

Sentencia T-725/04

ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Control poblacional

FAMILIA-Concepto que se protege en Constitución Política de 1991/REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Normas no pueden hacerse extensivas a parejas homosexuales

Las disposiciones se refieren al derecho de residencia de los cónyuges o compañeros permanentes, expresiones que, en nuestro régimen jurídico, no resultan aplicables a las parejas homosexuales. Estas normas tienen sustento en la protección especial de la familia prevista en la Constitución, y se orientan a impedir que en razón del régimen de control especial de residencia del archipiélago, las familias no puedan conformarse o mantenerse unidas. Tal como se ha señalado por la jurisprudencia constitucional, la familia que la Constitución protege es la heterosexual y monogámica, y el Decreto 2762 de 1991 se refiere a los dos modos de conformarla, el matrimonio y la unión libre. No es de recibo, entonces, la pretensión de que esas previsiones se hagan extensivas a las parejas homosexuales, sin que ello, por otra parte, pueda tenerse como violatorio del principio de igualdad, tal como se ha señalado por la Corte en distintas oportunidades. En el presente caso, no se trata de negar a una persona el derecho de residencia en el Archipiélago en razón de su condición homosexual, lo que sería claramente discriminatorio y contrario al ordenamiento constitucional, sino de puntualizar que, para adquirir ese derecho, la persona homosexual no puede pretender ampararse, en razón de su condición como tal, en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general, abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de acceder al derecho de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones.

REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES

No podría el régimen especial de control de densidad poblacional del archipiélago sacrificar esa protección especial a la familia y resultaría, en principio, contraria a la Constitución una limitación al derecho de circulación y residencia que, en la práctica, significase impedir que se conforme la familia o que se mantenga unida la ya conformada. Tal como se ha señalado,

la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica y por consiguiente, no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales. No quiere lo anterior decir que el régimen de control poblacional del Departamento Archipiélago desconozca la posibilidad de que un residente decida establecer una unión estable de carácter homosexual con un no residente, sino que, en tal caso, el acceso al derecho de residencia para este último pasa por vías distintas de las que se han previsto para la protección de la familia.

REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Existencia de margen de discrecionalidad para poder acceder al derecho de residencia

Si, en alguno de los eventos en los que, en el régimen de control de la densidad poblacional del Archipiélago, existe ese margen de discrecionalidad, están dados los presupuestos objetivos para que una persona pueda acceder al derecho de residencia y no hay razones que, en concreto, esto es teniendo en consideración, no solo los parámetros generales fijados en la ley, sino el grado de afectación que una decisión adversa pueda significar para los derechos de los interesados, permitan una solución distinta, la OCCRE debe conceder la residencia solicitada. A la luz de los anteriores criterios, encuentra la Sala que no obstante que el señor ZZ no presentó solicitud ante la OCCRE para obtener el derecho de residencia al amparo de lo dispuesto en el literal b) del Decreto 2762 de 1991, y que la solicitud del señor XX era improcedente, por cuanto se fundamentaba en disposiciones que regulan el derecho de residencia de quienes constituyen una familia y que no resultan aplicables a las parejas homosexuales, las circunstancias del caso hacían imperativo que la Administración adecuase el trámite, para encausarlo por el régimen jurídico que correspondiese, porque lo contrario implicaría que, como en efecto ocurrió, pese a que el señor ZZ reunía las condiciones que le habrían permitido obtener la tarjeta de residente a la luz de lo dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 2672 de 1991, se le negase el derecho y se dispusiese su salida del archipiélago, circunstancia que implicaba, además, que dado que perdía su condición de residente temporal, ya no podría en el futuro inmediato solicitar la tarjeta de residente definitivo al amparo de esa condición.

Esa obligación de readecuar el trámite resultaba no solo del hecho de que la OCCRE sabía que el aspirante a la residencia definitiva reunía las condiciones que le permitirían adquirir el derecho, y que, por lo tanto, se trataba de un problema formal referido a la vía elegida para solicitarlo, sino, y principalmente, de que no obstante que, en general, cabe que las autoridades administrativas nieguen una solicitud cuando la misma no es elevada por el directamente interesado, en este caso era evidente la afectación que de ello resultaría para las expectativas legítimas, de quien en razón a su condición de residente temporal y al cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley, podía aspirar a obtener la residencia definitiva, y para los derechos del residente, quien hizo explícita la relación homosexual de carácter permanente que mantenía con el destinatario de la solicitud. Encuentra así la Sala que, en cuanto puedan afectarse derechos fundamentales, como la libertad de circulación o residencia o el libre desarrollo de la personalidad de un residente, la autoridad está obligada a la readecuación del trámite, porque la protección de tales derechos por la Administración Pública es informal, no tiene carácter rogado sino oficioso, en atención al deber genérico de las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

DERECHO DE CIRCULACION Y RESIDENCIA-Debía tramitarse la solicitud de la manera que mejor protegiera esos derechos

Como quiera que en este caso se había elevado ante las autoridades del archipiélago una solicitud en la que, por su propia naturaleza, y cuanto que directamente referida al derecho de circulación y residencia, asociado en el caso concreto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los interesados en la actuación, estaban comprometidos derechos fundamentales, la OCCRE tenía el deber de tramitar la solicitud de la manera que mejor protegiera tales derechos. Para ello, habría podido optar por solicitar formalmente a los interesados la adecuación del trámite indicándoles los documentos que debían allegarse, o incluso, en una aproximación más formalista, habría cabido que, como en efecto ocurrió, en la Resolución mediante la cual se resolvió la solicitud, la misma se negase, en razón a no haber sido presentada por el destinatario de la actuación solicitada, pero en lugar de disponer, como se hizo, el inmediato abandono del archipiélago del señor ZZ, se le hubiese concedido la oportunidad para que adecuase el trámite, con la indicación precisa de los pasos a seguir. Esa omisión de la OCCRE en adecuar el trámite resulta lesiva, en este caso, del derecho al debido proceso del señor ZZ, quien como se ha dicho, no obstante reunir las

condiciones para obtener la tarjeta de residencia, lo cual obraba en el expediente administrativo, se vio compelido a abandonar el territorio del archipiélago, y afecta, también, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del señor ZZ y del señor XX, quienes, de hecho, verían obstaculizada su decisión de mantener en el archipiélago una relación estable como pareja homosexual.

Referencia: expediente T-875227

Accionante: XX y ZZ*

Demandado: Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina/Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Uprimny Yepes (e), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-875227 instaurado por XX y ZZ contra la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina / Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

XX y ZZ, obrando a través de apoderado judicial, presentaron ante el Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Islas, acción de tutela en contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina / Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, por una presunta violación de sus derechos

fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a la dignidad humana, en la que consideran incurrió el OCCRE, al negarse a conceder la tarjeta de residencia a ZZ en calidad de compañero permanente de XX.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante Auto del 29 de diciembre de 2003 (folio 33), el Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Islas, decidió admitir la solicitud de tutela y notificar de ello a los accionantes, a la Gobernación departamental y a la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE.

Dispuso el juzgado, en el mismo Auto, la práctica de algunas pruebas y negar la solicitud de medidas provisionales de protección que habían sido presentadas por los accionantes.

3. Oposición a la demanda

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante oficio de enero 5 de 2004 (Folio 39) dio respuesta a la solicitud de tutela y se opuso a las pretensiones de los accionantes.

4. Los hechos

A partir de los elementos probatorios que obran en el expediente, se tienen como hechos relevantes en este proceso, los siguientes:

4.1. Los accionantes han mantenido una relación estable, en condición de compañeros permanentes, en San Andrés Islas, desde hace más de tres años. De acuerdo con declaración del accionante XX, dicha relación se inició en mayo del año 2000. En ello concuerdan varios testigos quienes manifiestan conocer a la pareja desde hacía más de tres años para la fecha de las declaraciones.

4.2. El señor XX tiene tarjeta de residente OCCRE No. XXXXX.

4.3. De acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades especiales conferidas en el artículo 42 transitorio de la Constitución Política, podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien "... [c]on posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos." Establece la misma disposición que "[a]l momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja".

A su vez, quienes se encuentren en la situación prevista en el citado literal a) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, podrán, de acuerdo con lo previsto en el literal c) del artículo 7º del mismo Decreto, fijar temporalmente su residencia en el Archipiélago.

4.4. Con base en las anteriores disposiciones, mediante comunicación de junio 12 de 2003 (folio 91), XX solicitó ante la OCCRE "... la expedición de la Tarjeta de la Occre para mi compañero permanente el señor ZZ, identificado con el Pasaporte # CCC".

Entre otros documentos, anexó a su solicitud fotocopia de su cédula de ciudadanía y de su Occre y declaración extrajuicio de tres testigos "... como prueba fehaciente de nuestra relación de pareja y el tiempo que llevamos conviviendo en la Isla."

Mediante Resolución No. TT de 2003 el Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE decidió, (i) negar "... la solicitud de residencia presentada por el señor XX, identificado con C.C. No. AAA de BBB, a fin de que se le otorgue la calidad de residente temporal al señor ZZ, identificado con pasaporte CCC expedido en DDD, con quien manifiesta estar vinculado en relación de pareja, por los motivos expresados en el considerando de la presente resolución", y (ii) prevenir "... al señor ZZ, identificado con pasaporte CCC expedido en DDD, a fin de que abandone el territorio del archipiélago dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, so pena de ser declarado en situación irregular previa realización del procedimiento legal."

4.5. Para fundamentar su decisión el OCCRE expresó que (i) el derecho de residencia, en la hipótesis planteada por el solicitante, se extiende, en los términos de los artículos 3 y 7 del Decreto 2762 de 1991, al compañero o a la compañera permanente de quien tenga la calidad de residente; (ii) que para todos los efectos civiles, se denominan compañero y

compañera permanente al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho; (iii) que la Ley 54 de 1990 establece, en su artículo primero, que para todos los efectos civiles se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular, y (iv) que de acuerdo con las anteriores consideraciones, no se han acreditado los presupuestos legales necesarios para la procedibilidad de la solicitud del señor XX.

4.6. Contra la anterior decisión el solicitante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos negativamente con base en las mismas consideraciones de la resolución original.

En la resolución YY de 2003 de la Gobernación del Departamento, mediante la cual se decidió el recurso de apelación, se agregaron las siguientes consideraciones en relación con los argumentos presentados por el apelante:

“... es necesario aclarar que el objeto del presente proceso no es la aceptación o rechazo hacia la conducta homosexual, ni mucho menos si se considera una enfermedad o anormalidad, sino la posibilidad legal de que una persona -residente en San Andrés- le entregue a otra (o) del mismo sexo, en razón a la relación de pareja que mantienen, la permanencia y/o residencia en el territorio insular, en observancia a las disposiciones que controlan la densidad poblacional en la isla -Decreto 2762 del 13 de Diciembre de 1991 y normas complementarias-.”

Después de referirse a las previsiones de los artículos 3 y 7 del Decreto 2762, en la Resolución se procede a analizar si la pareja que conforman los señores XX y ZZ cumple con los requisitos allí establecidos.

Concluye el anterior análisis que está acreditada la calidad de residente del señor XX, pero que en cuanto a la convivencia en pareja, dado que la legislación especial que rige para el Departamento no define lo que debería entenderse por unión permanente, es necesario realizar una integración legislativa, que remite a la Ley 54 de 1990, la cual en su artículo

primero define como Unión Marital de Hecho “aquella formada entre un hombre y una mujer (subraya la Gobernación) que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”, y agrega que “para todos los efectos civiles se denomina compañero y compañera permanente al hombre y a la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho.”

Agregó la Gobernación que “[p]or otro lado, no puede procurarse el mismo trato que se otorga a las parejas heterosexuales, con respecto a los recurrentes, comoquiera que no se encuentran en el mismo plano de igualdad, por cuanto la unión marital de hecho, propende por la protección de la institución familiar –que se constituye ... por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla – (Artículo 42 de la Constitución Nacional), razón por la cual no se inaplicará el Decreto No. 2762 de 1991.”

Expresó también la Gobernación que “[t]ampoco se subyuga el libre desarrollo de la personalidad, dado que la sociedad patrimonial que se genera en esta unión, vale decir, la formada entre compañero y compañera permanente, no es un presupuesto necesario para ejercitar el derecho a la libre opción sexual”, y cita una sentencia de la Corte en la cual se expresa que no obstante la existencia de un derecho fundamental a la libre opción sexual, el legislador no está obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.²

4.7. En vista de las anteriores determinaciones, los señores XX y ZZ decidieron acudir a la acción de tutela.

5. Fundamento de la acción

Expresan los accionantes que la negativa del OCCRE es violatoria de sus derechos fundamentales, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque es contraria al derecho a la igualdad, en la medida en que a los compañeros extranjeros de diferente sexo si se les otorga la residencia. Ello implica que las parejas homosexuales han recibido un trato discriminatorio con base en un criterio que ha sido calificado como sospechoso por la jurisprudencia constitucional.

En segundo lugar, porque afecta el derecho al trabajo, debido a que al no serle concedido el permiso de residencia el señor ZZ se ve privado de la posibilidad de realizar cualquier tipo de trabajo en el territorio insular.

En tercer lugar, porque la imposibilidad de trabajar afecta el derecho a la seguridad social del señor ZZ.

Finalmente, porque la conducta del OCCRE es contraria a la dignidad humana.

Para sustentar sus argumentos, los accionantes presentan una serie de consideraciones de la Corte Constitucional en relación con la libertad de opción sexual y la protección que ella tiene frente a las eventuales pretensiones de interferencia por parte del Estado.³

Los tutelantes pretenden que se ordene a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que en el término de 48 horas se otorgue el permiso de residencia al señor ZZ y que en lo sucesivo se abstenga de realizar hechos similares o iguales a los que motivaron la presente solicitud de tutela.

Para evitar un perjuicio irremediable, solicitan que se ordene inaplicar la Resolución TT confirmada por la Resolución YY, para permitir que el señor ZZ pueda permanecer en el territorio nacional mientras se adopta la decisión definitiva que corresponda. Del mismo modo solicitan que como medida provisional se suspenda la orden impartida en la Resolución TT.

Por otra parte, de manera preliminar, los accionantes manifiestan al juez una solicitud de reserva de nombre con base en el derecho fundamental a la intimidad. A ese efecto solicitan que sus nombres y datos privados se mantenga en reserva y no se den a conocer a terceras personas.

7. Oposición

En su escrito de oposición a las pretensiones de los accionantes, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

No se transgredió el derecho a la igualdad, porque la negativa a la solicitud de residencia no

obedeció a la condición del señor ZZ como ser humano, sino a la razón que fue esgrimida en la solicitud de residencia, esto es su condición de compañero permanente en una relación homosexual, la cual no está prevista en el ordenamiento que regula el derecho de residencia en el territorio insular.

Agrega que no obstante que esa situación no está prevista en el Decreto 762 de 1991, ello no quiere decir que se desconozca la posibilidad de que los solicitantes hagan vida en pareja y que el señor ZZ, tal como en su momento se le manifestó por el Director del OCCRE, puede aplicar para obtener el derecho de residente como inversionista.

Por consiguiente, observa, no se concedió la residencia por cuanto no se reunieron los requisitos establecidos en el ordenamiento especial expedido para preservar el nivel poblacional de la isla, sin que en ello haya existido discriminación alguna.

Expresa, por otra parte, que tampoco asiste la razón a los accionantes en cuanto a la vulneración del derecho al trabajo, en cuanto que éste, como todo derecho, es limitado, y en el presente caso no se dan los presupuestos para que fuese susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, como serían "... la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto."

En relación con el derecho a la seguridad social expresa que siendo éste un derecho conexo a la vida y al trabajo, y habiéndose descartado la conculcación de tales derechos, mal puede tenerse como vulnerado aquel que no es per se fundamental.

Finalmente, en cuanto hace relación a la dignidad humana, manifiesta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tratado el derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia que constituyen el mínimo vital. En este contexto, señala que en el presente caso no se ha demostrado la afectación de ese mínimo vital, por lo cual no puede hablarse de que se hubiese transgredido el derecho a la vida digna.

Concluye que en el ordenamiento jurídico colombiano la unión marital de hecho se constituye entre un hombre y una mujer, y que se denominan compañero y compañera permanentes quienes hacen parte de una de tales uniones. Por consiguiente, observa, las disposiciones que confieren el derecho de residencia a quienes hayan contraído matrimonio o hayan establecido una unión singular no resultan aplicables a los accionantes.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Primera instancia

El Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Isla, mediante Sentencia de enero 9 de 2004, decidió: “NO TUTELAR los derechos a la IGUALDAD, a la DIGNIDAD HUMANA, a la SEGURIDAD SOCIAL y al TRABAJO, invocados por los señores XX y ZZ, cuya vulneración achacan a la Dirección de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE y a la Gobernación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ...”.

El juzgado tomó su decisión con base en las siguientes consideraciones:

1.1. Las decisiones administrativas que se cuestionan a través de la acción de tutela no constituyen un trato desigual o discriminatorio, ni comportan una diferenciación ilegítima, en la medida en que ellas no coartan el derecho fundamental a la libre opción sexual de los actores, dado que no se les impide la convivencia como pareja, ni se les exige que adopten la inclinación sexual mayoritaria.

La diferencia de trato que señalan los accionantes se explica en razón a que las uniones entre parejas del mismo sexo, si bien son constitucionalmente aceptables, no generan consecuencia jurídica alguna.

La Constitución señala que 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 ese contexto, la legislación contempla el régimen jurídico aplicable al matrimonio y las uniones permanentes entre parejas heterosexuales, pero tales previsiones no pueden extenderse a las parejas homosexuales. A ese respecto transcribe un aparte de la Sentencia C-098 de 1996 conforme al cual “[l]as uniones maritales de hecho de

carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su protección integral, y en especial, que la mujer y el hombre tengan iguales derechos y deberes, lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales.”

Concluye que si ni la Constitución ni la ley han previsto efectos jurídicos para las parejas homosexuales, no cabe que un residente pretenda que el derecho de residencia se extienda a la persona del mismo sexo con quien convive.

1.2. Tampoco se ha afectado el derecho fundamental a la dignidad humana puesto que durante la actuación administrativa se respetaron el debido proceso y el derecho de defensa, sin que, por otro lado, se haya demostrado “... en el desarrollo de las relaciones administración - administrado trato cruel, inhumano o irrespetuoso ...”.

1.3. Respecto a los derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social, la protección que se solicita se inscribe en el ámbito del derecho de residencia, de manera que si éste resulta improcedente de acuerdo con el ordenamiento constitucional y legal, no puede afirmarse que haya habido vulneración de los mencionados derechos.

1. Impugnación

3. Segunda instancia

En providencia de 3 de febrero de 2004, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina decidió confirmar la decisión de primera instancia.

Expresó el Tribunal que en este caso los accionantes cuentan con otro medio de defensa judicial diferente de la acción de tutela, cual es acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 de CCA, para solicitar que se revoque la decisión adoptada por la OCCRE.

Que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, la misma no resulta

procedente en este caso, ni siquiera como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no se acreditó en el proceso, ni fue objeto de solicitud por los accionantes.

Por otra parte, manifestó el Tribunal que tampoco se observa que la OCCRE haya violado el derecho a la igualdad, puesto que, tal como se sostuvo por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-623 de 2001, las parejas homosexuales no pueden considerarse como familia de acuerdo con las normas actualmente vigentes, y por consiguiente el pronunciamiento de los accionados fue ajustado a la ley.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

Los solicitantes son personas naturales que actúan, por medio de apoderado, en su propio nombre y como tal están legitimados de acuerdo con la Constitución para interponer la acción de tutela.

2.2. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina / Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, autoridades públicas del orden departamental.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados

Los actores enuncian como violados sus derechos a la igualdad (Art. 13 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), a la seguridad social (Art. 48 C.P.) y a la dignidad de la persona humana (Art. 1 C.P.).

2.4. Procedencia de la tutela frente al medio de defensa judicial alternativo

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina decidió confirmar el fallo que negaba el amparo solicitado, debido a que, en su concepto, entre otras consideraciones, i) los actores contaban con un medio alternativo de defensa judicial, como era el de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) la tutela no se había propuesto como mecanismo transitorio ni, (iii) se había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable.

De conformidad con reiterada jurisprudencia, la idoneidad del medio alternativo de defensa debe apreciarse en concreto.

En el presente caso, si bien es cierto que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho los actores podrían lograr la protección de sus derechos, lo prolongado del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la inmediatez de la lesión de los derechos cuya protección se solicita -en tanto que las actuaciones impugnadas comprenden la conminación para que el señor ZZ abandone en el término de cinco días el territorio insular-, y el carácter puramente constitucional del debate que se ha planteado en torno a los mismos, hace que sea la tutela el mecanismo procesal adecuado para obtener su protección. En la medida en que el pronunciamiento de la Corte debe establecer de manera definitiva el ámbito de los derechos constitucionales que se estiman violados y que tal violación sería el objeto propio del proceso contencioso administrativo, no cabe la vía del amparo transitorio, y la decisión que se adopte por esta Sala de Revisión habrá de tener carácter definitivo.

3. Problemas jurídicos a resolver

La solicitud de amparo presentada plantea la necesidad de analizar si la negativa de la Oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE, del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a conceder la tarjeta de residencia a una persona debido a que la misma se solicitó en atención a su condición de compañero permanente en

una relación homosexual, viola los derechos a la igualdad, a la dignidad de la persona humana, al trabajo y a la seguridad social.

4. El régimen de control de densidad poblacional en San Andrés

La Constitución, en su artículo 310, dispuso que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regiría, "... además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador." De manera específica se dispuso en la misma norma que, "[m]ediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago."

En desarrollo de esa norma, y en virtud de lo dispuesto en el Artículo Transitorio 42 de la Constitución, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991 con el objeto de limitar y regular los derechos de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

A ese efecto, el citado decreto establece las situaciones que dan derecho a fijar residencia en el Archipiélago, determina las condiciones que permiten obtener permiso temporal de residencia, y regula las consecuencias que de ello se derivan, particularmente en cuanto hace al tiempo de permanencia y a la posibilidad de desarrollar actividades laborales en el territorio insular.

De los artículos 310 y 42 transitorio del ordenamiento superior se desprende que son tres los objetivos que justifican las restricciones a la libertad de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Tal como se señaló por la Corte en la Sentencia T-1117 de 2002, el primero de tales objetivos es controlar "... un problema de sobrepoblación, que además de afectar físicamente a la isla, perjudica a sus habitantes, pues la administración no cuenta con los suficientes recursos para atender las necesidades básicas de la población". En segundo lugar, señaló la Corte, se encuentra la protección al medio ambiente, dado que la sobrepoblación puede afectar considerablemente

el frágil ecosistema de las Islas. Y finalmente, concluyó esta Corporación, "... la protección a la diversidad cultural, pues buena parte de los isleños son integrantes de comunidades nativas, un grupo humano con diferencias culturales considerables respecto del resto de la población del país, y con una identidad cultural protegida por la Constitución".

Para obtener esos objetivos la ley, de acuerdo con la Constitución, limita los derechos de circulación y residencia en el archipiélago y establece las condiciones por virtud de las cuales tales derechos pueden adquirirse. Esas condiciones comportan, en ciertos casos, un verdadero derecho para las personas que las cumplan, mientras que en otros, dan lugar a una expectativa en torno a la cual existe un margen de apreciación para las autoridades locales.

En el primer caso, el régimen especial contempla unas condiciones, cumplidas las cuales, las personas, de manera automática, adquieren el derecho de residencia. Tienen este alcance las condiciones previstas en el artículo 2º del Decreto 2762 de 19914, y en particular, las relativas al derecho de los nativos y de sus descendientes, con las condiciones de residencia allí establecidas, o las que, también con el requisito de residencia especificado en la norma, se refieren a quienes hayan contraído matrimonio válido, o hayan vivido en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas.

En la segunda de las hipótesis que se han identificado en el régimen del Decreto 2762 de 1991, el ordenamiento especial establece unas condiciones cuya satisfacción podría dar lugar a adquirir el derecho de residencia en cuanto que, o bien requieren ser complementadas por otras, o dejan un espacio a la discrecionalidad administrativa.

De este modo, en el artículo 3º del Decreto 2762 se dispone que podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

"a) Con posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja;

b) Haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta, demuestre solvencia económica y, a

juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago.

La Junta decidirá sobre la conveniencia de que trata el literal anterior, tomando en cuenta la oferta de mano de obra en el Departamento Archipiélago, la densidad poblacional en el mismo y las condiciones personales del solicitante.”

En la Sentencia C-530 de 1993 la Corte puso de presente que algunas de las anteriores disposiciones consagran facultades discrecionales para la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago, como por ejemplo la calificación de la “buena conducta” de las personas y aún la calificación de su “solventía económica”, previstas en el literal b). Precisó la Corte que tales conceptos clasifican dentro de los que la doctrina ha denominado como “cláusulas abiertas” o “conceptos jurídicos indeterminados”, y que las autoridades encargadas de hacer la calificación correspondiente deben obrar de manera razonable con el fin de evitar la arbitrariedad.

La condición prevista en el literal a) del citado artículo 3º, a su vez, da lugar a una expectativa de adquirir el derecho de residencia, para lo cual quienes hayan contraído matrimonio o establecido una unión permanente, deben fijar su domicilio común en el territorio insular al menos por un periodo de tres años. Esta disposición se complementa con lo previsto en el literal c) del artículo 7º del mismo decreto, conforme al cual, quienes se encuentren en la situación prevista por el literal a) del artículo 3º, podrán fijar temporalmente su residencia en el Archipiélago.

A su vez, de acuerdo con el literal b) del artículo 3º, quien haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta y demuestre solventía económica, tiene una expectativa fundada de obtener la residencia definitiva en el Archipiélago.

Para los anteriores efectos, en el artículo 8º se establece que la tarjeta de residencia temporal será expedida a quien cumpla con los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, y que para ello se tendrá en cuenta, además, la densidad poblacional en el Archipiélago, la suficiencia de sus servicios públicos y las condiciones personales del solicitante. Adicionalmente, en relación con la previsión del literal b) del artículo 3º, en la misma disposición se establece que la residencia definitiva se concederá cuando a juicio de

la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente el establecimiento definitivo del residente temporal.

5. El caso concreto

Los accionantes consideran que la decisión de la OCCRE de negarle el derecho de residencia definitiva al señor ZZ en su condición de compañero permanente del residente XX, es violatoria de sus derechos a la igualdad, a la dignidad, al trabajo y a la seguridad social.

Observa la Sala, sin embargo, que los accionantes parten de un presupuesto equivocado.

En efecto, la solicitud de residencia se presentó por XX en beneficio de su pareja homosexual ZZ. Esto es, la solicitud pretendía ampararse en lo dispuesto en los literales a) del artículo 3º y c) del artículo 7º del Decreto 2762 de 1991. Sin embargo, tales disposiciones se refieren al derecho de residencia de los cónyuges o compañeros permanentes, expresiones que, en nuestro régimen jurídico, no resultan aplicables a las parejas homosexuales. Estas normas tienen sustento en la protección especial de la familia prevista en la Constitución, y se orientan a impedir que en razón del régimen de control especial de residencia del archipiélago, las familias no puedan conformarse o mantenerse unidas. Tal como se ha señalado por la jurisprudencia constitucional, la familia que la Constitución protege es la heterosexual y monogámica⁵, y el Decreto 2762 de 1991 se refiere a los dos modos de conformarla, el matrimonio y la unión libre. No es de recibo, entonces, la pretensión de que esas previsiones se hagan extensivas a las parejas homosexuales, sin que ello, por otra parte, pueda tenerse como violatorio del principio de igualdad, tal como se ha señalado por la Corte en distintas oportunidades.

Así, en la Sentencia C-098 de 1996, al referirse a la unión marital de hecho como una de las formas legítimas de constituir la familia, la Corte señaló que la misma debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar y que si bien la ley circunscribe la unión material de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales, no por ese hecho se coarta el derecho constitucional a la libre opción sexual, dado que la "... ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual."

En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 20016 se precisó que aunque "... la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros."

En esa sentencia la Corte puso de presente que con la decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no se está contradiciendo el principio de universalidad que informa el sistema de seguridad social en salud, ni se está excluyendo a determinadas personas con fundamento en su orientación sexual, pues existen diversas formas de incorporarse al sistema. Agregó la Corte que "[l]a ley no niega el acceso a los servicios en salud por el hecho de la 'orientación sexual de una persona' lo cual conllevaría un trato discriminatorio evidente. No. Simplemente le dice que la forma escogida - 'como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante'-, no es el camino idóneo para ingresar al sistema, por esta razón no cabría consideración alguna sobre la igualdad."

En el presente caso, no se trata de negar a una persona el derecho de residencia en el Archipiélago en razón de su condición homosexual, lo que sería claramente discriminatorio y contrario al ordenamiento constitucional, sino de puntualizar que, para adquirir ese derecho, la persona homosexual no puede pretender ampararse, en razón de su condición como tal, en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general, abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de acceder al derecho de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones.

El artículo 3º del Decreto 2762 de 1991 indica que quien contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente y establezca domicilio común en el Archipiélago al menos por tres años tendrá derecho a fijar su residencia definitiva en el Archipiélago. Esa disposición contiene un desarrollo de la protección especial que las normas constitucionales dispensan a la familia, como quiera que la misma se refiere a las dos maneras conforme a las

cuales, de acuerdo con la Constitución, se constituye la familia, esto es, el matrimonio, o la unión permanente.

No podría el régimen especial de control de densidad poblacional del archipiélago sacrificar esa protección especial a la familia y resultaría, en principio, contraria a la Constitución una limitación al derecho de circulación y residencia que, en la práctica, significase impedir que se conforme la familia o que se mantenga unida la ya conformada.

Tal como se ha señalado, la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica y por consiguiente, no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales.

No quiere lo anterior decir que el régimen de control poblacional del Departamento Archipiélago desconozca la posibilidad de que un residente decida establecer una unión estable de carácter homosexual con un no residente, sino que, en tal caso, el acceso al derecho de residencia para este último pasa por vías distintas de las que se han previsto para la protección de la familia.

En el presente caso, en el expediente administrativo consta que el señor ZZ llevaba residiendo en el Archipiélago más de tres años, así como que mantenía una relación de pareja estable con el residente XX, quien, a su vez, acreditaba las condiciones de solvencia económica que le permitían atender los requerimientos de la pareja. En ese contexto, estarían dados los presupuestos del literal b) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991 para que el señor ZZ pudiese adquirir su derecho de residencia definitiva en el Archipiélago, si la OCCRE no tenía motivos fundados para decidir lo contrario.

Reitera la Sala que, tal como de manera expresa se señaló en la Sentencia C-530 de 1993 que declaró la exequibilidad del decreto mediante el cual se expidió el régimen especial de control de densidad poblacional en el archipiélago, la existencia de un margen de discrecionalidad para la Administración no puede tenerse como sinónimo de arbitrariedad y que a ese efecto debe tenerse en cuenta que el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo dispone que “[e]n la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la

autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” En la Sentencia T-445 de 1997 la Corte puso de presente que dicha disposición es expresión del principio de razonabilidad, conforme al cual un juicio, un raciocinio o una idea son razonables cuando estén conformes con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Y en la Sentencia C-031 de 1995, la Corte señaló que si bien, en “... la facultad discrecional el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de manera rígida (...), en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la decisión concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho.” Agregó la Corte que para el control de aquellos actos discrecionales de la administración en los que la autoridad “... se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, se ha introducido el recurso contencioso administrativo por desviación de poder, (...) que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.”

De tal manera que si, en alguno de los eventos en los que, en el régimen de control de la densidad poblacional del Archipiélago, existe ese margen de discrecionalidad, están dados los presupuestos objetivos para que una persona pueda acceder al derecho de residencia y no hay razones que, en concreto, esto es teniendo en consideración, no solo los parámetros generales fijados en la ley, sino el grado de afectación que una decisión adversa pueda significar para los derechos de los interesados, permitan una solución distinta, la OCCRE debe conceder la residencia solicitada.

A la luz de los anteriores criterios, encuentra la Sala que no obstante que el señor ZZ no presentó solicitud ante la OCCRE para obtener el derecho de residencia al amparo de lo dispuesto en el literal b) del Decreto 2762 de 1991, y que la solicitud del señor XX era improcedente, por cuanto se fundamentaba en disposiciones que regulan el derecho de residencia de quienes constituyen una familia y que no resultan aplicables a las parejas homosexuales, las circunstancias del caso hacían imperativo que la Administración adecuase el trámite, para encausarlo por el régimen jurídico que correspondiese, porque lo contrario implicaría que, como en efecto ocurrió, pese a que el señor ZZ reunía las condiciones que le habrían permitido obtener la tarjeta de residente a la luz de lo dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 2672 de 1991, se le negase el derecho y se dispusiese su salida del archipiélago, circunstancia que implicaba, además, que dado que perdía su condición de

residente temporal, ya no podría en el futuro inmediato solicitar la tarjeta de residente definitivo al amparo de esa condición.

Esa obligación de readecuar el trámite resultaba no solo del hecho de que la OCCRE sabía que el aspirante a la residencia definitiva reunía las condiciones que le permitirían adquirir el derecho, y que, por lo tanto, se trataba de un problema formal referido a la vía elegida para solicitarlo, sino, y principalmente, de que no obstante que, en general, cabe que las autoridades administrativas nieguen una solicitud cuando la misma no es elevada por el directamente interesado, en este caso era evidente la afectación que de ello resultaría para las expectativas legítimas, de quien en razón a su condición de residente temporal y al cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley, podía aspirar a obtener la residencia definitiva, y para los derechos del residente, quien hizo explícita la relación homosexual de carácter permanente que mantenía con el destinatario de la solicitud.

Encuentra así la Sala que, en cuanto puedan afectarse derechos fundamentales, como la libertad de circulación o residencia o el libre desarrollo de la personalidad de un residente, la autoridad está obligada a la readecuación del trámite, porque la protección de tales derechos por la Administración Pública es informal, no tiene carácter rogado sino oficioso, en atención al deber genérico de las autoridades de la República de proteger "... a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades ..." (Art. 2 C.P.)

Como quiera que en este caso se había elevado ante las autoridades del archipiélago una solicitud en la que, por su propia naturaleza, y cuanto que directamente referida al derecho de circulación y residencia, asociado en el caso concreto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los interesados en la actuación, estaban comprometidos derechos fundamentales, la OCCRE tenía el deber de tramitar la solicitud de la manera que mejor protegiera tales derechos. Para ello, habría podido optar por solicitar formalmente a los interesados la adecuación del trámite indicándoles los documentos que debían allegarse, o incluso, en una aproximación más formalista, habría cabido que, como en efecto ocurrió, en la Resolución mediante la cual se resolvió la solicitud, la misma se negase, en razón a no haber sido presentada por el destinatario de la actuación solicitada, pero en lugar de disponer, como se hizo, el inmediato abandono del archipiélago del señor ZZ, se le hubiese concedido la oportunidad para que adecuase el trámite, con la indicación precisa de los pasos

a seguir.

Esa omisión de la OCCRE en adecuar el trámite resulta lesiva, en este caso, del derecho al debido proceso del señor ZZ, quien como se ha dicho, no obstante reunir las condiciones para obtener la tarjeta de residencia, lo cual obraba en el expediente administrativo, se vio compelido a abandonar el territorio del archipiélago, y afecta, también, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del señor ZZ y del señor XX, quienes, de hecho, verían obstaculizada su decisión de mantener en el archipiélago una relación estable como pareja homosexual.

Para la protección de tales derechos habrá de concederse el amparo solicitado, para disponer que, si el señor ZZ así lo desea, podrá presentar solicitud de la tarjeta de residencia definitiva al amparo de lo dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, evento en el cual la OCCRE deberá tramitarla a la luz de las condiciones que existían en el momento en que se presentó la solicitud por el señor ZZ, sin necesidad de que a la nueva solicitud se alleguen elementos probatorios que ya hayan sido aportados en la que originalmente se negó.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR los fallos de 9 de enero y de 3 de febrero de 2004 del Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Isla y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante los cuales se negó la acción de tutela de la referencia, y en su lugar CONCEDER el amparo solicitado por XX y ZZ para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad.

SEGUNDO. DISPONER que si el señor ZZ así lo desea, podrá presentar solicitud de la tarjeta de residencia definitiva al amparo de lo dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, evento en el cual la OCCRE deberá tramitarla a la luz de las condiciones que existían en el momento en que se presentó la solicitud por el señor XX, sin necesidad de que a la nueva solicitud se alleguen elementos probatorios que ya hayan sido

aportados en la que originalmente se negó.

TERCERO. Para la protección del derecho a la intimidad que fuera solicitada por los accionantes, sus nombres no podrán ser divulgados en este proceso, el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta Sentencia. La Secretaría General de la Corte Constitucional y las secretarías del Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Islas y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, deberán garantizar esta estricta reserva.

CUARTO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO (E) RODRIGO UPRIMNY YEPES A LA SENTENCIA T-725 DE 2004.

ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Control poblacional (Salvamento de voto)

REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Decisión que se tomó en caso de pareja homosexual resulta discriminatoria (Salvamento de voto)

En el presente caso, los peticionarios son una pareja homosexual, habían residido en unión permanente por más de tres años en San Andrés, y por ello consideraban que tenían derecho a que la OCCRE concediera el derecho de residencia a ZZ, conforme al derecho perfecto y automático previsto en el artículo 3º, literal a, del decreto. La Corte niega esa solicitud, pero considera que eventualmente ZZ puede obtener el derecho de residencia conforme al literal b) del mismo artículo 3º del decreto 2762, puesto que ha residido por más de tres años en el archipiélago, y por ello ordena a la OCCRE estudiar el caso como si fuera una solicitud individual de ZZ. Pero esa protección judicial es precaria y discriminatoria; es precaria, por cuanto la concesión de la residencia en este evento requiere no sólo que ZZ cumpla con otros requisitos, como tener solvencia económica (lo cual parece ocurrir en este caso), sino que además depende de la apreciación discrecional de la OCCRE, la cual debe juzgar si el establecimiento definitivo de ZZ en el archipiélago resulta o no conveniente. Por consiguiente, si ZZ es de escasos recursos, o la OCCRE no juzga conveniente su establecimiento en la isla, entonces XX y ZZ no tendrán derecho a tener vida de pareja en la isla. La protección puede no sólo entonces tornarse ilusoria sino que además es discriminatoria, pues si XX y ZZ hubieran sido una pareja heterosexual, las autoridades del archipiélago hubieran estado obligadas a conceder la residencia permanente a ZZ. La discriminación por razón de la opción sexual es entonces evidente; por ello la presente decisión es errada pues desconoce la doctrina elaborada por esta Corte, según la cual, las personas no pueden ser tratadas de manera distinta por razón de su opción sexual, ya que dicho trato desconoce los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad

REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Desconocimiento del artículo 3 literal a) del Decreto 2762/91 en interpretación de expresión “unión permanente” (Salvamento de voto)

Este análisis literal y sistemático del alcance de la expresión “unión permanente” del artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991 es suficiente para dejar sin piso la argumentación básica de la OCCRE y de la presente sentencia, pues ambas parten del supuesto de que el decreto restringe expresamente la obtención del permiso de residencia al compañero heterosexual de un residente, pues se trata de una protección de la familia heterosexual, por lo cual no es posible extender esa posibilidad a la pareja homosexual. En efecto, al calificar de errada la premisa de la solicitud de tutela, la Sala argumenta que “no es de recibo, entonces, la pretensión de que esas previsiones se hagan extensivas a las parejas

homosexuales”, con lo cual supone que éstas se refieren exclusivamente a la pareja heterosexual. Sin embargo, como acabamos de ver, eso no es así, pues la norma habla genéricamente de “quien establezca unión permanente con un residente”, lo cual incluye razonablemente a las parejas homosexuales. La petición de principio en que incurre la sentencia es evidente, pues presupone que esa norma sólo se aplica a las parejas heterosexuales, para luego concluir que el presupuesto de la demanda es equivocado, pues esa norma se refiere exclusivamente a las parejas heterosexuales.

DERECHO DE RESIDENCIA-Vulneración por interpretación que se hizo del artículo 3 literal a) del Decreto 2762/91 de expresión “unión permanente” (Salvamento de voto)

Si no aparece claro que una medida restrictiva de la libertad de residencia de la OCCRE protege esos valores constitucionales, entonces debe concluirse que la restricción es inconstitucional, pues desconoce los fines superiores que justifican el régimen especial de San Andrés y las propias atribuciones de la OCCRE. Y esto sucede en el presente caso, pues la exclusión del derecho de residencia de las parejas homosexuales no realiza ninguno de los valores y principios constitucionales que legitiman el régimen especial del archipiélago. De otro lado, la medida de excluir del derecho de residencia en San Andrés a las parejas homosexuales, incluso si fuera adecuada para alcanzar alguno de esos propósitos constitucionales, no por ello sería legítima pues es desproporcionada y discriminatoria contra los homosexuales residentes en San Andrés. Así, mientras que los heterosexuales pueden lograr que su pareja extranjera o de otro lugar de Colombia obtenga la residencia en el archipiélago, dicha posibilidad queda excluida a los homosexuales, conforme a la interpretación de la Corte y de la OCCRE.

LIBERTAD DE RESIDENCIA-Si hay duda razonable se debe interpretar a favor del ejercicio del derecho/ PRINCIPIO PRO HOMINE (Salvamento de voto)

Si subiste una duda razonable acerca de si la ley ha autorizado o no una restricción a la libertad de residencia, entonces es deber de las autoridades judiciales y administrativas interpretar esa duda a favor del ejercicio del derecho, y no a favor de la limitación, no sólo por la reserva legal que cubre toda restricción de los derechos fundamentales, sino además en desarrollo del principio pro homine, que guía la interpretación de los derechos humanos y constitucionales. Según esa regla hermenéutica, “se debe acudir a la norma más amplia, o a

la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

LIBERTAD DE RESIDENCIA Y PRINCIPIO PRO HOMINE-Vulneración por la OCCRE y por decisión de la Corte (Salvamento de voto)

En el presente caso, la OCCRE y la sentencia de la cual discrepo vulneraron claramente ese principio pro homine y la reserva legal pues, desconociendo el tenor literal del decreto 2762 de 1991, ampliaron el ámbito de las restricciones de la libertad de residencia y restringieron el contenido de ese derecho. En efecto, el artículo 3°, literal a) de ese decreto establece quienes tienen derecho a obtener la residencia permanente en el archipiélago. Esa norma señala, como ya lo expliqué, que tiene derecho a residir en la isla aquella persona que (i) vive en unión permanente con un residente en la isla, (ii) fija con ella el domicilio en la isla por un período mínimo de tres años y (iii) convive con ella al momento de hacer la solicitud. Como esta norma desarrolla el derecho de residencia en la isla, tiene que ser interpretada en forma amplia, de suerte que se debe entender que cubre a todas las parejas que viven en unión permanente, incluyendo a las parejas homosexuales, puesto que éstas claramente caen en el campo semántico de la expresión “unión permanente” prevista por el decreto. Sin embargo, la presente sentencia no sólo ignora el tenor literal del decreto sino que, contrariamente al principio pro homine, restringe el contenido del derecho de residencia en el archipiélago a fin de ampliar el campo de las limitaciones, más allá de las propias previsiones legales. De esa manera, la Sala Quinta adopta una sentencia que desconoce el derecho de residencia de las parejas homosexuales en San Andrés, en la medida en que es la propia Corte, y no el decreto, la que limita ese derecho a las parejas homosexuales, con un propósito distinto al establecido por el artículo 310 superior. En efecto, la base de la argumentación de la sentencia para excluir del derecho de residencia en San Andrés a la pareja homosexual no es el control del problema de densidad de la población en las Islas, ni la preservación de la diversidad cultural del Archipiélago, ni la conservación del medio ambiente en las zonas sino la defensa del modelo heterosexual de familia, que no es una de las razones que, conforme al artículo 310 de la Carta, justifican las restricciones a la libertad de circulación y residencia en ese territorio.

DERECHO A LA LIBRE OPCION SEXUAL-Vulneración (Salvamento de voto)

En el presente caso, la lógica de la jurisprudencia de la Corte se encuentra invertida, pues la Sala asume que ninguna protección a la familia puede extenderse a la pareja homosexual, por lo que una regulación relativa a la familia y que, según su tenor literal, debe, o al menos puede, aplicarse favorablemente a toda pareja, incluyendo la pareja homosexual, debe interpretarse como referida únicamente a la pareja heterosexual. La protección de la opción homosexual, que era amplia en la jurisprudencia de la Corte, a pesar de las desafortunadas sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, se torna en puramente residual: conforme a la doctrina de la presente sentencia, los homosexuales no pueden ser discriminados como individuos, pero siempre y cuando no se les ocurra formar pareja o familia, pues en ese caso, no podrán obtener ninguna protección legal, ya que la Carta únicamente ampara a la familia heterosexual y monogámica.

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL/DISCRIMINACION POR SEXO/HOMOSEXUALIDAD/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (Salvamento de voto)

La Corte abdica de su función de proteger especialmente minorías estigmatizadas y promueve, así mismo, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, pues excluye a la población homosexual de muchas regulaciones protectoras, que son reservadas a las familias heterosexuales. Es decir, de conformidad con la doctrina que parece consolidar la presente sentencia, una persona puede convivir con otra persona de su mismo sexo con pretensión de constituir una comunidad significativa de vida, contar para ello con el concurso de una voluntad responsable para conformarla, tener como móvil de la cohabitación la atracción sexual, el deseo de compañía, de afecto, el miedo a la soledad o cualquier otra razón admisible para parejas heterosexuales. Sólo que esa pareja no puede contraer matrimonio, ni conformar legalmente una unión marital de hecho, ni adoptar el número de hijos que responsablemente puedan atender, ni que uno de ellos o ellas afilie a su pareja al sistema de seguridad social. Pero ahora, conforme a la presente decisión, ni siquiera puede pretender establecerse en el Archipiélago de San Andrés y Providencia con un residente y no contar con mucho dinero, ya que esos comportamientos no están en el ámbito de protección de la libertad e igualdad reconocido por la jurisprudencia de la Corte a la población homosexual. La Corte tiende entonces a limitar cada vez más su vigorosa jurisprudencia inicial a favor de la protección del derecho a no ser discriminado por razón de la preferencia sexual, con el equivocado argumento de que la Carta sólo reconoce a la familia heterosexual y monogámica.

1- Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, expreso las razones por las cuales salvo el voto en la presente sentencia, en la cual, la Sala Quinta de revisión, en la acción de tutela interpuesta por XX y ZZ, una pareja homosexual, contra la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la oficina de control de circulación y residencia -OCCRE- tuteló aparentemente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los peticionarios y ordenó a la OCCRE decidir la petición de residencia a favor de ZZ, sin tomar en cuenta su opción sexual.

Esta determinación tiene sin lugar a dudas elementos positivos para proteger contra la discriminación a los homosexuales, pues en cierta medida reafirma la larga jurisprudencia de la Corte, según la cual, las distinciones de trato basadas en la preferencia sexual de las personas se presumen inconstitucionales⁹. Sin embargo, un análisis más detallado muestra que, en el presente caso, la decisión de la Corte es insuficiente e ilusoria, pues hace depender el nacimiento del derecho de residir en la isla de uno de los peticionarios de la discrecionalidad de la entidad territorial. Esto significa que la presente providencia mantiene la discriminación contra las parejas homosexuales y no concede la protección realmente buscada por los peticionarios. En efecto, conviene tener en cuenta que los solicitantes son una pareja homosexual y uno de ellos (XX) tiene derecho permanente de residencia, por lo que ambos solicitaban que le fuera otorgado al otro (ZZ) el derecho de residir en el archipiélago como pareja permanente del primero. La Corte no les concede esa petición, pues considera que las parejas homosexuales no tienen la misma protección constitucional que las parejas heterosexuales, pero ordena a las autoridades de San Andrés que analicen la solicitud de ZZ como si fuera una petición individual y que no tomen en consideración su opción sexual. Sin embargo, como lo mostraré ulteriormente, esa protección es precaria y puede ser ilusoria, pues la razón esencial por la cual ZZ tiene un derecho cierto a residir en la isla es porque es la pareja de XX; con la presente sentencia, su suerte dependerá de una decisión discrecional de la OCCRE, que tiene que ser razonable pero que sigue siendo discrecional. En cambio, si los peticionarios hubieran sido una pareja heterosexual, entonces ZZ hubiera tenido un derecho automático a residir en la isla. La discriminación contra XX y ZZ por ser una pareja homosexual es entonces evidente. Por ello, no comparto ni la parte resolutive, ni la fundamentación de esta sentencia.

2- Para sustentar mi posición, el presente escrito comienza por explicar por qué la protección concedida por la Corte puede ser ilusoria y establece una injustificada discriminación contra

las parejas homosexuales. Luego intentaré demostrar que esa decisión es equivocada y desconoce la jurisprudencia constitucional sobre el punto, a pesar de invocarla en forma reiterada. Esto me permitirá señalar la solución que considero que debió adoptar la Corte, para hacer unas reflexiones finales sobre el inaceptable giro que ha ido tomando la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de protección a la libre opción sexual.

Una protección precaria, discriminatoria y potencialmente ilusoria del derecho reclamado.

3- El decreto 2762 de 1991 tiene por objeto limitar y regular los derechos de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La razón de ser de esta normatividad, como lo ha explicado esta Corte en anteriores oportunidades¹⁰, es que ese departamento tiene una densidad poblacional muy alta, y por ello el artículo 310 de la Constitución autorizó a la ley que limitara a los colombianos el derecho de residencia en esta parte del territorio nacional, con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

Este decreto con fuerza de ley determina entonces las condiciones que deben cumplir las personas que pretendan obtener permiso de residencia temporal o permanente, y de la misma manera, los efectos que de ello se siguen en relación con los períodos de residencia y la posibilidad de adelantar actividades laborales en ese departamento.

4- Los supuestos de hecho necesarios para adquirir el derecho de residencia en el archipiélago - de manera transitoria o definitiva- pueden ser clasificados en dos grandes categorías, en atención al carácter de la titularidad que genera. En un primer grupo están contempladas las condiciones que otorgan a las personas un derecho en sentido estricto a obtener el permiso de residencia en el territorio insular (artículo 3°, literal a). Quiere decir lo anterior que acreditadas las circunstancias contempladas en la ley, las autoridades tienen que reconocer el derecho a fijar residencia en el departamento de estos sujetos. Y entre ellas se encuentra el caso de quien haya contraído matrimonio válido o haya vivido en unión singular, permanente y continua con una persona residente en las islas, por un período mínimo determinado. En efecto, dice ese literal que podrán adquirir el derecho de residencia en forma permanente quienes, con posterioridad a la fecha de expedición de ese decreto, contraigan matrimonio o establezcan unión permanente con un residente, siempre que fijen

el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos, y siempre y cuando al momento de solicitar la residencia permanente las personas acrediten la convivencia de pareja. Esto significa que si (i) una persona vive en unión permanente con un residente en la isla, (ii) fija con ella el domicilio en la isla por un período mínimo de tres años y (iii) convive con ella al momento de hacer la solicitud, entonces la OCCRE tiene que obligatoriamente concederle la residencia permanente.

5- En una segunda categoría están regladas las consecuencias jurídicas de aquellos supuestos de hecho que no generan un “derecho automático” a adquirir el permiso de residencia, sino una mera expectativa, sometida a la decisión de un comité encargado de evaluar y motivar la decisión de otorgar o no la autorización. Las situaciones incluidas en esta segunda categoría representan entonces un “derecho precario”, en la medida en que se trata de una posibilidad sometida a la decisión discrecional de una autoridad como condición de nacimiento. Esta hipótesis está contemplada en el literal b), del artículo 3° del decreto 2762, el cual dispone que tendrá derecho a adquirir permiso de residencia permanente en las islas quien haya residido temporalmente en el Departamento por un período no inferior a 3 años, haya observado buena conducta y demuestre solvencia económica, pero siempre y cuando “a juicio de la junta directiva de la oficina de control de circulación y residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el archipiélago. La junta decidirá sobre la conveniencia de que trata el literal anterior, tomando en cuenta la oferta de mano de obra en el departamento archipiélago, la densidad poblacional en el mismo y las condiciones personales del solicitante” (subrayado mío).

Nótese que en este segundo caso no basta haber vivido en el departamento por tres años para obtener el derecho de residencia permanente en el mismo, pues se requiere cumplir además otros requisitos, como ser solvente económicamente. Pero eso no es todo; incluso quien cumpla esos otros requisitos no tiene garantizada la obtención del derecho permanente de residencia, pues la OCCRE debe además juzgar conveniente que la persona se establezca en el archipiélago, teniendo en cuenta ciertos criterios, como la oferta de mano de obra en la isla y la densidad poblacional. La obtención del derecho de residencia depende entonces en estos eventos de una decisión discrecional de la OCCRE, que obviamente tiene que actuar razonablemente, pero que goza de un cierto margen de apreciación.

6- En el presente caso, los peticionarios son una pareja homosexual, habían residido en unión

permanente por más de tres años en San Andrés, y por ello consideraban que tenían derecho a que la OCCRE concediera el derecho de residencia a ZZ, conforme al derecho perfecto y automático previsto en el artículo 3°, literal a, del decreto. La Corte niega esa solicitud, pero considera que eventualmente ZZ puede obtener el derecho de residencia conforme al literal b) del mismo artículo 3° del decreto 2762, puesto que ha residido por más de tres años en el archipiélago, y por ello ordena a la OCCRE estudiar el caso como si fuera una solicitud individual de ZZ. Pero esa protección judicial es precaria y discriminatoria; es precaria, por cuanto la concesión de la residencia en este evento requiere no sólo que ZZ cumpla con otros requisitos, como tener solvencia económica (lo cual parece ocurrir en este caso), sino que además depende de la apreciación discrecional de la OCCRE, la cual debe juzgar si el establecimiento definitivo de ZZ en el archipiélago resulta o no conveniente. Por consiguiente, si ZZ es de escasos recursos, o la OCCRE no juzga conveniente su establecimiento en la isla, entonces XX y ZZ no tendrán derecho a tener vida de pareja en la isla. La protección puede no sólo entonces tornarse ilusoria sino que además es discriminatoria, pues si XX y ZZ hubieran sido una pareja heterosexual, las autoridades del archipiélago hubieran estado obligadas a conceder la residencia permanente a ZZ. La discriminación por razón de la opción sexual es entonces evidente; por ello la presente decisión es errada pues desconoce la doctrina elaborada por esta Corte, según la cual, las personas no pueden ser tratadas de manera distinta por razón de su opción sexual, ya que dicho trato desconoce los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad¹¹.

7- Con todo, puede objetarse que mi valoración es equivocada, por cuanto la presente sentencia lo único que hace es seguir la línea jurisprudencial de la Corte sobre el tema, según la cual la Carta establece una protección especial a la familia heterosexual y monogámica, que limita los derechos de los homosexuales. Procedo pues a analizar la argumentación de la sentencia y la jurisprudencia de la Corte sobre el alcance de la protección constitucional de la homosexualidad y su relación con la protección de la familia heterosexual, con el fin de determinar si la presente decisión armoniza o no con dicha línea jurisprudencial.

La presente sentencia y la jurisprudencia de la Corte sobre protección constitucional de la homosexualidad y de la familia heterosexual.

8- El problema jurídico que la sentencia planteó en su fundamento 2º es el siguiente: ¿existe o no una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a la dignidad de los actores con ocasión de la decisión del OCCRE de negar la concesión de la tarjeta residencia a una persona debido a que la autorización fue solicitada invocando como fundamento la unión homosexual permanente, singular y continua con una persona residente en las islas? Ahora bien, el estudio sistemático de este problema fue eludido por la decisión adoptada por la Sala de Revisión, pues en los apartes ulteriores la sentencia no analiza rigurosamente este tema. La simple mención del régimen de control poblacional de San Andrés no responde automáticamente la cuestión constitucional a resolver y, como intentaré demostrarlo, asume como punto de partida aquello que pretende probar, con lo cual incurre en una suerte de “petición de principio”.

Recordemos entonces cuál es la estructura de la providencia: en primer término la Sala presenta un problema jurídico complejo en términos de derechos fundamentales (Fundamento 3º), luego de lo cual hace mención del régimen poblacional de San Andrés, de algunos los artículos de la Constitución referidos al tema y de las sentencias de control de constitucionalidad y de los decretos que norman la materia (Fundamento 4º); en ese mismo capítulo la Sala enfatiza que la decisión de la OCCRE sobre solicitudes de residencia “debe obedecer a criterios de razonabilidad que eviten la arbitrariedad”.

9- Hasta aquí la parte doctrinaria del fallo, que pretende hacer las veces de fundamento normativo de la decisión del caso concreto. Ahora bien, no puede menos que generar perplejidad la manera como, sin un sustento argumentativo claro, lo que fue primero planteado como problema jurídico, es presentado como “presupuesto equivocado” de la petición de amparo elevada por los actores, en el fundamento 5 de la sentencia denominado “caso concreto”. En dicho numeral, por lo demás de manera poco articulada con el resto de la parte motiva, la sentencia señala que las condiciones que generan un “derecho perfecto” de residencia en las islas se “se refieren al derecho de residencia de los cónyuges o compañeros permanentes, expresiones que, en nuestro régimen jurídico, no resultan aplicables a las parejas homosexuales”. Dice entonces la Sala:

“Estas normas tienen sustento en la protección especial de la familia prevista en la Constitución, y se orientan a impedir que en razón del régimen de control especial de residencia del archipiélago, las familias no puedan conformarse o mantenerse unidas. Tal

como se ha señalado por la jurisprudencia constitucional, la familia que la Constitución protege es la heterosexual y monogámica, y el Decreto 2762 de 1991 se refiere a los dos modos de conformarla, el matrimonio y la unión libre. No es de recibo, entonces, la pretensión de que esas previsiones se hagan extensivas a las parejas homosexuales, sin que ello, por otra parte, pueda tenerse como violatorio del principio de igualdad, tal como se ha señalado por la Corte en distintas oportunidades. “

La Sala cita como sustento de su afirmación las sentencias C-098 de 1996, en la cual la Corte, al estudiar la figura de la unión marital como forma legítima de constituir familia, señaló que el hecho de que la misma deba estar constituida por una pareja monogámica y heterosexual, no implica la vulneración de los derechos a la libertad y a la igualdad de las uniones homosexuales permanentes, ni la proscripción de tal opción por el ordenamiento nacional. De igual manera recordó que en la sentencia SU-623 de 2001, la Sala Plena de esta Corporación determinó que, si bien la opción homosexual es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad válida y protegida por el ordenamiento superior, aquella no tiene los mismo efectos, ni las mismas condiciones de conformación a la familia definida constitucionalmente. Con base en esos argumentos, la Sala concluyó en la presente sentencia:

“En el presente caso, no se trata de negar a una persona el derecho de residencia en el Archipiélago en razón de su condición homosexual, lo que sería claramente discriminatorio y contrario al ordenamiento constitucional, sino de puntualizar que, para adquirir ese derecho, la persona homosexual no puede pretender ampararse, en razón de su condición como tal, en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general, abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de acceder al derecho de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones

Tal como se ha señalado, la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica y por consiguiente, no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales.

No quiere lo anterior decir que el régimen de control poblacional del Departamento Archipiélago desconozca la posibilidad de que un residente decida establecer una unión estable de carácter homosexual con un no residente, sino que, en tal caso, el acceso al derecho de residencia para este último pasa por vías distintas de las que se han previsto para la protección de la familia.”

10- Conforme a lo anterior, la argumentación de la presente sentencia parece ser la siguiente: la Sala considera que, según la jurisprudencia de la Corte, y en especial la establecida por las sentencias C-098 de 1996 y SU-623 de 2001, la protección de la opción homosexual llega únicamente hasta donde empiezan las regulaciones relativas a la protección del núcleo familiar, ya que la Constitución privilegia la familia heterosexual, por lo cual, en ningún caso, puede entenderse que las protecciones legales de la familia se extienden a las parejas homosexuales, incluso si el texto legal no se refiere expresamente a familias heterosexuales. No de otra manera puede entenderse que la presente sentencia no reconozca un derecho automático de residencia a quien ha sido la pareja por más de tres años de un residente, con el único argumento de que se trata de una pareja homosexual y no de una pareja heterosexual, y a pesar de que la norma que regula la materia confiere ese derecho a toda persona que establezca “unión permanente con un residente” sin referirse a uniones de hombre y mujer. Nótese en efecto que el artículo 3°, literal a, no habla de pareja heterosexual sino de “quien (...) establezca unión permanente con un residente”, lo cual cubre, desde el punto de vista semántico y literal, a la pareja homosexual. La pregunta que obviamente surge es si la tesis establecida por la presente sentencia armoniza o no con la jurisprudencia de la Corte sobre la protección constitucional de la homosexualidad y su relación con el reconocimiento y amparo de la familia heterosexual.

11-Ahora bien, personalmente discrepo de las decisiones en donde la Corte, en nombre de la supuesta protección preferente a la familia heterosexual, ha erosionado la protección constitucional de la libre opción sexual. En particular, considero desacertadas las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, que limitaron la posibilidad de las parejas homosexuales de adoptar niños o de que uno de los miembros de la pareja vincule a su compañero o compañera al sistema de seguridad social. Considero que esas sentencias interpretan equivocadamente la regulación amplia, pluralista y democrática de la familia que trae la Constitución de 1991. En efecto, la base esencial de esas sentencias es una argumentación literal e histórica sobre el alcance del aparte del inciso primero del artículo 42 superior, que

establece que una de las formas de constituir la familia es “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, puesto que de esa expresión, dichas providencias infieren que la Constitución protege únicamente, o al menos privilegiadamente, a la familia heterosexual y monogámica. Pero ese argumento es equivocado, ya que dicha hermenéutica ignora que el propio artículo 42 reconoce literalmente otras formas de conformar familias, pues habla de que ésta se constituye no sólo por el matrimonio de hombre y mujer sino también “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la voluntad responsable de conformarla”, lo cual significa que la exigencia de que se trate de una pareja heterosexual está referida exclusivamente a la institución matrimonial, pero no a otras formas de familia, que pueden tener otro origen y estructura. Este análisis literal amplio del artículo 42 superior, que permite la existencia de distintas formas de familia, armoniza además con la orientación pluralista de la Carta de 1991, por lo cual no es admisible la exclusión de las parejas de homosexuales de las normas legales protectoras de la familia. Comparto entonces plenamente los planteamientos de los salvamentos de voto de los magistrados Araujo, Cepeda, Córdoba y Montealegre a las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, a los cuales remito, para no tener que reiterar las objeciones contra la doctrina fijada por esas providencias, la cual espero que algún día sea modificada por la Corte.

12- Pese a mi profundo desacuerdo con esas decisiones de la Corporación, es indudable que se trata de una jurisprudencia fijada por la Sala Plena, que no puede ser alterada por una sala de revisión. Por consiguiente, en el presente caso, el problema jurídico que había que resolver era el siguiente: conforme a esa doctrina de la Corte sobre el alcance de la protección constitucional de la homosexualidad y su relación con la protección de la familia heterosexual ¿puede o no una pareja homosexual de un residente de San Andrés obtener la residencia permanente invocando el artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991, que confiere ese derecho a “quien (...) establezca unión permanente con un residente”? La Sala concluyó rápidamente que no, con el argumento de que esa norma protege a la familia, y que la familia amparada por la Constitución es, según las citadas sentencias C-098 de 1996 y SU-623 de 2001, la familia heterosexual y monogámica, por lo cual no puede entenderse que el artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991 pueda hacer referencia a una pareja homosexual. Sin embargo, esa argumentación me parece equivocada, por cuanto (i) desconoce el tenor literal de esa disposición; (ii) ignora que las limitaciones al derecho de residencia fijadas por el decreto 2762 de 1991 tienen que ser interpretadas muy

rigurosamente, mientras que las autorizaciones deben ser entendidas de manera amplia, por tratarse de una restricción del derecho fundamental a la libre circulación y residencia; y, finalmente, (iii) altera profundamente la jurisprudencia de la Corte en este campo, al punto de distorsionar su alcance. Entro pues a desarrollar esos aspectos.

El desconocimiento del tenor literal del decreto 2762 de 1991.

13- Como ya lo expliqué, el artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991 no habla de pareja heterosexual sino de “quien (...) establezca unión permanente con un residente”. En efecto, dice expresamente esa norma:

“Art. 3º Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

a. Con posterioridad a la fecha de expedición de este decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja”

En ninguna parte, esa disposición limita la obtención del derecho de residencia a la pareja heterosexual. Es más, la expresión usada (“unión permanente con un residente”) razonablemente comprende también a la pareja homosexual, pues difícilmente se puede negar, desde el punto de vista puramente semántico y literal, que dos personas del mismo sexo, que conviven cotidianamente como pareja forman una “unión permanente”. Y sin embargo eso es lo que hace la presente sentencia, al negar a las parejas homosexuales de San Andrés el carácter de unión permanente.

14- Podría objetarse, como lo hizo la OCCRE al responder a la solicitud de los peticionarios, que en la medida en que el propio decreto no define expresamente la expresión “unión permanente”, entonces ésta, por integración normativa, debe entenderse como la “unión marital de hecho”, regulada por la Ley 54 de 1990, y que es definida como la unión de un “hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”. Habría entonces que concluir que la “unión permanente” protegida por el artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991 sería exclusivamente la conformada por una pareja heterosexual.

Sin embargo ese argumento no es válido, pues la norma que regula la unión marital de hecho es anterior, en pocos meses, al decreto de restricción de residencia en el territorio insular y se refiere a otro asunto. Así, la Ley 54 de 1990 define la figura y determina las condiciones normativas que debe acreditar una pareja para entenderse incluida en esta categoría. Sin embargo, el decreto 2762 de 1991 (obviamente expedido con posterioridad a la ley 54 de 1990) no sólo no utiliza la expresión “unión marital de hecho”, pudiendo haberlo hecho, ya que emplea otra expresión distinta (“unión permanente”), sino que además señala requisitos y propósitos diversos a esta figura: así, la “unión marital de hecho” de la Ley 54 de 1990 tiene esencialmente efectos patrimoniales y requiere de dos años para presumirse, mientras que la “unión permanente” del decreto 2762 de 1991 está referida al permiso de residencia en San Andrés y Providencia y requiere otros presupuestos para producir sus efectos; así, para solicitar la residencia definitiva es necesario acreditar al menos tres años de unión permanente en San Andrés.

Ahora bien, si la definición legislativa de “unión marital de hecho” es anterior y era muy reciente ¿por qué no fue ésta la condición señalada en el decreto para obtener automáticamente la autorización de residencia permanente? La respuesta es clara; porque se trata de figuras distintas con propósitos diversos, por lo cual resulta ilegítimo que la Corte desconozca el tenor literal del artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991, con base en argumentaciones referidas a otros temas distintos, como son la “unión marital de hecho” o la posibilidad de que una persona vincule o no a su pareja al régimen de seguridad social.

15- Este análisis literal y sistemático del alcance de la expresión “unión permanente” del artículo 3º, literal a, del decreto 2762 de 1991 es suficiente para dejar sin piso la argumentación básica de la OCCRE y de la presente sentencia, pues ambas parten del supuesto de que el decreto restringe expresamente la obtención del permiso de residencia al compañero heterosexual de un residente, pues se trata de una protección de la familia heterosexual, por lo cual no es posible extender esa posibilidad a la pareja homosexual. En efecto, al calificar de errada la premisa de la solicitud de tutela, la Sala argumenta que “no es de recibo, entonces, la pretensión de que esas previsiones se hagan extensivas a las parejas homosexuales”, con lo cual supone que éstas se refieren exclusivamente a la pareja heterosexual. Sin embargo, como acabamos de ver, eso no es así, pues la norma habla genéricamente de “quien establezca unión permanente con un residente”, lo cual incluye razonablemente a las parejas homosexuales. La petición de principio en que incurre la

sentencia es evidente, pues presupone que esa norma sólo se aplica a las parejas heterosexuales, para luego concluir que el presupuesto de la demanda es equivocado, pues esa norma se refiere exclusivamente a las parejas heterosexuales.

Una interpretación que desconoce el derecho de residencia.

16- Este desconocimiento del tenor literal del decreto 2762 de 1991 es aún más cuestionable, si se tiene en cuenta un punto esencial, que no fue analizado suficientemente por la sentencia, y es el siguiente: el presente caso pone en juego una regulación que limita en forma importante un derecho fundamental, como es la libertad de circular, permanecer y residenciarse en cualquier lugar del territorio nacional (CP art. 24, art. 12 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos o PIDCP y art. 24 de la Convención Interamericana o CI). En efecto, no puede olvidarse que el decreto 2762 de 1991 restringe la posibilidad de que un colombiano o un extranjero con permiso de estadía en Colombia pueda residenciarse en San Andrés y Providencia, con lo cual limita en forma importante el derecho de las personas de circular libremente en el archipiélago y residenciarse y trabajar en ese departamento.

17- La Corte encontró, a nivel abstracto, que esas restricciones eran constitucionales, y por ello la sentencia C-530 de 1993 declaró que ese decreto no desconocía los derechos al trabajo, a la igualdad, y a la libre circulación y residencia. El fundamento de esa decisión fue, de un lado, que el artículo 310 de la Carta autoriza el establecimiento de un régimen especial en San Andrés y Providencia, que puede limitar los derechos de residencia en el archipiélago; y de otro lado, que las restricciones generales establecidas en el decreto 2762 de 1991 armonizaban con las finalidades previstas por el propio artículo 310 superior y con aquellas que los pactos de derechos humanos señalan como causales legítimas de restricción de la libertad de circulación y residencia. Estas finalidades, según el artículo 310 de la Carta, son la protección de la identidad cultural de las comunidades nativas y la preservación del ambiente y de los recursos naturales del Archipiélago; y, según los artículos 12 del PIDCP y 24 de la CI, la limitación de la libre circulación y residencia debe ser necesaria en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. La sentencia C-530 de 1993 explica entonces que las limitaciones al derecho de residencia en San Andrés buscan limitar la densidad poblacional, a fin de proteger la salud pública y la sostenibilidad de los

ecosistemas, por lo cual sus propósitos son legítimos.

18- Pero es no es todo; la sentencia expresamente encontró ajustadas a la Carta esas restricciones al derecho de residencia, en la medida en que dichas limitaciones eran medios adecuados y proporcionados para alcanzar esos propósitos constitucionales, ya que no son “tan gravosos, desproporcionales, irracionales o irrazonables que desnaturalicen los derechos que el artículo 310 de la Carta autoriza limitar en normas especiales”. Esto significa que la Corte justificó esas medidas con base en un análisis riguroso de proporcionalidad. Dijo entonces la citada sentencia C-530 de 1993:

“En otras palabras, el costo del fin buscado no es superior a éste ni sacrifica su núcleo.

Ello por cuanto la Carta en forma expresa dispuso en el artículo 310 que mediante un régimen especial podrán disponerse medios que limiten ciertamente los derechos -como los previstos en el Decreto- pero que no sacrifiquen el núcleo esencial de los mismos (Ver sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-02/92, T-411/92, T-426/92, T-530/92, T-432/92, T-612/92, C-014/93 y C-033/93, entre otras.).

En este orden de ideas, nótese que los derechos a ingresar, circular, residir, estudiar, trabajar y ser elegidos son objeto de una diferenciación especial autorizada por el constituyente, de tal magnitud que ellos no son sacrificados o desnaturalizados o eliminados, sino simplemente parcialmente limitados con fundamento en una lectura especial del principio de igualdad material que se expuso en su oportunidad.

Por esta vía pues cohabitan los derechos protegidos por la norma -la vida-, con los derechos parcialmente limitados.”

La Corte justificó ese deber de armonizar las restricciones a los derechos de residencia y circulación contenidas en el decreto 2762 de 1991 con el conjunto de los otros derechos de la persona reconocidos en la Carta, no sólo por cuanto es siempre deber del juez constitucional intentar, en lo posible, lograr la máxima realización de todos los derechos constitucionales, sino, además, porque expresamente el artículo 12 del PIDCP establece que las restricciones al derecho de circulación y residencia deben ser “compatibles con los demás derechos

reconocidos” en el Pacto.

19- Conforme a lo anterior, es necesario determinar si la interpretación prohienda por la presente sentencia, según la cual únicamente puede solicitar la residencia en San Andrés y Providencia la pareja heterosexual de un residente, pero no la pareja homosexual, es compatible o no con las limitaciones a la libertad de residencia autorizadas en el artículo 310 superior y en los artículos 12 y 24 del PIDCP y de la CI respectivamente. Y la respuesta es claramente negativa por varias razones: de un lado, por cuanto no es claro cuál es el fin legítimo que persigue esa distinción de trato entre las parejas homosexuales y heterosexuales, ya que por ningún lado aparece como dicho trato cumple alguno de los propósitos previstos en el artículo 310 de la Carta y en los pactos de derechos humanos. ¿O será que esa exclusión de la residencia de las parejas homosexuales protege la identidad cultural de las comunidades nativas y contribuye a la preservación del ambiente y de los recursos naturales del Archipiélago? ¿O será que esa restricción al derecho de residencia de esas parejas homosexuales es un instrumento necesario en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás? La respuesta a esos interrogantes es negativa, no sólo porque no existe ninguna evidencia de que esa limitación cumpla alguno de esos propósitos sino, además, por cuanto en ninguna parte la sentencia reflexionó al respecto, con lo cual dejó desamparada, sin explicación alguna, la libertad de residencia de esas personas.

Ahora bien, esta Corte ya había precisado que el “especialísimo y único poder que se le confiere a la OCCRE para limitar los derechos de las personas, sólo se justifica con base en la protección de los valores y principios constitucionales que llevaron a la Corte a declarar exequible el Decreto 2762 de 1991, es decir el control del problema de densidad de la población en las Islas y la preservación de la diversidad cultural del Archipiélago, así como la conservación del medio ambiente en la zona.¹²” Por consiguiente, si no aparece claro que una medida restrictiva de la libertad de residencia de la OCCRE protege esos valores constitucionales, entonces debe concluirse que la restricción es inconstitucional, pues desconoce los fines superiores que justifican el régimen especial de San Andrés y las propias atribuciones de la OCCRE. Y esto sucede en el presente caso, pues la exclusión del derecho de residencia de las parejas homosexuales no realiza ninguno de los valores y principios constitucionales que legitiman el régimen especial del archipiélago.

20- De otro lado, la medida de excluir del derecho de residencia en San Andrés a las parejas homosexuales, incluso si fuera adecuada para alcanzar alguno de esos propósitos constitucionales, no por ello sería legítima pues es desproporcionada y discriminatoria contra los homosexuales residentes en San Andrés. Así, mientras que los heterosexuales pueden lograr que su pareja extranjera o de otro lugar de Colombia obtenga la residencia en el archipiélago, dicha posibilidad queda excluida a los homosexuales, conforme a la interpretación de la Corte y de la OCCRE. Y que no se diga, como lo hace la sentencia, que eso no es así, con el argumento de que esa interpretación no impide que un residente establezca una unión estable de carácter homosexual con un no residente, por cuanto de todos modos su pareja podría obtener el derecho de residencia por la vía de cumplir los requisitos individuales. Ese argumento es insostenible, pues si la pareja del residente logra el derecho de residencia por otras vías, entonces deja de ser un no residente, con lo cual la tesis de la Corte se destruye a sí misma; en efecto, la sentencia está diciendo que un residente homosexual puede tener una pareja no residente, siempre y cuando logre que su pareja sea residente, con lo cual obviamente deja de ser una pareja no residente. Es pues claro que la interpretación de la Corte y de la OCCRE impide que los residentes homosexuales puedan establecer parejas con no residentes, posibilidad que está autorizada a los residentes heterosexuales.

21- En tercer término, el hecho de que en este caso, ZZ sea un extranjero no altera fundamentalmente el análisis. Así, es cierto que la Constitución y los pactos de derechos humanos autorizan que las leyes nacionales impongan mayores limitaciones al derecho de circulación y residencia de los extranjeros que aquellas que son legítimas para los nacionales (CP art. 100, PIDCP art. 12 y CI art. 22). Pero lo que no autorizan ni la Constitución ni los pactos es que las leyes nacionales, al limitar el derecho de residencia, introduzcan discriminaciones entre los propios extranjeros. Esto ha sido clarificado de manera contundente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que es el órgano autorizado para controlar la aplicación del PIDCP, por lo cual, conforme al bloque de constitucionalidad (CP art. 93), sus criterios jurisprudenciales son por lo menos pautas relevantes para interpretar el alcance de los derechos constitucionales¹³.

Ahora bien, el Comité de Derechos Humanos, en el caso Aumeeruddy-Cziffra contra Mauricio (Comunicación N° 35/1978), cuestionó la legitimidad de las leyes de ese país que otorgaban prácticamente la residencia automática a las esposas extranjeras de los varones nacionales,

pero requerían permisos de residencia para esposos extranjeros de las mujeres de ese país. Estos permisos podían ser rechazados o retirados en cualquier momento, por lo cual los esposos extranjeros podían ser deportados sin revisión judicial. El Comité de Derechos Humanos consideró que el Estado tenía amplias posibilidades de restringir la entrada de extranjeros, pero lo que no podía era, al realizar esas limitaciones, introducir distinciones con base en criterios discriminatorios, como el sexo. Según sus palabras, “aunque podría justificarse que Mauricio restringiera el acceso de extranjeros a su territorio y los expulsara del mismo por razones de seguridad, el Comité considera que la legislación que sólo somete a aquellas restricciones a los esposos extranjeros de mujeres de Mauricio, pero no a las esposas extranjeras de hombres de Mauricio, es discriminatoria con respecto a las mujeres de Mauricio y no puede ser justificada por razones de seguridad.¹⁴”

Igualmente, en su Observación General No 27 relativa a la libertad de circulación, adoptada en 1999, el mismo Comité de Derechos Humanos reitera que toda restricción a la libertad de circulación y residencia “haciendo distinciones de cualquier clase, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social constituiría una clara violación del Pacto” (Párrafo 18).

22- Mutatis mutandi, esos criterios son plenamente aplicables en el presente caso. Así, la ley colombiana puede limitar el derecho de los extranjeros de residir en ciertas porciones del territorio nacional, como San Andrés, pero no puede realizar esa restricción estableciendo distinciones con base en criterios discriminatorios. No podría, por ejemplo, limitar la residencia de los hombres pero no aquella de las mujeres, ni viceversa. Ahora bien, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corte y a los criterios de la doctrina autorizada internacional de derechos humanos, un trato diferente por razón de la preferencia sexual equivale a una discriminación por razón de sexo, por lo cual se encuentra en principio prohibido¹⁵. Por ende, no podía la norma que regula la limitación del derecho de residencia en San Andrés establecer diferencias por razón de la orientación sexual. Sin embargo, la interpretación del alcance del decreto 2762 de 1991 prohijada por la presente sentencia y por la OCCRE precisamente adopta esos criterios discriminatorios, por cuanto argumenta que esa norma autoriza la residencia de las parejas heterosexuales pero excluye aquella de las

parejas homosexuales.

23- Pero no es todo; la tesis de la presente sentencia desconoce incluso la garantía formal que prevén la Carta y los tratados de derechos humanos para la restricción de la libertad de residencia, según la cual, dichas limitaciones deben estar contenidas en una ley. Se trata pues de una materia que tiene reserva de ley. Ahora bien, el decreto 2762 de 1991 es una norma general con fuerza de ley, por lo cual, por este aspecto, ese requisito se encuentra cumplido. Sin embargo, la reserva de ley implica que la restricción al derecho debe aparecer expresa y clara en la ley, pues de no ser así, la limitación no estaría realmente contenida en una ley sino que habría sido delegada en la autoridad encargada de aplicar dicha ley. Así, refiriéndose a las restricciones a la libertad de expresión, la Corte Interamericana ha señalado que “la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa”¹⁶. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No 27 relativa a la libertad de circulación, adoptada en 1999, señala que las “leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (Párrafo 13).

24- En esas condiciones, si la restricción de un derecho fundamental se debe encontrar contenida en una ley, entonces es deber de los funcionarios aplicar esas restricciones legales en forma rigurosa, de suerte que únicamente los eventos claramente comprendidos en las limitaciones generales previstas en la ley pueden ser objeto de medidas específicas de restricción por las autoridades administrativas y judiciales. Por ende, si la ley no prevé claramente que se restrinja el derecho de residencia en un determinado caso, entonces no pueden las autoridades administrativas o judiciales crear una nueva hipótesis de restricción para incluir ese caso, pues si lo hacen, estarían violando la reserva de ley exigida por la Carta y por los pactos de derechos humanos para la limitación de este derecho fundamental. Esto significa que si subiste una duda razonable acerca de si la ley ha autorizado o no una restricción a la libertad de residencia, entonces es deber de las autoridades judiciales y administrativas interpretar esa duda a favor del ejercicio del derecho, y no a favor de la limitación, no sólo por la reserva legal que cubre toda restricción de los derechos fundamentales, sino además en desarrollo del principio pro homine, que guía la interpretación de los derechos humanos y constitucionales. Según esa regla hermenéutica, “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más

restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”17.

25- En el presente caso, la OCCRE y la sentencia de la cual discrepo vulneraron claramente ese principio pro homine y la reserva legal pues, desconociendo el tenor literal del decreto 2762 de 1991, ampliaron el ámbito de las restricciones de la libertad de residencia y restringieron el contenido de ese derecho. En efecto, el artículo 3°, literal a) de ese decreto establece quienes tienen derecho a obtener la residencia permanente en el archipiélago. Esa norma señala, como ya lo expliqué, que tiene derecho a residir en la isla aquella persona que (i) vive en unión permanente con un residente en la isla, (ii) fija con ella el domicilio en la isla por un período mínimo de tres años y (iii) convive con ella al momento de hacer la solicitud. Como esta norma desarrolla el derecho de residencia en la isla, tiene que ser interpretada en forma amplia, de suerte que se debe entender que cubre a todas las parejas que viven en unión permanente, incluyendo a las parejas homosexuales, puesto que éstas claramente caen en el campo semántico de la expresión “unión permanente” prevista por el decreto. Sin embargo, la presente sentencia no sólo ignora el tenor literal del decreto sino que, contrariamente al principio pro homine, restringe el contenido del derecho de residencia en el archipiélago a fin de ampliar el campo de las limitaciones, más allá de las propias previsiones legales. De esa manera, la Sala Quinta adopta una sentencia que desconoce el derecho de residencia de las parejas homosexuales en San Andrés, en la medida en que es la propia Corte, y no el decreto, la que limita ese derecho a las parejas homosexuales, con un propósito distinto al establecido por el artículo 310 superior. En efecto, la base de la argumentación de la sentencia para excluir del derecho de residencia en San Andrés a la pareja homosexual no es el control del problema de densidad de la población en las Islas, ni la preservación de la diversidad cultural del Archipiélago, ni la conservación del medio ambiente en las zonas sino la defensa del modelo heterosexual de familia, que no es una de las razones que, conforme al artículo 310 de la Carta, justifican las restricciones a la libertad de circulación y residencia en ese territorio.

26- Pero eso no es todo; al tomar esa determinación, la Sala Quinta desconoce los criterios interpretativos que la propia sentencia C-530 de 1993 ya había establecido como pautas hermenéuticas para determinar el alcance de las restricciones previstas en el decreto 2762 de 1991. En efecto, la sentencia C-530 de 1993 señaló la importancia que tenía el principio pro homine al interpretar el alcance del decreto 2762 de 1991. Dijo entonces la Corte:

“(L)os derechos plenos son la regla general y sus limitaciones son la excepción. Ello porque en un Estado social de derecho la vida digna de las personas es el fin último del poder. Tal dignidad, que bebe en las fuentes del humanismo y la democracia, implica entonces que allí donde por circunstancias excepcionales sea necesario limitar los derechos debe hacerse con el mínimo de sacrificio de los mismos. En este marco entonces se inscribe la norma sub júdice, de suerte que su lectura por parte de los operadores jurídicos debe apuntar siempre a minimizar las limitaciones a los derechos que en ella se restringen”.

La presente sentencia desconoce esa pauta hermenéutica pues lejos de minimizar las limitaciones previstas por el decreto 2762 de 1991 tiende a ampliarlas más allá del tenor literal de su articulado.

La alteración y distorsión de la jurisprudencia constitucional relativa a la protección de la libre opción sexual.

27- La situación en esta ocasión es diversa, pues la norma que está en el centro del debate no habla en ningún momento de parejas heterosexuales sino de pareja o “unión permanente”, por que es la OCCRE y la propia Corte quienes asumen que se trata exclusivamente de una pareja heterosexual. Y esto marca un punto decisivo, pues en las anteriores oportunidades, el respeto a la libertad de configuración del Legislador fue siempre uno de los argumentos esenciales para sostener la tesis de que, a pesar de la protección constitucional a la libre opción sexual, no existía una obligación constitucional de que la ley extendiera automáticamente todos los derechos legales previstos para la familia heterosexual a las parejas homosexuales, ya que debía permitirse a las autoridades políticas que progresivamente regularan el tema.

En el presente caso, la situación es otra: la Sala Quinta, contra el tenor literal del decreto 2762 de 1991, restringe a las parejas heterosexuales una protección legal que estaba literalmente dirigida a todas las parejas o uniones permanentes, sin distinción alguna. El cambio de enfoque jurisprudencial es radical, pues si en las discutibles sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, la Corte concluyó que no estaba ordenado constitucionalmente extender una prerrogativa legal de la pareja heterosexual a la pareja homosexual, en cambio en la presente ocasión, la Sala Quinta de Revisión restringió a las

uniones heterosexuales el alcance de una protección legal dirigida a todas las parejas.

28- Este cambio de enfoque expresa, según mi parecer, una alteración y distorsión del alcance de la amplia jurisprudencia de la Corte sobre la protección de la libre opción sexual, por lo cual considero que la presente sentencia, lejos de armonizar con los precedentes que cita, equivale a una injustificada variación de jurisprudencia. Paso entonces a mostrar ese sutil pero evidente cambio jurisprudencial.

29- La doctrina constitucional ha sido reiterada sobre la excepcionalidad de todo trato desigual a las personas en razón a su condición sexual. Las decisiones de la Corte sobre el punto son enfáticas en sostener una defensa vigorosa de la preferencia sexual de los sujetos. Corroborado que las personas homosexuales constituyen un grupo históricamente perseguido y discriminado y que la condición sexual es un criterio sospechoso de diferenciación, este Tribunal Constitucional ha otorgado una amplia protección a este grupo poblacional.

Al respecto la Corte ha diseñado y aplicado un test de proporcionalidad cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la igualdad. En términos generales, ha señalado que la opción sexual de una persona constituye un elemento definitorio de su identidad y un componente fundamental de la autonomía individual que le permite planear y desplegar el propio plan de vida sin compulsiones externas, por lo cual todo trato distinto por razón de la preferencia sexual se presume inconstitucional y está sometido a un test estricto de proporcionalidad. Referiré brevemente algunas de las sentencias que han marcado el rumbo de la jurisprudencia constitucional en este campo:

Así, la sentencia T-101 de 1998 indicó que las consideraciones para dar un trato diferente y para excluir del goce efectivo de ciertos derechos a algunos ciudadanos cuyo contenido sea la condición sexual de los mismos, ponen en cuestión los principios básicos del Estado social de derecho y violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. La valoración individual de un sujeto respecto de la normalidad o no de ciertas expresiones de la autonomía sexual, está constitucionalmente proscrita como razón admisible para otorgar un trato discriminatorio a estos ciudadanos.

De otro lado, la sentencia C-481 de 1998 recordó cómo los homosexuales han sido un grupo poblacional tradicionalmente marginado, objeto de múltiples mecanismos de exclusión social,

política, jurídica y religiosa. Tal trato discriminatorio ha sido justificado con base en prejuicios que consideran tal preferencia como inmoral, antinatural y producto de una enfermedad mental. En todo caso, esta suerte de preconcepciones contradice valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo cuya médula son los principios de dignidad humana, autodeterminación, pluralismo y respeto por los proyectos de vida individuales y que, como consecuencia de ello, rechaza la segregación a la cual han sido sometidos los homosexuales. En punto del examen de proporcionalidad de una medida cuyo criterio de distinción es la preferencia sexual de un individuo, esa sentencia anota que la discriminación resulta aún más reprochable en tanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente protegido, sobretodo teniendo en cuenta que la preferencia sexual es un asunto que sólo concierne al sujeto de la misma y en nada afecta el desempeño de una labor. En suma, todo trato desigual que se funde en móviles de opción sexual, equivale a una discriminación en razón del sexo que, en principio, está constitucionalmente prohibida.

Por su parte, la sentencia T-301 de 2004 señaló que la condición homosexual es un criterio sospechoso de discriminación y que: (i) en estos eventos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad, por cuanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente admisible en punto de la restricción de la autodeterminación sexual; (ii) la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación. Implícitamente puede afirmarse también que los fallos de la Corte proscriben la prohibición a los homosexuales de comportamientos públicos permitidos a los heterosexuales.

Finalmente, y sin que esta enumeración sea exhaustiva, la sentencia T-268 de 2000 reiteró que siendo el Estado garante del ejercicio plural de los derechos en la sociedad, tiene el deber de permanecer neutral frente a las opciones sexuales de los individuos que no vulnere derechos de terceros. Es más, se activa su deber tutelar de los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas que segreguen a un sujeto o grupo de ellos con ocasión de la opción sexual por ellos elegida.

30- Ahora bien, es claro que existen otras decisiones que han admitido que la protección a la familia heterosexual autoriza que existan regulaciones específicas sobre dicha familia, que no tienen por qué extenderse automáticamente a la familia homosexual. Sin embargo, según mi parecer, el respeto al principio democrático fue decisivo en esas sentencias. Así, la ratio

decidendi de la sentencia C-084 de 1996 fue que el Legislador podía adoptar primero una solución para los problemas patrimoniales de las parejas heterosexuales, sin que eso fuera inconstitucional, no sólo porque el Congreso ulteriormente podría adoptar esquemas semejantes pero específicos para las parejas homosexuales, sino además por cuanto no es razonable exigir de la ley que solucione simultáneamente todos los asuntos semejantes. Dijo entonces el fundamento 4.2. de esa sentencia:

Sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos”.

El criterio desarrollado por la sentencia SU-623 de 2001 es semejante. En esa ocasión, la Corte concluyó que la negativa de una EPS de afiliarse a la seguridad social a la pareja homosexual de otro afiliado no era discriminatoria, por cuanto la regulación legal establecía ese derecho para las parejas heterosexuales y todavía existían muchas otras personas sin seguridad social, entre las cuales había grupos sociales de bajos recursos, por lo cual el Estado podía desarrollar estrategias para progresivamente incorporar al régimen de seguridad social a todos los colombianos, sin que la Carta obligara a privilegiar a la pareja homosexual. Concluyó entonces la sentencia que la “ampliación de este mecanismo de afiliación a otros grupos sociales es una tarea que obviamente le corresponde al legislador” y no al juez constitucional.

Finalmente la sentencia C-814 de 2001 declaró executable la restricción legal, según la cual, únicamente las parejas homosexuales pueden adoptar. Esta sentencia es particularmente problemática, desde una perspectiva pluralista, que es uno de los principios esenciales de la Constitución (CP art. 7), pues en algunos apartes tiende a plantear que la única familia que la Constitución protege es la monogámica y heterosexual, con lo cual postularía la inconstitucionalidad de una familia homosexual. Sin embargo, esos apartes de esta sentencia no pueden ser interpretados aisladamente sino a la luz de la totalidad de la jurisprudencia constitucional sobre el tema y tomando en cuenta cuál era el problema a ser resuelto en esa oportunidad. En efecto, si la protección constitucional a la opción homosexual es amplia, como lo reconoce esa misma sentencia, entonces debe entenderse que la decisión de

declarar exequible la restricción legal, según la cual, únicamente las parejas homosexuales pueden adoptar, está referida exclusivamente al tema de la adopción.

31- Conforme a lo anterior, la doctrina de la Corte ha sido que la Carta de 1991, por su espíritu pluralista, igualitario y profundamente respetuoso de la autonomía y libertad personales (CP arts 5, 7, 13 y 16), prohíbe en principio todo trato distinto de parte de las autoridades fundado en la preferencia sexual de una persona, por lo cual, las regulaciones que tratan de manera diversa a los homosexuales se presumen inconstitucionales. La Corte únicamente ha admitido, y como excepción a esa protección general de la opción homosexual, que el amparo especial que la Carta confiere a la familia heterosexual permite que existan ciertas regulaciones específicas a favor de la pareja heterosexual, que no tienen que ser extendidas automáticamente a la pareja homosexual. Esto significa que la regla general, conforme a la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, es que la población homosexual goza de una amplísima protección constitucional y por ello no puede ser tratada de manera distinta a las personas heterosexuales; la excepción es que están permitidas ciertas regulaciones especiales a favor de la familia heterosexual, lo cual significa que el Legislador no está obligado a equiparar las parejas homosexuales y heterosexuales para todos los asuntos.

Sin embargo, en el presente caso, la lógica de la jurisprudencia de la Corte se encuentra invertida, pues la Sala asume que ninguna protección a la familia puede extenderse a la pareja homosexual, por lo que una regulación relativa a la familia y que, según su tenor literal, debe, o al menos puede, aplicarse favorablemente a toda pareja, incluyendo la pareja homosexual, debe interpretarse como referida únicamente a la pareja heterosexual. La protección de la opción homosexual, que era amplia en la jurisprudencia de la Corte, a pesar de las desafortunadas sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, se torna en puramente residual: conforme a la doctrina de la presente sentencia, los homosexuales no pueden ser discriminados como individuos, pero siempre y cuando no se les ocurra formar pareja o familia, pues en ese caso, no podrán obtener ninguna protección legal, ya que la Carta únicamente ampara a la familia heterosexual y monogámica.

La decisión que se debió tomar y consideraciones finales

32- Mi salvamento de voto es debido no sólo a que estoy en desacuerdo con la decisión

adoptada, sino también a que la providencia no revisó juiciosamente las subreglas constitucionales aplicables al caso y a que, tal vez por ello, supuso lo que debía comprobar. ¿Cuál debió ser, entonces el análisis y la decisión adoptada por la Corte de haber respetado el precedente constitucional y el sentido mismo de la norma aplicable?

A mi juicio la respuesta es sencilla; la Sala debió concluir que la OCCRE vulneró la igualdad y la libertad de residencia de los peticionarios al negarse a otorgar permiso de residencia a ZZ, quien ha vivido en unión permanente, singular y continua por más de tres años con un residente de San Andrés, puesto en esos casos el artículo 3°, literal a del decreto 2762 de 1991 ordena a la OCCRE reconocer ese derecho de residencia permanente. El hecho de que se trate de una pareja homosexual es irrelevante, pues la norma habla de unión permanente, y no de familia heterosexual. Y la protección especial que, según las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, la Carta confiere a la familia heterosexual resulta también irrelevante, por la sencilla razón de que la limitación a la libertad de circulación y residencia en San Andrés, autorizada por el artículo 310 superior, no pretende proteger la institución familiar, sino controlar la densidad poblacional del archipiélago, de manera tal que se guarde su identidad cultural y equilibrio ecológico. En esas condiciones, la Sala debió conceder la tutela en los términos solicitados por los peticionarios.

33- Considero entonces que la decisión de la Corte, en el sentido de avalar la negativa del OCCRE a otorgar permiso de residencia al compañero permanente del actor, bajo el argumento de que la pareja homosexual no es titular de este derecho, desconoce tanto la jurisprudencia de esta Corporación sobre el punto, como la prescripción misma del decreto, de conformidad con lo arriba señalado. Creo también que la solución presentada por la Corte es la consecuencia necesaria de la elusión del problema, por lo que no protege apropiadamente los derechos fundamentales de los actores. La Sala determinó que, en tanto el señor ZZ (no sé cuál sea la denominación que, de conformidad con al providencia, haya que darle a la pareja homosexual que vive en unión singular, permanente y continua) llevaba residiendo en el archipiélago más de tres años, y a que el residente XX –“con quien mantiene una relación de pareja estable”- cuenta con recursos económicos para hacerse cargo de él, se cumplen los supuesto de hecho prescritos en el literal b) del artículo 3° de la ley 2762 de 1991. La consecuencia de lo anterior es, según esta providencia, la reducción significativa

del margen de discrecionalidad de OCCRE para negar el permiso, tan significativa que prácticamente desaparece, en tanto no hay en el expediente prueba de la existencia de motivos fundados para negar la autorización. Ese elemento de la argumentación de la sentencia es positivo, pues en la práctica puede conducir, en el caso concreto, al mismo resultado que defiende en este salvamento, y es la obligatoria concesión por parte de la OCCRE de la residencia a ZZ. Ojalá sea así.

Sin embargo, ¿cuál es la doctrina de la Corporación al respecto? La condición de pareja no es condición suficiente para adquirir el “derecho automático” a residir en la isla, si se trata de una pareja homosexual; pero puede ser útil para acreditar condiciones económicas adecuadas, como sucede en el presente caso. Es decir, si además de cumplir con las otras condiciones, la pareja homosexual permanente cuenta con ingresos suficientes, podrá permanecer en el Departamento. Pero si sus recursos o los de su pareja son escasos, el criterio “pareja” pierde relevancia. Parece entonces que la presente sentencia, además de restringir de manera ilegítima el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a determinar el propio proyecto de vida de las parejas homosexuales, autoriza al OCCRE a tomar en consideración el estatus “pareja homosexual” siempre que los mismos cuenten en su haber con suficiente dinero para ello.

La regla jurisprudencial podría plantearse en los siguientes términos: Los residentes del Departamento de San Andrés y Providencia que pretendan conformar unión singular permanente y continua con una persona de su mismo sexo no residente en el archipiélago deberán acreditar (i) tres años de permanencia de su pareja en la isla (¿sin contar con permiso para ello?), (ii) contar con una suma considerable de dinero, que sea suficiente cuando menos para asumir los costos de sostenimiento de otra persona o, en su defecto, procurar que sus pretensiones de vida en pareja se orienten por una persona con solvencia económica o residente en la isla. Bueno, hay igual otra posibilidad adicional; si corre con la mala fortuna de querer conformar pareja estable con alguien del mismo sexo, que no tenga derecho de residencia, ni dinero, pues que no vivan en el archipiélago o que, simplemente no vivan juntos.

34- Con esta doctrina, la Corte abdica de su función de proteger especialmente minorías estigmatizadas y promueve, así mismo, la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, pues excluye a la población homosexual de

muchas regulaciones protectoras, que son reservadas a las familias heterosexuales. Es decir, de conformidad con la doctrina que parece consolidar la presente sentencia, una persona puede convivir con otra persona de su mismo sexo con pretensión de constituir una comunidad significativa de vida, contar para ello con el concurso de una voluntad responsable para conformarla, tener como móvil de la cohabitación la atracción sexual, el deseo de compañía, de afecto, el miedo a la soledad o cualquier otra razón admisible para parejas heterosexuales. Sólo que esa pareja no puede contraer matrimonio, ni conformar legalmente una unión marital de hecho, ni adoptar el número de hijos que responsablemente puedan atender, ni que uno de ellos o ellas afilie a su pareja al sistema de seguridad social. Pero ahora, conforme a la presente decisión, ni siquiera puede pretender establecerse en el Archipiélago de San Andrés y Providencia con un residente y no contar con mucho dinero, ya que esos comportamientos no están en el ámbito de protección de la libertad e igualdad reconocido por la jurisprudencia de la Corte a la población homosexual.

La Corte tiende entonces a limitar cada vez más su vigorosa jurisprudencia inicial a favor de la protección del derecho a no ser discriminado por razón de la preferencia sexual, con el equivocado argumento de que la Carta sólo reconoce a la familia heterosexual y monogámica. Así, la Corte protege aún vigorosamente al homosexual como persona individual y aislada, la cual no puede ser sancionada ni discriminada por su preferencia sexual. Eso es constitucionalmente apropiado. Sin embargo, la Corte niega prácticamente toda protección constitucional a la pareja y a la familia homosexual, lo cual es no sólo contrario a los principios y valores constitucionales sino que, además, es contradictorio y hasta perverso, pues el mensaje constitucional de esta jurisprudencia parece ser el siguiente: si usted es homosexual, la Carta lo protege individualmente, pero siempre y cuando no aspire a realizar realmente su opción sexual, y decida conformar una pareja o una familia, pues en ese caso el ordenamiento no le brinda ninguna protección.

Esta evolución de la jurisprudencia, que toma fuerza desde 2001, es desafortunada y ojalá pueda ser rectificadas para que volvamos a la doctrina jurisprudencial contenida en decisiones previas de esta Corte sobre este tema. Por ello no puedo sino concluir citando las reflexiones finales de la sentencia C-481 de 1998, cuando declaró inexecutable la tipificación de la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes. Dijo entonces la Corte:

“Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios

contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.”

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

2 La Gobernación cita apartes de la Sentencia C-098 de 1996.

3 Los accionantes transcriben apartes de las Sentencias C-098 de 1996, T-10 de 1998, T-539 de 1994, T-097 de 1994

4 El Artículo 2o. del Decreto 762 de 1991 dispone: Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones: / a) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago; / b) No habiendo nacido en territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago; / c) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto; / d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago; / e) Haber obtenido tal derecho en los términos previstos en el artículo siguiente. / Parágrafo. Las personas que por motivos de educación, hayan debido ausentarse de las islas por un tiempo determinado, se les contará tal lapso a efectos de lograr el cumplimiento de los términos señalados en los literales c) y d), siempre que en el

Departamento Archipiélago permanezcan como residentes su cónyuge o compañera permanente, sus padres o hijos.

5 Ver Sentencias C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, salvamento de voto M. José Gregorio Hernández Galindo, aclaración de voto Mss. Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Salvamento de voto Mss. Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett; T-999 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; T-1426 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis, y SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Salvamento de voto Mss. Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett.

6 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En este mismo sentido se había pronunciado la Corte en las sentencias T-999 y T-1426 de 2000.

7 M.P. Alejandro Martínez Caballero

8 M.P. Hernando Herrera Vergara

9 Ver, entre otras, las sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998 y T-268 de 2000

10 Ver, en especial, la sentencia C-530 de 1993. Igualmente, entre otras, la sentencia T-1117 de 2002.

11 Ver, entre otras, las sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998 y T-268 de 2000.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-1117 de 2002, Fundamento 3.3.

13 Sobre la fuerza interna de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, ver, entre otras, las sentencias C-491 de 1998, fundamento 26; C-408 de 1996, Fundamento No 24 y T-1319 de 2001, Fundamento 13.

14 Comité de Derechos Humanos. Caso Nº 35/1978, Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres mauricianas contra Mauricio. Párrafo 9.2.b.

15 A nivel de la doctrina de la Corte, ver, entre otras, la sentencia C-481 de 1998, Fundamentos 24 y ss, La Corte explícitamente señala que “toda diferencia de trato de una

persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto”. Ver igualmente las sentencias T-539 de 2004 y T-101 de 1998. A nivel internacional, ver, entre otros, el caso del Comité de Derechos Humanos No 488 de 1992 de Nicholas Toonen contra Australia, en donde se señala explícitamente que la prohibición de discriminación por razón de “sexo” incluye la prohibición de discriminación por razón de la “orientación sexual” de las personas (Párrafo 8.7.).

16 Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre 1985, sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, Párrafo 40.

17 Mónica Pinto. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Martín Abregú, Christian Courtis. (Eds) (2004) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS, p 163.