudencia constitucional vigente ha protegido el libre ejercicio de la sexualidad, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP, art. 16), siempre y cuando las decisiones, opciones y prácticas sexuales específicas no violen el orden jurídico y los derechos de los demás.⁵⁵ La Corte Constitucional ha protegido, incluso, un derecho a la identidad sexual que ampara opciones tan radicales como la de decidir si se quiere ser hombre o mujer.⁵⁶ A la luz de esta jurisprudencia sería difícil sostener un privilegio intrínseco de la heterosexualidad sobre otras formas de ejercicio legítimo de la sexualidad. Salvo que se demuestre que un ejercicio específico de la sexualidad viola derechos de terceros o contraría el orden jurídico constitucional, éste no puede ser prohibido o menospreciado.

9. A lo dicho en el párrafo anterior, los críticos sólo podrían oponerse alegando, por una parte, que la Constitución protege la heterosexualidad en tanto ésta es la opción sexual

mayoritaria de los colombianos, y, de otro lado, que la heterosexualidad sí tiene un valor intrínseco sobre otras prácticas sexuales en cuanto sólo el sexo heterosexual garantiza la reproducción. El primer argumento carece de todo asidero bajo el régimen constitucional vigente en Colombia, toda vez que las visiones o prácticas de las mayorías, por el mero hecho de serlo, no legitiman la supresión o discriminación de las visiones minoritarias. Si una visión, práctica o decisión mayoritaria contraviene los derechos de ciertas minorías o, en general, es contraria al ordenamiento constitucional, de inmediato se torna inconstitucional. Como se vio anteriormente, el segundo argumento es igualmente insostenible, en la medida en que ligar la familia a la heterosexualidad por ser ésta la única que garantiza la reproducción de la especie humana conduciría a situaciones francamente absurdas por su injusticia.

10. Finalmente, quienes abogan por la defensa de la pareja heterosexual como fundamento único de la familia señalarían, con un argumento literalista, que el texto del artículo 42 del Estatuto Superior no permite dudar que la familia está constituida exclusivamente por la pareja conformada por un hombre y una mujer. Esta conclusión es derivada de una lectura que enfatiza las palabras “hombre” y “mujer” del primer inciso del artículo 42 constitucional, de conformidad con el cual la familia se constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

En mi opinión, y si de ser literalistas se trata, una lectura adecuada de la norma antes transcrita no conduce a la conclusión inequívoca de que la familia sólo puede surgir de la pareja heterosexual. En efecto, las hipótesis de constitución de la institución familiar que señala esta disposición están formuladas de manera disyuntiva. El uso de la coma entre las hipótesis y de la partícula “o” permitiría tal conclusión. Así, la familia puede constituirse “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” o “por la voluntad responsable de conformarla”.

En particular, es llamativa la disyunción entre la familia conformada por el matrimonio heterosexual y la familia que se origina en “la voluntad responsable de conformarla” sin referencia alguna al sexo de quienes la conforman. Entre estas dos hipótesis la Constitución establece una opción clarísima (o la una o la otra) que permitiría preguntar cuáles son las familias que surgen de la voluntad responsable de conformarlas.⁵⁷ Sin mayor esfuerzo

argumentativo, es posible responder que, entre otras muchas formas de unión entre personas, las parejas conformadas por personas del mismo sexo que, de modo responsable, deciden conformar una familia, constituyen, de manera inequívoca, una familia.

Con base en lo anterior, no existiría razón alguna para privilegiar a las parejas heterosexuales sobre las parejas constituidas por personas del mismo sexo como fundamento de la institución familiar de que trata el artículo 42 de la Constitución.

11. A mi juicio, la defensa enérgica de la pareja heterosexual como fundamento único de la familia que protege el artículo 42 de la Constitución se basa en visiones éticas y religiosas del mundo de carácter específico. En particular, la tradición judeo-cristiana, a partir de cierto modo de leer sus escrituras sagradas, estima que la familia sólo puede estar conformada por parejas heterosexuales y que su finalidad es eminentemente reproductiva.

Aunque respeto profundamente esta visión religiosa del mundo, ni ella ni ninguna otra puede erigirse en fundamento de autoridad para la toma de decisiones constitucionales. La Constitución Política de Colombia no abraza ningún credo religioso (CP, preámbulo), defiende la libertad religiosa y de cultos y establece la absoluta igualdad entre todas las iglesias y confesiones religiosas (CP, art. 19). A los jueces constitucionales y a otros funcionarios públicos les está vedado tomar decisiones que impliquen privilegiar algún credo religioso en particular.

Fecha ut supra.

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (e)

1 “...la voluntad responsable de constituir la familia por fuera del matrimonio se entendió referida a las uniones entre parejas heterosexuales. Y como la regulación legal del matrimonio entre nosotros siempre ha establecido que este es un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, forzoso es concluir que la familia que quiso proteger el constituyente fue, como antes se dijo, la heterosexual y monogámica, ya sea que se constituya a partir del matrimonio o a partir de la unión libre. Los artículos

indeterminados un y una hacen alusión a la monogamia, y los sustantivos hombre y mujer, a la condición heterosexual de la pareja. // Las expresiones del ponente, por consiguiente, llevan a excluir la interpretación aislada de la frase “o por la voluntad responsable de conformarla”, contenida en el artículo 42 superior, interpretación según la cual tal frase haría alusión a la posibilidad de constituir la familia a partir de uniones distintas a la heterosexual y monogámica.”. (Sentencia C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) Salvamentos de voto de Manuel Jose Cepeda Espinosa, Jaime Cordoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett, Salvamento y aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

2 Sentencia C-320/97(M.P. Alejandro Martínez Caballero

3 Sentencia C-509 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

4 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

5 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

6 M.P. Fambio Morón Díaz

7 M.P. Alejandro Martínez Caballero

8 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

9 M.P. Alejandro Martínez Caballero

10 M.P. Jaime Córdoba Triviño

11 M.P. Rodrigo Escobar Gil

12 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

13 Aclaración de voto de los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla. Salvamento de Voto del magistrado Jaime Araújo Rentería. Los magistrados Escobar, Monroy y Pinilla apoyaron la decisión mayoritaria, pero sobre la base de que el reconocimiento de los efectos civiles a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo no implica reconocimiento de que constituyen familia. El magistrado Córdoba apoyó la decisión de fondo, pero advirtió que su voto no avala ni descalifica tratos

diferenciados que puedan ser otorgados por el legislador a las parejas homosexuales. El magistrado Araujo se apartó de la decisión pues estimó que la sentencia debió haber reconocido la plenitud de los derechos de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo.

14 La Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica' establece que 'todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley' (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que 'todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará 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.' (art. 26)

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

18 Sentencia T-881 de 2002

19 Sentencia T-429 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell

20 Sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

21 Cfr. Sentencia T-792 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

22 Sentencia C-075 de 2007

24 Ídem

25 Con salvamento de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto. Con aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería

26 Sentencia C-684 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

27 Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil

28 Sentencia T-881 de 2002

29 Sentencia T-472 de 1996

30 Cfr. sentencias T-532 de 1992, C-542 de 1993 y T-477 de 1995.

31 Cfr. sentencias C-221 de 1994 y T-090 de 1996.

32 Cfr. sentencia T-124 de 1993.

33 Cfr. sentencias T-472 de 1996 y C-239 de 1997.

34 Cfr. Sentencia T-792 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

35 Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil

36 Cfr. Sentencia T-881 de 2002

37 Sentencia T-597 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada recientemente en la sentencia T-1218 de 2004, MP. Jaime Araújo Rentería.

38 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

39 En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

40 Sentencia C-075 de 2007

41 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

42 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

43 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

44 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

45 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

46 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

47 Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004.

48 Sentencia C-1064 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

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

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

51 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.

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

53 Ver Popper, Karl Raimund, La lógica de la investigación científica, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

54 Ver Albert, Hans, Tratado sobre la razón crítica, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973.

55 Por todas, véase la sentencia C-404 de 1998.

56 Véase la sentencia T-477 de 1995.

57 En un sentido similar, véase el salvamento de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett a la sentencia SU-623 de 2001.